

Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

Brigitte Lotti

► To cite this version:

Brigitte Lotti. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte: contribution à la distinction de la propriété et des droits réels. Droit. Paris-Sud XI, 1999. Français. tel-01327264

HAL Id: tel-01327264

<https://hal-univ-ubs.archives-ouvertes.fr/tel-01327264>

Submitted on 6 Jun 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 PARIS-SUD (PARIS XI)
FACULTÉ JEAN MONNET à SCEAUX
Droit – Economie – Gestion

**LE DROIT DE DISPOSER
DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE**
Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels

Thèse pour le doctorat en droit privé de l'université Paris-Sud (Paris XI)
Présentée et soutenue publiquement
le 29 janvier 1999
par

Brigitte LOTTI

JURY

Directeur de thèse : **Monsieur Didier R. MARTIN**
Professeur à l'université Paris-Sud (Paris XI)

Membres du jury : **Monsieur Pierre CROCQ**
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Dominique LASZLO-FENOUILLET
Professeur à l'université Paris-Sud (Paris XI)

Monsieur Yves LEQUETTE
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur François-Xavier LUCAS
Professeur à l'université Bretagne-Sud

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE - L'AUTONOMIE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

TITRE I. - LE DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE N'EST PAS ACQUISITIF DU DROIT SUBJECTIF

CHAPITRE I. - *L'étendue du droit de disposer du bien d'autrui pour son
propre compte*

CHAPITRE II. - *L'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son
propre compte*

TITRE II. - LE DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE N'EST PAS UN DIMINUTIF DU DROIT SUBJECTIF

CHAPITRE I. - *L'unité du droit subjectif*

CHAPITRE II. - *L'unicité du droit subjectif*

SECONDE PARTIE - LA THÉORIE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

TITRE I. - ESSAI D'UNE DÉFINITION DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

CHAPITRE I. - *La qualification du droit de disposer du bien d'autrui pour
son propre compte*

CHAPITRE II. - *La délimitation du droit de disposer du bien d'autrui pour
son propre compte*

TITRE II. - ESQUISSE DU RÉGIME DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

CHAPITRE I. - *Le droit commun du droit réel de disposer*

CHAPITRE II. - *Les régimes spéciaux du droit réel de disposer*

L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

I. - Avoir le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.
L'expression a de quoi surprendre. Elle signifie qu'un sujet peut, régulièrement et pour son profit personnel, détruire le bien d'autrui, l'aliéner ou le grever de droits réels. Elle heurte donc de plein fouet le postulat selon lequel le droit de disposer est l'apanage du propriétaire.

L'article 544 du Code civil définit, en effet, la propriété comme « le droit de jouir *et disposer* des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »¹. Ce faisant, la loi érige en attribut du droit de propriété, le droit de disposer qui confère au sujet le pouvoir de détruire le bien, de l'aliéner ou de le grever de droits réels.

Ce droit de disposer est même perçu par la doctrine comme l'attribut essentiel et caractéristique du droit de propriété². Cette opinion doctrinale trouve appui sur l'observation des droits sur la chose d'autrui. Le droit d'usufruit et le droit au bail confèrent à l'usufruitier et au locataire le droit de jouir de la chose d'autrui (v. art. 578 et 1709 C.Civ.) mais pas le droit de disposer mentionné à l'article 544 du Code civil. La servitude donne au propriétaire du fonds dominant un

¹. C'est nous qui soulignons.

². V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 17^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1997, n° 68, p. 141. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. IV, *Les biens - La publicité foncière*, par P. Théry, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998, n° 433, p. 120. -- G. RIPERT et J. BOULANGER, t. II, *Obligations - Droits réels*, 1957, n° 2248, p. 788. -- M. PICARD, t. III, *Les biens*, 1952, n° 216, p. 225. -- R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil français*, 2^e éd., t. IV, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, Rousseau, 1938, n° 333, p. 353. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., 1998, n° 111 et s., p. 96 et s. -- M. FABRE-MAGNAN, *Propriété, patrimoine et lien social*, *loc. cit.*, n° 9, p. 590.

pouvoir d'usage sur le fonds servant dans la mesure où ce propriétaire peut profiter de l'utilité du fonds voisin par le biais de son propre héritage (v. art. 637 C.Civ.) mais sans en disposer. En somme, parce que la mise en œuvre du droit de disposer produit un effet irrémédiable sur le patrimoine du propriétaire – il entraîne la disparition d'un actif - seul le propriétaire pourrait prétendre exercer ce droit.

Comme l'a écrit le Doyen CORNU :

« Le maître est là. *Le propriétaire est celui qui peut, à son gré, vendre ou donner ce qu'il a* : Celui qui peut, librement, disposer de ses biens par des actes juridiques (testament, donation, vente etc.), dilapider si tel est son plaisir »³.

Même lorsque le pouvoir de disposer est considéré comme attaché à la personne ou à la qualité de sujet (de droit) plus qu'au droit (subjectif), on s'accorde à penser qu'il ne peut pas être exercé par le sujet sur tous les biens qu'il appréhende mais seulement sur ceux dont il a la propriété⁴. Il est donc indéniable que le droit de disposer est indissolublement lié au droit de propriété.

Ce lien privilégié qui unit le droit de disposer et le droit de propriété conduit à écarter toute possibilité de disposer régulièrement du bien d'autrui pour son propre compte.

II. - L'individu qui dispose d'un bien peut agir soit en qualité de propriétaire, soit pour le compte du propriétaire, soit pour son propre compte irrégulièrement. Il n'y aurait aucune autre alternative à ces trois hypothèses⁵.

Ainsi, lorsque le représentant ou le gérant d'affaires accomplit un acte de disposition sur le bien d'autrui, cet acte produit ses effets sur la tête et dans le patrimoine du représenté ou du géré propriétaire qui ratifie la gestion du gérant. Dans ces deux hypothèses, tout se passe comme si le propriétaire avait lui-même disposé de son bien. De même, lorsqu'un copropriétaire ou un coïndivisaire aliène le bien commun ou indivis, il consomme pour partie la chose d'autrui ; mais à due concurrence il agit pour le compte d'autrui. Il n'agit pour son propre compte qu'en proportion de sa quote-part dans la propriété collective. Concernant la propriété restante, il dispose pour le compte d'autrui dès lors, du moins, qu'il a agi avec l'accord des autres propriétaires.

En somme, « pour qu'il y ait acte de disposition sur la chose d'autrui, il ne suffit pas que l'acte soit l'œuvre d'un autre que le propriétaire, il faut encore que l'auteur de l'acte ait agi en son propre nom »⁶.

³. G. CORNU, *Introduction - Les personnes - Les biens*, 8^e éd., 1997, n° 1023, p. 350 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

⁴. V. par ex. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969.

⁵. V. P. GUIHO, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, *Rev. trim. civ.* 1954, p. 1 et s. -- L. DE CHAISEMARTIN, *Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui*, Paris, 1936, p. 27 et s., p. 34.

⁶. V. P. GUIHO, *loc. cit.*, n° 3, p. 3-4. -- Adde L. DE CHAISEMARTIN, thèse préc., p. 24.

Ce qui exclut du domaine des actes de disposition sur la chose d'autrui, les actes accomplis en vertu d'un pouvoir de représentation, les actes effectués par un représentant outrepassant ses pouvoirs et ceux réalisés par un individu qui se présente au nom du propriétaire sans en être le représentant⁷. Finalement, le seul véritable sujet qui dispose du bien d'autrui pour son propre compte serait l'individu qui consomme le bien d'autrui pour son profit personnel et en son propre nom, sans en avoir le droit.

Dans un tel contexte, on perçoit mal comment le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte peut s'affirmer et s'imposer.

III. - Pourtant, si dans les faits on peut disposer du bien d'autrui pour son propre compte, pourquoi ne pourrait-on pas en avoir le *droit*, par la permission du propriétaire ou l'autorisation de la loi ?

A vrai dire, le droit positif n'ignore pas cette interrogation. Mais il y répond de la manière suivante.

Le lien de parenté de la disposition au droit de propriété est tellement puissant que, lorsque point un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, on considère d'emblée qu'il confère au disposant la propriété du bien. Le droit de propriété n'est plus la source du droit de disposer (art. 544) : c'est le droit de disposer qui confère au sujet le droit de propriété.

La situation du quasi-usufruitier et du dépositaire irrégulier illustre parfaitement cette conception.

La doctrine et la jurisprudence souscrivent ensemble à l'idée que le quasi-usufruitier⁸ et le dépositaire irrégulier⁹ sont des propriétaires. Et les arguments qui fondent cette affirmation semblent dirimants.

⁷ V. P. GUIHO, *loc. cit.*, n° 3, p. 3-4.

⁸ V. not. : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960, note 54, sous le n° 11, p. 30 ; note 93 sous le n° 20, p. 51 ; n° 54, p. 143. -- M. GENTY, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le droit romain*, Paris, 1854, n° 418, p. 400. -- G. SOUSI, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *Rev. trim. civ.* 1982, n° 22, p. 526 ; v. aussi le n° 25, p. 526-527. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 782, p. 637. -- A. BOITELLE, Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit, *J.C.P. Ed. N.* 1996, I, p. 1762. -- Adde sur la qualité de propriétaire de l'usufruitier d'une créance : P. SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, Paris, Dalloz, 1925, n° 28, p. 44. -- Rapp. V. R. SAVATIER, Comment doivent être restituées les marchandises d'un fonds de commerce dont la jouissance a été momentanément séparée de la propriété ?, *Défr.* 1964, art. 28602, p. 823. -- P. THERY, *Droit civil, Sûretés et publicité foncière*, 2è éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 231, p. 295.

Comp. M. P. SIRINELLI considère tout à la fois que le quasi-usufruitier a le droit de disposer de l'objet de l'usufruit et que le quasi-usufruit paraît s'opposer à la véritable propriété en raison du fait que ce droit de disposer ne saurait être absolu (*Le quasi-usufruit*, *L.P.A.*, n° 87 du 21 juillet 1993, n° 40, p. 9). -- Selon M. F. ZENATI, ce dont le quasi-usufruitier est propriétaire en réalité, c'est du *corps certain* qui lui a été remis, non de la *chose de genre* dont le nu-propriétaire escompte le retour à l'extinction de l'usufruit. Les mêmes biens devront être rendus : *genera non pereunt*. Le quasi-usufruit est en définitive un usufruit de

En effet, le quasi-usufruit et le dépôt irrégulier font leur apparition lorsque l'usufruitier¹⁰ et le dépositaire exercent leur droit sur des biens consommables et/ou lorsqu'ils l'appliquent à des biens fongibles - par exemple une somme d'argent ou des marchandises - ou lorsqu'ils se voient concéder le droit de disposer du bien reçu d'autrui.

En premier lieu et s'agissant de la consommabilité, le syllogisme qui conduit à affirmer la qualité de propriétaire du quasi-usufruitier est simple. Ce syllogisme énonce : la consommabilité d'un bien impose qu'on en dispose lorsqu'on en jouit et la disposition d'un bien est réservée au propriétaire ; il s'ensuit que l'usufruitier de biens consommables ne peut être qu'un propriétaire¹¹. C'est dire que la disposition engendre la propriété. Le raisonnement serait d'ailleurs confirmé par l'hypothèse du

choses de genre, avec tous ces aménagements que suppose l'exercice d'un droit sur une valeur au lieu d'une chose déterminée (*Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif*, Lyon, 1981, 2 vol., dactyl., n° 121, p. 168-169).

⁹. V. not. : M. TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente*, T. XV, *Du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires*, Paris, 1845, n° 91, p. 72-73 ; n° 93, p. 76 ; n° 94, p. 76 ; n° 110, p. 96 ; n° 114, p. 98 ; n° 115, p. 98. -- P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. I, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1969, n° 236, p. 257. -- M. Dupin, *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, nouvelle édition, t. IV, Paris, 1835, n° 82 et n° 83, p. 189. -- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. XI, *Contrats civils* (deuxième partie), par R. Savatier, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, n° 1169, p. 499. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. VIII, *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, 11^e éd., Paris, Cujas, 1997, n° 886, p. 505. -- L. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, Pedone, 1893, n° 20, p. 300-301. -- A. BÉNABENT, *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 3^e éd., Domat-Montchrestien, 1997, n° 761, p. 431 ; n° 765, p. 432. -- C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. VI, *Petits contrats. Quasi-contrats. Responsabilité*, par A. Ponsard et N. Dejean de la Batie, 7^e éd., sous la direction de P. Esmein et A. Ponsard, Paris, L.G.D.J., 1975, n° 139, p. 197. -- J. HAMEL, *Banques et opérations de banque*, T. I, *Les comptes en banque*, par M. Vasseur et X. Marin, Paris, Sirey, 1966, n° 235, p. 395. -- G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. I, *Valeurs mobilières, effets de commerce, opérations de banque et bourse, contrats commerciaux, procédure collectives*, par P. Delebecque et M. Germain, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 2361, p. 443 ; n° 2366, p. 445. -- P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Paris, LITEC, 1997, n° 336, p. 269. -- J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 33501, p. 1457. -- C. PONS-BRUNETTI, *L'obligation de conservation en droit civil français*, Paris, 1992, dactyl., n° 26, p. 30. -- H. CABRILLAC, *Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires*, *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, 1964, p. 2. -- P. JAZE-DEKEUWER, *Possesseur ou détenteur précaire des avoirs en compte*, *L.P.A.*, n° 78 du 30 juin 1993, n° 1 et n° 2, p. 27. -- H. MAZEAUD, obs. sur Cour suprême de Pologne, 15 février 1934, *Rev. trim. civ.* 1936, 308. -- R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Préf. P. Mayer, Bibl. dr. priv., t. 225, L.G.D.J. 1992, n° 204, p. 161-162. -- F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 822, p. 692. -- P. DAUCHY, *L'influence du droit civil sur le droit bancaire*, *Rev. trim. com.* 1986, p. 22. -- C. LARROUMET, note sous Civ. 1^{ère}, 20 avril 1983, *Deffr.*, 1983, n° 33132, n° 3, p. 1144 ; n° 7, p. 1146.

¹⁰. Sur l'apparition du quasi-usufruit : P. SIRINELLI, *Le quasi-usufruit*, *L.P.A.*, n° 87 du 21 juillet 1993, p. 30 et s. et n° 89 du 26 juillet 1993, p. 4 et s. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 733, p. 598 et n° 770, p. 632.

¹¹. C. LARROUMET, *Droit civil*, T. II, *Les biens - Droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, n° 223, p. 120 ; n° 465, p. 261. -- P. JAUBERT, *Deux notions du Droit des biens : la consommabilité et la fongibilité*, *Rev. trim. civ.* 1945, p. 82. -- D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969, p. 119-120 ; v. égal. p. 131-132. -- G. SOUSI, *loc. cit.*, n° 22, p. 526. -- P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 40-41, p. 9. -- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 17^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1997, n° 97, p. 184. -- F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 1677, p. 403. -- C. PONS-BRUNETTI, thèse préc., n° 268, p. 273. -- P. CROCCQ, *Propriété et garantie*, Préf. M. Gobert, Bibl. dr. priv., t. 248, L.G.D.J. 1995, n° 329, p. 283 et s.

prêt d'argent. Si l'emprunteur d'une somme d'argent n'est qu'un propriétaire, c'est parce que l'*usus* suppose l'*abusus* ¹².

En second lieu et s'agissant de la fongibilité, l'usufruitier et le dépositaire qui reçoivent d'autrui des choses de genre en deviendraient également propriétaires. Parce que, lorsqu'ils possèdent déjà d'autres choses du même genre, les unes et les autres se mélangent et se confondent de sorte que le droit de propriété de l'usufruitier et du dépositaire s'applique aux choses reçues d'autrui autant qu'à leurs autres biens ¹³.

En troisième et dernier lieu, un dépositaire peut se voir concéder le droit de disposer de l'objet déposé. Tel est le cas du banquier dépositaire autorisé, par l'article 2 alinéa 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, à disposer des fonds reçus du public pour son propre compte, à charge de les restituer ¹⁴. Ce dépositaire professionnel, titulaire d'un droit de disposer sur le bien d'autrui, prendrait par voie de conséquence l'allure d'un dépositaire irrégulier de sorte qu'il ne pourrait être qu'un propriétaire ayant acquis le bien d'autrui ¹⁵. Et il devrait en aller de même des autres dépositaires irréguliers professionnels ¹⁶ ou non professionnels.

L'usufruitier ou le dépositaire d'un bien consommable ou fongible ; le détenteur précaire titulaire du droit de disposer du bien d'autrui : tous seraient des propriétaires.

Et naturellement, à cette qualité il conviendrait d'attacher un certain nombre de conséquences pratiques.

¹² G. SOUSI, *loc. cit.*, n° 23, p. 526. -- Rapp. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 41, p. 9.

¹³ V. Civ., 6 mai 1930 (*D.H.* 1930, 412 ; *S.* 1930, I, 248) ; Com., 4 mai 1970 (*Bull. Com.* IV, n° 140, p. 128) ; Com., 25 mars 1997 (*D.* 1997, J., 481, note D.R. MARTIN ; *Quot. jur.* n° 32 du 22 avril 1997, Som., p. 7, note P. M. ; *Rev. Dt. Banc.*, n° 61, mai-juin 1997, n° 3, p. 127, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI) ; Paris, 14 oct. 1997 et note C. LARROUMET sous cet arrêt (*D.* 1998, J., 91). -- D.R. MARTIN, Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels, *Rev. Dt. banc.* 1992, p. 2 et note sous Com., 14 mai 1991, *D.* 1992, J., 14. -- J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., 1996, n° 33133, p. 1434 ; n° 33107, p. 1412. -- C. LARROUMET, note sous Civ. 1^{ère}, 20 avril 1983, *Defr.*, 1983, n° 33132, n° 3, p. 1144 ; n° 7, p. 1146. -- V. égal. F. ZENATI, obs. sur Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Rev. trim. civ.* 1994, p. 382-283). -- P. CROCO, thèse préc., n° 329, p. 283. -- F. LEDUC, Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 26, p. 320).

¹⁴ L'article 2 alinéa 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 énonce que « sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer » (Les mots en italique sont soulignés par nous).

¹⁵ A. BOISTEL, note sous Trib. civ. de Château-Gontier, 3 juin 1890 et Angers, 18 avril 1891, *D.P.* 1893, II, 49. -- Comp. selon J. HUET, la banque, devenant propriétaire des fonds, s'en voit donner la libre disposition (*Les principaux contrats spéciaux*, préc., 1996, n° 33503, p. 1458).

¹⁶ V. Civ., 7 déc. 1948 (*S.* 1949, I, 159 ; *Rev. trim. civ.* 1950, 201, obs. J. CARBONNIER) sol. *a contrario* : en l'espèce, la Cour décide que le déposant d'une certaine quantité d'essence en conserve la propriété, bien qu'elle ait été versée dans les bacs d'un dépositaire et mélangée à l'essence provenant d'autres propriétaires. L'arrêt fonde sa solution sur le fait que le dépôt irrégulier n'existait pas faute pour le dépositaire de pouvoir s'en servir et alors que l'objet du dépôt devait demeurer constamment à la disposition du dépositaire.

Le déposant irrégulier ne pourrait réclamer son dû au dépositaire irrégulier qu'en qualité de créancier chirographaire¹⁷. Tandis que le nu-propriétaire d'un bien grevé de quasi-usufruit ne serait titulaire que d'un droit de créance correspondant à l'obligation de restitution qui pèse sur le quasi-usufruitier¹⁸. Il serait un créancier chirographaire qui vient en concours avec d'autres créanciers¹⁹ pendant que le quasi-usufruitier disposerait de toutes les actions qui sanctionnent le droit de propriété²⁰, bénéficierait de certaines prérogatives et serait redevable de certaines charges²¹.

En somme, le quasi-usufruit et le dépôt irrégulier n'auraient d'usufruit et de dépôt que le nom.

IV. - Cette approche du quasi-usufruit et du dépôt irrégulier n'est ni isolée ni nouvelle.

Elle n'est pas isolée car, à l'inverse du Code civil français qui est muet sur ce point, l'article 1067 du B.G.B. allemand prévoit que « lorsque l'usufruit a pour objet des choses qui se consomment par l'usage, l'usufruitier devient propriétaire de ces choses »²². L'assimilation du quasi-usufruitier ou du dépositaire irrégulier à un propriétaire n'est pas non plus nouvelle. Elle remonte au droit romain. A l'origine, l'usufruit ne pouvait pas porter sur des biens consommables parce que l'usage de ces biens implique qu'on en dispose ; or le droit de disposer étant déjà réservé au propriétaire, l'usufruitier ne pouvait pas user de ces biens. Plus exactement, l'usufruit pouvait porter sur ces choses, notamment lorsqu'un testateur légua l'usufruit de tous ses biens parmi lesquels figuraient des sommes d'argent ou d'autres choses consommables, cependant l'usufruitier n'était pas admis à en jouir. Mais alors, d'une part, la volonté du testateur n'était pas respectée s'agissant des sommes d'argent et des denrées, et d'autre part, ces biens restaient sans utilité pratique pour l'usufruitier. C'est pourquoi, sous le Haut-Empire (1^{er} siècle av. J.-C., s.-c. Néronien), le quasi-usufruit fût organisé. Cet usufruit faisait acquérir au légataire la propriété du bien, à charge de restituer, en cas de décès, une égale quantité de choses de même qualité.

¹⁷. B. SOINNE, Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, n° 4, p. 76. -- Obs. ZENATI sur Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Rev. trim. civ.* 1994, p. 383.

¹⁸. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 42, p. 9. -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 97, p. 184. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 733, p. 598. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, préc., 1994, n° 1652, p. 384 et n° 1667, p. 397.

¹⁹. H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consommabilité des meubles*, Paris, 1940, p. 71. -- P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 42, p. 9. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, préc., 1994, n° 1652, p. 384.

²⁰. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 43, p. 10 ; v. égal. les références citées par l'auteur à la note 191 sous le n° 43, p. 10.

²¹. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 43, p. 10.

²². P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 41, p. 9.

Par la suite, l'usufruit des créances est apparu²³. Quoiqu'il en soit, dans tous les cas, le quasi-usufruit romain tenait plus de la propriété que de l'usufruit. Et le dépôt irrégulier subissait le même sort. Le droit romain assimilait à un voleur le dépositaire infidèle²⁴, notamment le dépositaire pur et simple qui utilisait le bien déposé, mais il traitait différemment le dépositaire irrégulier. A l'instar du quasi-usufruitier, le dépositaire irrégulier était considéré comme le propriétaire du bien reçu d'autrui : il n'était tenu de rendre que des choses de même espèce et en quantité égale²⁵.

Le lien indéfectible de la disposition à la propriété est donc affirmé de longue date de sorte que, aujourd'hui encore, tout titulaire du droit de disposer d'un bien ne pourrait être qu'un propriétaire *ab initio* ou *a posteriori*.

V. – Pourtant, il est permis d'émettre des doutes sur l'absolutisme de ce principe.

Plusieurs observations atténuent la rigueur de cette analyse.

V-A. – Les arguments tirés de la consomptibilité du bien d'autrui, de sa fongibilité ou de l'effet de la disposition ne sont pas implacables.

On déduit d'abord la qualité de propriétaire du quasi-usufruitier ou du dépositaire irrégulier, de la consomptibilité du bien. Cette acquisition pourrait se produire soit au moment de l'usage du bien consomptible soit à la réception du bien consomptible par l'utilisateur. Or la première solution postule que le quasi-usufruitier et le dépositaire irrégulier acquièrent la propriété du bien d'autrui au moment même où ils l'aliènent ou le détruisent, autrement dit lorsque le bien passe dans le patrimoine d'un tiers ou disparaît dans l'absolu. Quant à la seconde hypothèse, elle suppose d'attacher à la consomptibilité un effet acquisitif du droit de propriété, alors que, semble-t-il, en elle-même la consomptibilité n'a pas cette vertu. Elle implique au plus que le bien soit aliéné ou détruit lorsqu'on l'emploie.

Ensuite, l'acquisition de la qualité de propriétaire par le quasi-usufruitier et le dépositaire irrégulier découlerait de la fongibilité du bien. Or, l'effet acquisitif de la fongibilité du bien d'autrui doit être circonscrit ou, du moins, soumis à vérification. Il n'est pas certain que la qualité d'une chose transforme la nature du droit qui surplombe cette chose. Si la qualité d'un bien impose l'adaptation du droit au bien, cela ne signifie pas nécessairement qu'elle change la nature juridique de ce droit.

²³ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. I, *Introduction historique, les sources, la procédure, les personnes, les droits réels, les successions*, 6^e éd., Domat-Montchrestien, 1947, n° 314, p. 437. -- P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. II, *Les biens*, 2^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1971, n° 228, p. 391. -- Adde selon A.-M. PATAULT, le quasi-usufruit serait un prêt gratuit (*Droit civil, Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., Thémis, 1989, n° 119, p. 148).

²⁴ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. I, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1969, n° 232, p. 255.

²⁵ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Les obligations*, préc., 1969, n° 234, p. 257.

Enfin, des droits différents peuvent générer des effets identiques. On en veut pour preuve l'usufruit qui, tout en conférant à l'usufruitier le droit de jouir du bien d'autrui comme le propriétaire lui-même (v. art. 578 C.Civ.), ne lui attribue pas la qualité de propriétaire. Dans ces conditions, pourquoi le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne serait-il pas un droit ressemblant au droit de propriété, en ce qu'il peut conduire à la disparition d'un bien, mais distinct de celui-ci ?

A ces interrogations, il faut ajouter un constat.

V-B. – Certains sujets disposent du bien d'autrui pour leur propre compte et ne se voient jamais reconnaître la qualité de propriétaires, ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Autrement dit, il existerait déjà, en droit français, un droit de disposer distinct et concurrent du droit de disposer inclus dans la propriété.

Ainsi, le créancier gagiste et le créancier hypothécaire sont des sujets qui disposent du bien d'autrui pour leur propre compte sans que cette disposition leur fasse acquérir la propriété de ce bien. Simplement, lorsque leur débiteur est défaillant, les créanciers munis d'une sûreté réelle sont admis à faire vendre le bien engagé et à se désintéresser sur le prix de vente. De cette manière, ils disposent du bien d'autrui pour leur propre compte. Pourtant, on ne songe pas à les qualifier de propriétaires. L'article 2079 du Code civil souligne lui-même que le droit de gage confère au gagiste la possession de la chose, non sa propriété.

On peut donc s'interroger sur une telle différence de traitement entre le quasi-usufruitier et le dépositaire irrégulier, d'une part, et le créancier gagiste ou hypothécaire, d'autre part, alors que leurs situations sont similaires.

Certes, il est vrai que le droit du créancier gagiste ou hypothécaire ne peut être exercé par lui qu'en cas de défaillance du débiteur-propriétaire. Le comportement de ce dernier justifie que le créancier nanti dispose de son bien pour se désintéresser sur le prix de vente. Or ce trait ne caractérise pas le droit du quasi-usufruitier ou du dépositaire irrégulier. La ressemblance n'est donc pas l'identité. Néanmoins, cette ressemblance suggère de faire l'examen simultané de ces situations juridiques tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. En effet, le trait évoqué ne concerne pas la nature du droit mais les conditions de son exercice. Il n'interdit donc pas le rapprochement des droits du quasi-usufruitier, du dépositaire irrégulier et du créancier gagiste ou hypothécaire dans le but de mettre en évidence l'existence, la nature et le régime juridiques d'un nouveau droit de disposer.

VI. – L'étude comparative des divers droits de disposer du bien d'autrui pour son propre compte permet de mettre en exergue un droit de disposer distinct et concurrent du droit de propriété.

Notamment, le droit de disposer du quasi-usufruitier ou du dépositaire irrégulier que l'on peut définir comme le « droit de disposer d'un bien, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en assurer la restitution à l'identique, en équivalent ou en valeur », se distingue nettement du droit de propriété. Il s'en démarque à la fois par son étendue et par son exercice. Par son étendue puisqu'elle est plus limitée que

celle du droit de propriété et par son exercice qui est bien plus contraignant que la mise en œuvre du droit de propriété. En somme, la ressemblance terminologique entre la disposition et le droit de disposer est trompeuse. Disposition et droit de disposer font partie des termes juridiques doués d'une pluralité de sens et d'une pluralité de dénominations. Les formulations employées pour les désigner sont aussi variées qu'enchevêtrées. Ce sont le *droit*²⁶, le *pouvoir*²⁷, la *prérogative*, la *faculté*²⁸, la *capacité*²⁹, la *liberté* de disposer ou le *principe de libre disposition*³⁰. Or, au milieu de cette polysémie, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte se présente comme un droit autonome.

Il est vrai que l'affirmation de l'existence d'un tel droit porte un coup, *a priori* fatal, à l'exclusivisme et à l'absolutisme du droit de propriété. Sa reconnaissance suppose du droit de propriété qu'il puisse supporter la concurrence d'un droit de disposer isolé. Non pas que le constat de l'affaiblissement du droit de propriété soit nouveau³¹, mais les atteintes subies par le propriétaire et habituellement relevées par les auteurs tiennent à la concession du droit de jouir du bien à un tiers, à l'expropriation ou à la limitation du droit du propriétaire par l'Etat. Or il s'agirait à présent de reconnaître à un tiers le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte c'est-à-dire le droit de déposséder un propriétaire de l'un de ces actifs patrimoniaux pour la satisfaction d'un intérêt purement privé.

On comprend que le droit de propriété est mis à rude épreuve...

C'est pourquoi il est indispensable de préciser la nature juridique de ce droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte dont l'étendue est plus limitée et l'exercice plus contraignant que ceux du droit de propriété. Seule la place occupée par ce droit dans le système juridique peut permettre de cerner son emprise sur les biens et d'évaluer son incidence sur le droit de propriété.

²⁶. V. l'article 544 du Code civil et l'article 2 alinéa 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984.

²⁷. D. BERRA, thèse préc., 1969.

²⁸. V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, éd. nouvelle, t. II, *Obligations - Droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 2249, p. 788. -- M. PICARD, *Traité pratique de Droit civil français de Planiol et Ripert d'après le traité de Planiol*, 2^e éd., t. III, *Les biens*, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 218, p. 226.

²⁹. DE VISSCHER, Du « *ius abutendi* », *Rev. trim. civ.* 1913, p. 343.

³⁰. V. not. l'article 537 du Code civil. -- Mais le principe de libre disposition des biens ne concerne pas uniquement le droit des biens. Il faut l'étendre à tous les droits subjectifs (V. par ex. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Préf. Y. Lequette, *Bibl. dr. priv.*, t. 272, L.G.D.J. 1996, n° 93 et s., p. 57 et s.).

³¹. V. par ex. G. MORIN, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, t. 2, *passim*. -- Adde J.-L. BERGEL, L'évolution contemporaine du droit de propriété en France, *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Beguet*, publié avec le concours de la ville de Toulon - Var, 1985, p. 22-23. -- GINOSSAR, *op. cit.*, n° 11, p. 30-31. -- R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, T. IV, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, n° 333, p. 353. -- E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, vol. III, 1923, n° 1095, p. 840-841. -- A. ROUAST, Problème de l'évolution du droit de propriété, *Travaux de Association H. Capitant*, II, *Journées de Genève* 1947, p. 115. -- PERINET-MARQUET, La propriété à l'épreuve de la décentralisation, *D.* 1986, *Chr.*, n° 9, p. 129-130.

VII. – Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est d'une nature différente du droit de propriété et il n'atteint pas directement le droit du propriétaire mais seulement le bien auquel s'applique ce droit de propriété.

Dans le quasi-usufruit, le gage et l'hypothèque, seule la valeur du bien d'autrui est affectée au disposant, tantôt directement tantôt indirectement. Directement lorsque la valeur du bien d'autrui est réservée au disposant lui-même, comme dans le quasi-usufruit de somme d'argent par exemple. Ce qui autorise le disposant à employer les fonds d'autrui pour son usage personnel. Indirectement lorsque la valeur du bien d'autrui est affectée à un bien du disposant, notamment à une créance du créancier gagiste ou hypothécaire. Ce qui permet au disposant de percevoir le prix de la vente forcée du bien lorsque le propriétaire-débiteur est défaillant. En revanche, les qualités du bien autres que cette valeur ne profitent jamais au titulaire du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

Cette restriction du contenu du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est lourde de conséquence. Elle est la manifestation de la nature singulière du droit étudié et, dans le même temps, elle justifie que ce droit ne porte pas atteinte au droit de propriété (d'autrui) qui surplombe le bien.

A l'inverse du droit de propriété, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas un droit *sur* la chose mais un droit *dans* la chose. Et il ne s'agit pas là que d'une querelle de mots. Contrairement au droit de propriété, ce droit de disposer particulier ne surplombe pas un bien, il ne découle pas de la qualité de sujet de droit ; il est construit à partir d'une utilité du bien (d'autrui). En l'occurrence, cette utilité n'est pas l'*usus* ni le *fructus* du bien d'autrui mais son *abusus*. Cet *abusus* se distingue, en effet, du droit de disposer visé à l'article 544 du Code civil de la même manière que l'*usus* et le *fructus* ne correspondent pas au droit de jouissance visé par le même texte. Les uns et les autres ne sont pas des prérogatives du sujet sur les biens mais des utilités du bien. Et, en l'occurrence, l'*abusus* du bien d'autrui peut être appréhendé par le biais de la valeur du bien d'autrui. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est donc pas un droit de propriété subjectif : il a la nature d'un droit réel construit à partir de l'*abusus* et de la valeur du bien d'autrui. Il s'ensuit qu'à l'instar des biens corporels, des droits de créance, du droit d'usage et d'habitation ou autres droits réels, le droit réel de disposer fait partie des droits patrimoniaux qui sont des objets du droit de propriété. Il constitue lui-même un actif patrimonial pour son titulaire : il est le bien dont le disposant a la propriété. Comme l'usufruit pur et simple, comme le droit d'usage et d'habitation etc., les droits du quasi-usufruitier, du dépositaire irrégulier, du créancier gagiste ou hypothécaire figurent dans la catégorie des droits réels qui eux mêmes se placent aux côtés des biens corporels et des droits de créance, sous le droit de propriété.

Droit réel, droit construit à partir de l'*abusus* de la valeur du bien d'autrui : c'est la raison pour laquelle le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

ne frappe pas directement le droit de propriété d'autrui. Il affecte seulement l'objet de cette propriété, par le biais de l'*abusus* et de la valeur du bien. C'est d'ailleurs ce même droit réel de disposer que l'on trouve dans la servitude d'extraction d'une carrière ou dans le dépôt irrégulier, le gage irrégulier ou la donation avec réserve de quasi-usufruit. Simplement, dans ces trois dernières hypothèses, le droit réel de disposer n'est pas isolé : il est porté par un contrat de dépôt, de gage et de donation, ce qui ne manque pas d'influencer son régime.

VIII. - Le régime du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte peut et doit être précisé puisqu'un certain nombre d'intérêts pratiques s'attachent à l'existence de ce droit.

Il est nécessaire de déterminer les conditions d'apparition et de disparition du droit réel de disposer au regard de son contenu, particulier. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte a vocation à servir un intérêt privé autre que celui du propriétaire en emportant disparition d'un actif patrimonial. C'est pourquoi il est utile aux intéressés (le disposant, le propriétaire voire même les tiers) de connaître les conditions de sa création et de son extinction.

Le débat se place alors à un point de jonction entre le droit des biens et le droit des obligations.

D'abord, il faut déterminer les biens qui peuvent faire l'objet d'un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte : notamment la valeur de ces biens doit être disponible. Ensuite, parce que le propriétaire du bien doit être protégé lors de la constitution du droit réel de disposer et à son extinction, un formalisme réel ou solennel doit être aménagé. Il s'imposera à la création du droit et à la restitution du bien (à l'identique, en équivalent ou en valeur) dans le but de protéger le consentement du propriétaire qui concède à un tiers le droit de disposer de ses biens. De même, il importe de préciser la situation de ce propriétaire en cas de perte fortuite de la chose ou de mise en œuvre du droit de disposer. La question se pose de savoir s'il assume la charge des risques, s'il conserve la qualité de propriétaire et de revendiquant ou s'il devient un simple créancier de restitution classé au rang des créanciers chirographaires en cas de liquidation judiciaire du disposant. De même encore, l'objet de la restitution variera en fonction de la nature du bien d'autrui et selon que le disposant aura consommé ce bien en tout (par ex. une somme d'argent) ou en partie (par ex. un portefeuille de valeurs mobilières). Enfin, l'apparence pourra être trompeuse pour les tiers. Dans la mesure où le bien auquel se rapporte le droit réel de disposer se trouve en principe entre les mains du disposant, ces tiers doivent être informés de l'existence de ce droit de moindre ampleur que le droit de propriété et qui confère une consistance toute relative à leur gage.

Le régime du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne sera pas seulement soumis à l'influence du contenu particulier du droit, il dépendra encore de ses supports.

Plus particulièrement, l'immatérialité du bien grevé - par ex. des valeurs mobilières inscrites en compte - est susceptible d'agir sur la remise du bien au disposant et, en conséquence, sur le formalisme exigé lors de la constitution du droit ou sur le droit de rétention du gagiste. De même, les contrats porteurs du droit réel de disposer peuvent modifier les modalités de constitution du droit, de restitution du bien et de responsabilité du disposant.

L'influence est, d'ailleurs, réciproque entre le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et les contrats dans lesquels il est enchâssé. En particulier, le dépôt irrégulier étant porteur d'un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, il n'est pas translatif de propriété contrairement au prêt de consommation qui transfère la propriété du bien à l'emprunteur aux termes de l'article 1893 du Code civil.

IX. – Dans ces conditions, l'analyse du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte sera menée en deux étapes.

La première étape consistera à confronter le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte aux pouvoirs de disposer existants afin de vérifier si la configuration du droit étudié justifie ou interdit son identification à un pouvoir de disposer connu. Ce qui nous permettra d'affirmer *l'autonomie* du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte (*Première partie*). Puis cette approche négative devra être complétée par une approche plus constructive du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, qui consistera à rechercher la nature juridique de ce droit et à lui attacher un régime juridique. Il s'agira alors de proposer une *théorie* du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte (*Seconde partie*).

Première partie. - L'autonomie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

Seconde partie. - La théorie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

PREMIÈRE PARTIE

L'AUTONOMIE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

1. - La mise en œuvre du droit de disposer de la chose ou de la créance d'autrui pour son propre compte provoque la disparition de la chose du patrimoine de son propriétaire et l'extinction de la créance du véritable créancier. Ce caractère exorbitant de l'acte de disposition persuade d'assimiler son auteur au propriétaire de la chose aliénée ou au créancier de l'obligation exécutée. En raison de sa gravité, l'acte de disposition serait l'apanage du propriétaire de la chose ou du titulaire de la créance.

Pourtant l'apparence peut être trompeuse et il n'est pas superflu de la mettre à l'épreuve.

L'identité de pouvoir ne postule pas l'identité de droit. Dire du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte qu'il implique la titularité du droit de propriété ou du droit de créance, c'est poser un postulat qui doit être vérifié. Des pouvoirs semblables peuvent correspondre à des droits différents. On en veut pour preuve le droit d'usufruit qui ne fait pas de l'usufruitier un propriétaire, mais lui donne le droit de jouir de la chose comme le propriétaire lui-même (C.Civ., art. 578).

Ainsi, afin répondre à la question de savoir si le droit de disposer d'un bien est réservé aux propriétaires ou aux créanciers ou s'il constitue un droit autonome, il faut confronter le *statut* du disposant du bien d'autrui pour son propre compte aux statuts du propriétaire et du créancier.

2. - A supposer que le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte se distingue finalement du droit de propriété et du droit de créance, toute parenté avec ces deux figures ne devra pas être définitivement exclue. En effet, on peut encore imaginer que le droit de propriété ou le droit de créance donne naissance au droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte par démembrement ou lui serve de modèle.

La première hypothèse se heurte apparemment à un obstacle insurmontable. La doctrine se refuse, en effet, à admettre que la disposition puisse être extirpée de la propriété pour devenir autonome. Considérant le pouvoir de disposition comme l'attribut spécifique dans lequel le droit du propriétaire culmine, elle estime que sa séparation d'avec la propriété est impossible, sauf à éteindre cette propriété. Pourtant, l'éventualité d'un tel démembrement mérite d'être explorée pour la simple et bonne raison que les mêmes auteurs se formalisent rarement de ce que le pouvoir de jouissance puisse être facilement et fréquemment concédé à autrui. Or l'article 544 du Code civil place le pouvoir de jouissance et le pouvoir de disposition sur un pied d'égalité ; d'où il devrait découler une égalité de traitement entre les deux pouvoirs.

Dans une seconde hypothèse, on peut également rechercher si le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, à défaut d'être issu du droit subjectif d'autrui, est créé sur son modèle et constitue un droit subjectif réduit, nouveau et autonome. Encore faut-il que la définition du droit subjectif se prête à une telle réduction.

Dans tous les cas, la création d'un droit de disposer diminutif du droit subjectif dépend de la *nature* même du droit subjectif. C'est elle qui autorisera ou interdira la constitution d'un droit subjectif de disposer démembré d'un droit subjectif-souche ou réduit *ab initio* au pouvoir de disposer.

S'il s'avère que le pouvoir de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est ni un mode d'acquisition du droit subjectif (*Titre I*) ni un diminutif du droit subjectif (*Titre II*), alors il faudra reconnaître son autonomie.

Titre I. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas acquisitif du droit subjectif

Titre II.- Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas un diminutif du droit subjectif

TITRE I.

LE DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE N'EST PAS ACQUISITIF DU DROIT SUBJECTIF

3. - Le livre III du Code civil traite des manières d'acquérir la propriété. L'ensemble de ces techniques juridiques comprend la succession, la donation entre vifs ou testamentaire, l'effet des obligations (art. 711 C.Civ.), l'accession, l'incorporation et la prescription (art. 712 C.Civ.). Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, qui permet de modifier l'affectation du bien d'autrui puisqu'il le fait échapper à son propriétaire, figure peut-être parmi ces modes d'acquisition de la propriété ou de la créance d'autrui. Il se rattacherait plus précisément à l'acquisition de la propriété par l'effet des obligations.

Séduisante, l'affirmation serait convaincante si les droits pouvaient se caractériser par l'un seulement de leurs éléments constitutifs. En l'occurrence, le fait que le droit subjectif et le pouvoir de disposer du bien d'autrui pour son propre compte aient pour point commun de permettre la disposition d'un bien invite à les identifier l'un à l'autre. Mais un droit se définit plus largement par toute l'étendue de son contenu et par les conditions juridiques de son exercice. L'ensemble des pouvoirs que le droit renferme et la manière dont le titulaire peut les exercer participent de la définition du droit. Par exemple, l'usufruit confère à son bénéficiaire le droit de jouir des choses comme le propriétaire, mais il se distingue du droit de propriété parce qu'il ne

comporte pas le pouvoir de disposer des choses et parce que l'usufruitier n'a pas la liberté d'un propriétaire dans l'exercice de son droit.

Pour des raisons similaires, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte s'éloigne du droit du propriétaire ou du créancier.

En effet, ce pouvoir de disposer n'a pas toute l'étendue du droit de propriété ou du droit de créance (*Chapitre I*) et son titulaire ne dispose pas de la même liberté qu'un propriétaire ou un créancier dans la disposition de leur bien (*Chapitre II*). Dans ces conditions, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne peut pas être une manière d'acquérir sa propriété.

Chapitre I. - L'étendue du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

Chapitre II. - L'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

CHAPITRE I.

L'ÉTENDUE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

4. - La réponse à la question de savoir si le pouvoir étudié postule l'acquisition du droit de propriété ou du droit de créance passe par la confrontation du statut du disposant du bien d'autrui pour son propre compte, d'une part, et du statut du propriétaire et du créancier, d'autre part. Ce qui suppose de tracer l'étendue du pouvoir de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

A cette fin, le pouvoir de disposer du bien d'autrui pour son propre compte sera analysé sous deux angles.

En premier lieu, il convient de le scruter à la lumière de son objet, c'est-à-dire au regard du bien auquel il s'applique (*Section I*). Cette observation s'impose dans la mesure où, sous le couvert d'un droit de disposer acquisitif du droit de propriété ou du droit de créance, les effets de la nature du bien objet de ce pouvoir peuvent se dissimuler. Souvent, le disposant du bien d'autrui pour son propre compte semble l'acquérir parce que la nature du bien d'autrui se prête à cette acquisition voire même la dicte. Certains biens semblent migrer dans un nouveau patrimoine, dès lors que le sujet titulaire de ce patrimoine les utilise ou les détient. Il en irait ainsi des biens qui constituent le domaine de prédilection du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, à savoir les biens consommables et les biens fongibles. Il faut donc vérifier si ces objets façonnent le pouvoir de disposer et font acquérir au disposant la propriété ou la créance d'autrui.

En second lieu, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte doit être examiné à la lumière du pouvoir de la personne dont le disposant reçoit le bien, l'autrui (*Section II*). Il est en effet périlleux et en tout cas trop hâtif, de considérer le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte sous le seul angle d'un effet que produit son exercice, à savoir la disposition du bien. Cette façon de faire conduit à réduire le pouvoir de disposer du bien d'autrui pour son propre compte à la

consommation du bien et elle mène à affirmer péremptoirement que ce pouvoir postule la qualité de propriétaire ou de créancier du disposant.

Section I. - L'examen du droit du disposant au regard du bien d'autrui

Section II. - L'examen du droit du disposant au regard du pouvoir d'autrui

SECTION I.

L'examen du droit du disposant au regard du bien d'autrui

5. - L'analyse minutieuse de la nature du bien d'autrui met en évidence la distorsion existant entre le statut du disposant du bien d'autrui pour son propre compte et les statuts d'un propriétaire et d'un créancier. La nature de certains biens est, en effet, trompeuse ; elle favorise la confusion du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte avec le droit de propriété ou le droit de créance. D'autant plus qu'à y regarder de plus près, ces biens non seulement n'encouragent pas une telle assimilation mais encore l'interdisent.

Tantôt, le disposant du bien d'autrui pour son propre compte semble acquérir la propriété du bien d'autrui parce qu'il doit en disposer lorsqu'il en use. L'apparence l'emporte alors sur la réalité puisque c'est la nature consomptible de la chose qui est en cause. Or, la disposition d'un bien consomptible correspond à son usage ; de sorte que la consomptibilité du bien ne rend pas le disposant propriétaire du bien ou titulaire de la créance consommée, mais souligne au contraire sa qualité de simple utilisateur du bien d'autrui (*I*).

Tantôt, le disposant du bien d'autrui pour son propre compte semble acquérir la propriété du bien d'autrui non parce qu'il possède le pouvoir d'en disposer ni même parce qu'il exerce ce pouvoir, mais parce qu'il détient, à titre précaire, un bien d'une nature telle que ce bien paraît immigrer dans son patrimoine. L'hypothèse se produit lorsque le bien d'autrui est une chose de genre. Celui qui reçoit d'autrui des choses de genre en deviendrait propriétaire parce qu'elles se confondent avec ses propres biens du même genre. Pourtant l'effet acquisitif de la détention des biens fongibles d'autrui est loin d'être systématique. Il repose sur une défaillance dans l'administration de la preuve de son droit de propriété par le *tradens* (*II*).

Ainsi, la nature de ses objets fait apparaître que le pouvoir de disposer qu'on pensait, *a priori*, être acquisitif d'un droit subjectif ne l'est pas. L'observation mérite d'autant plus d'attention que le domaine des biens consommables se développe tandis que la revendication des biens fongibles commence à être reconnue.

§ 1. - L'examen du droit du disposant au regard de la nature consommable du bien d'autrui

6. - Un bien consommable est un bien qui se consomme par le premier usage³². C'est le bien qui sort du patrimoine de son propriétaire lorsqu'on en use pour la première fois. Pour cette raison, on a présenté la consommabilité comme une manière d'acquérir la propriété d'autrui. En supposant que la disposition soit l'apanage du propriétaire, l'usage du bien consommable impliquerait l'acquisition concomitante de la qualité de propriétaire.

L'affirmation serait d'autant plus forte que la consommation se produit en l'occurrence par le *premier* usage du bien. Les articles du Code civil qui ont trait à la consommabilité³³ n'ont pas fait référence à ce critère mais il apparaît comme essentiel à la définition de la chose consommable³⁴. L'article 587 du Code civil, par exemple, considère comme des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, l'argent, les grains, les liqueurs. Et c'est, en effet, la consommation *par le premier usage* qui fait la particularité du bien consommable. Ce bien ne disparaît pas sous l'effet d'un usage prolongé qui conduit à la disparition de quasiment tous les biens. La disparition absolue ou relative du bien consommable est le résultat de sa première utilisation par celui qui en use (par exemple, il use d'espèces monétaires).

³² P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. IV, *Les biens - La publicité foncière*, par P. THÉRY, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998, n° 152 et s., p. 52 et s.

³³ V. les articles 587 (sur le quasi-usufruit), 1238 (sur le paiement en choses consommables) et 1874 (évoquant le prêt de consommation) du Code civil.

³⁴ En ce sens : P. JAUBERT, Deux notions du Droit des biens : la consommabilité et la fongibilité, *Rev. trim. civ.* 1945, p. 81. -- G. SOUSI, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *Rev. trim. civ.* 1982, n° 19, p. 524. -- *Adde* : C. ATIAS, *Droit civil - Les biens*, 3^e éd., Paris, LITEC, 1993, n° 18, p. 11. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Ibid.* -- Selon F. TERRÉ et P. SIMLER, la chose consommable est celle qui se consomme du seul fait que l'on s'en sert selon sa destination ; les deux auteurs ne font donc pas directement référence au critère du premier usage, quoiqu'ils opposent cette chose à celle qui est susceptible d'un usage prolongé (*Droit civil, Les biens*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1992, n° 15, p. 13 ; v. égal. n° 733, p. 517). -- H. HUMBERT définit simplement les choses consommables comme celles dont on ne peut faire usage sans les détruire ou les aliéner (*Essai sur la fongibilité et la consommabilité des meubles*, Paris, 1940, p. 7). -- Cf. R. LIBCHABER pour qui la monnaie est le bien le moins consommable qui soit parce qu'elle peut passer de patrimoine en patrimoine sans perdre jamais sa substance (*Recherches sur la monnaie en droit privé*, Préf. P. Mayer, Bibl. dr. priv., t. 225, L.G.D.J. 1992, n° 133, p. 106-107).

En ce sens, la disposition du bien consommable est instantanée ³⁵, ce qui conduit à dire qu'elle ne peut qu'être l'œuvre d'un propriétaire.

Pourtant cette opinion renferme un paradoxe. Elle postule que c'est en provoquant la sortie du bien du patrimoine de son propriétaire que l'usage du bien consommable rend l'usager propriétaire. Or on peut se poser la question de savoir si cette acquisition est simultanée, rétroactive ou postérieure à la disposition. Il serait pour le moins curieux d'acquiescer la propriété d'un bien qui précisément échappe à son propriétaire... ou à son usager. En effet, lorsque le disposant vend la chose d'autrui, elle passe entre les mains d'un tiers ; et lorsqu'il encaisse la créance d'autrui, elle s'éteint par exécution. Comment l'acte du disposant peut-il entraîner la disparition du bien d'autrui et son acquisition simultanée par le disposant ? En outre, déduire de la disposition d'un bien consommable la qualité de propriétaire de celui qui en use, c'est faire fi de la définition même de la consommabilité. C'est la considérer partiellement et donc fausement. Car la consommabilité allie deux notions généralement jugées antinomiques : l'usage et la disposition. Ici la disposition n'exclut pas l'usage ; elle le suppose. La consommation du bien consommable c'est la consommation du bien *par l'usage*.

En renvoyant à l'usage du bien, la consommabilité fait donc du disposant un utilisateur du bien d'autrui (A) et elle étend son domaine (B).

A. - L'usage des biens consommables

7. - Loin d'inciter à reconnaître la qualité de propriétaire au quasi-usufructier et au dépositaire doté du droit d'user de la chose qui lui est confiée, l'examen de l'usufruit et du dépôt de choses consommables invite à les percevoir comme des utilisateurs du bien dont ils n'ont que la détention précaire. En effet, la consommabilité est révélatrice de la coïncidence qui existe entre la disposition et l'usage d'un bien. Ce faisant elle émousse sensiblement le caractère exorbitant de la disposition (1°) et elle explique que l'usufruitier et le dépositaire de choses consommables usent du bien d'autrui *comme* le propriétaire mais non *en* propriétaires (2°).

1°. - La coïncidence de la disposition et de la jouissance

8. - La consommabilité d'un bien contredit l'idée selon laquelle celui qui en dispose agit nécessairement en qualité de propriétaire. De manière générale, la disposition est englobée par la jouissance (a). Et lorsque le bien est consommable, l'une et l'autre se confondent (b).

³⁵. Ce qui distingue les biens consommables des autres biens et notamment des biens qui se détériorent peu à peu par l'usage (E. DOKÈS, Essai sur la notion d'usufruit, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 13, p. 496).

a) L'inclusion de la disposition dans la jouissance

9. - *A priori* antinomiques, l'usage et la disposition d'un bien sont des notions qui coïncident plus qu'on ne le pense : la disposition est l'une des formes de l'usage entendu au sens large du terme.

10. - En effet, dans un sens étroit, l'usage renvoie à la *fonction* principale du bien. Il correspond alors à la notion d'*usus*³⁶. Et il côtoie le *fructus*, qui touche à la perception des fruits que peut produire le bien, et l'*abusus*, qui concerne la consommation du bien. Dans ce sens, l'usage se distingue donc de la disposition.

Mais dans son acception large, le terme usage désigne aussi l'*emploi* des biens, de quelque manière que ce soit³⁷. Dans ce sens, l'usage se rapporte au fait de tirer parti des utilités principales ou secondaires d'une chose. Il ne se contente plus de désigner l'*usus* du bien. Il se rapporte aussi au *fructus* et à l'*abusus* de la chose. Autrement dit, l'usage au sens large du terme se confond avec la *jouissance* du bien. Ce qui explique que la disposition des biens soit une façon d'en faire usage ou une manière d'en jouir.

11. - La disposition désigne, en effet, le droit d'accomplir des actes juridiques sur un bien, c'est-à-dire des actes qui ont pour effet de modifier l'ordonnancement juridique. Or, la réalisation d'actes juridiques sur les biens se rapporte à leur usage. Ils relèvent de l'utilisation des biens, autant que les actes matériels. Ainsi, en cédant, en donnant, en grevant un bien d'une sûreté ou d'un usufruit etc. le disposant en use, il tire avantage de l'une ou plusieurs de ses utilités. En réalisant ces actes, il l'affecte à une opération à laquelle, en raison de sa nature matérielle ou juridique, le bien peut se prêter³⁸. Tous les actes, fussent-ils juridiques, se rattachent donc à la jouissance ou à l'usage des biens au sens large du terme. Cet usage ou jouissance renvoie au pouvoir d'accomplir sur un bien des actes purement matériels ou des actes juridiques. Il englobe non seulement l'usage purement matériel du bien mais encore

³⁶. Comp. G. CORNU définit l'usage comme l'action ou la faculté d'user, tout en renvoyant à l'*usus* dont bénéficie le propriétaire (*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 6^e éd., 1996, v^o *Usus*).

³⁷. V. F. LAURENT selon qui en droit romain le mot *jouir* avait un sens plus restreint que la signification vulgaire du mot (posséder une chose et en tirer tous les fruits, tous les émoluments, tous les avantages) : il comprenait seulement la perception des fruits. On appelait *usage* le profit que l'on tire d'une chose qui ne produit pas de fruit mais dont on se sert selon sa destination. Le droit français ne distingue plus entre l'usage et la jouissance (*Principes de droit civil*, Bruxelles-Paris, t. VI, *Propriété. Usufruit, usage et habitation*, 1871, n^o 100, p. 133-134). -- Comp. G. CORNU (V. note précédente).

³⁸. Le donateur jouit par l'intermédiaire du donataire, il a choisi ce mode de jouissance en donnant (R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, trad. fr. par O. de Meulenaere, Paris, 3^e éd., 1878, note 512 sous le par. 70, p. 333). Dans l'hypothèque, le créancier nanti jouit d'une partie de la valeur ou de toute la valeur de la chose, sauf qu'il se réserve le rachat (*Op. cit.*, t. IV, par. 70, p. 335).

sa disposition³⁹. En conséquence, la jouissance ou l'usage *lato sensu* peut ne pas être une disposition tandis que la disposition est nécessairement une jouissance. Ce qui ne peut jamais manquer au droit c'est la jouissance, dit JHERING. « Jouir d'un droit sans en disposer, peut se concevoir ; disposer sans jouir est impossible »⁴⁰.

L'interférence de l'usage, de la jouissance et de la disposition est encore plus nette lorsque le bien est consommptible.

b) La confusion de la disposition et de la jouissance

12. - Lorsque la loi se réfère aux biens consommptibles, elle vise pêle-mêle l'argent, les grains, les liqueurs (V. art. 587 C.Civ.) ; autrement dit, des choses qui sont susceptibles de faire l'objet d'usages différents. D'où il faut déduire que la notion d'*usage* qui figure dans la définition de la consommptibilité doit être entendue dans sa signification la plus large, celle de jouissance des biens. Or, deux conséquences découlent de cette observation. D'abord, lorsque le bien est consommptible, l'interférence entre l'usage (ou la jouissance) et la disposition confine à la confusion. Ensuite, l'usage d'un bien consommptible n'est pas réductible au seul *usus* du bien.

13. - En présence d'un bien consommptible, la jouissance se *confond* avec la disposition⁴¹. La consommptibilité postule que l'usage du bien se traduit par sa disposition. L'individu qui fait usage d'un bien consommptible ne peut que l'aliéner ou le consommer.

Cette disposition ou consommation peut être matérielle et absolue ou juridique et relative selon la nature du bien consommptible⁴². Elle est matérielle et absolue si

³⁹. JHERING distingue deux types de jouissance : la jouissance immédiate ou réelle par le propriétaire et les jouissances idéales ou juridiques. La première consiste à user de la chose (*uti* ou *frui*) et/ou à la consommer (*res quae usu consumuntur*) (*Op. cit.*, t. IV, par. 70, p. 332). Par les secondes, le propriétaire transporte à un tiers la jouissance réelle en échange d'une autre jouissance (échange de la valeur de la chose contre une autre valeur ; abandon provisoire ou définitif du *uti* ou du *frui* contre de l'argent ou d'autres prestations - antichrèse ; dation gratuite de la chose - donation, testament... - ou de l'usage de la chose - commodat, précaire, usage ou usufruit gratuit... (*Op. cit.*, t. IV, par. 70, p. 332-733, p. 735).

⁴⁰. R. VON JHERING, *Op. cit.*, t. IV, par. 70, p. 336.

⁴¹. V. par ex. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 108, p. 95. -- C. LARROUMET, *Droit civil*, T. II, *Les biens - Droits réels principaux*, 3è éd., Paris, Economica, 1997, n° 223, p. 120.

⁴². V. P. MALAURIE et L. AYNÈS, par P. Théry, préc., 1998, n° 152, p. 52. -- E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 13, p. 494-495.

M. G. SOUSI soutient que consommptibilité ne comprend que la consommation matérielle ; la consommation juridique correspondrait en fait au mécanisme de la fongibilité précédé d'un transfert de propriété. La consommation dite juridique se traduisant par une aliénation et toutes les choses étant aliénables, la distinction choses consommptibles choses non consommptibles n'aurait, en effet, de sens qu'au plan de la consommation matérielle ou absolue. Ainsi, l'usufruitier ou l'emprunteur d'une somme d'argent aurait le droit de l'aliéner *parce qu'il* peut restituer des choses de même qualité et en même quantité... « tout simplement parce que ces choses sont fongibles » (*Loc. cit.*, n° 24-26, p. 526-527). Hormis le fait qu'on ne puisse cantonner cette recherche à l'examen des rapports du quasi-usufruitier avec le nu-

l'usage de la chose implique sa disparition définitive, comme pour les denrées alimentaires ou le bois de chauffage. Elle peut être juridique et relative lorsque le bien change seulement de patrimoine quand on s'en sert. L'exemple de l'usage ou de la jouissance de la monnaie est, à cet égard, typique. Contrairement à l'usage des denrées, l'usage de la monnaie n'emporte pas sa destruction. L'argent doit être aliéné lorsqu'il est utilisé et ne disparaît que pour l'utilisateur. Les aliénations monétaires, aussi nombreuses soient-elles, n'épuisent pas les droits de chaque nouvel acquéreur de la somme d'argent transmise ⁴³.

Ainsi, l'utilisateur d'un bien consommable accomplit tout à la fois un acte d'usage et un acte de disposition, et cet usage ne correspond pas seulement à l'*usus* du bien consommable.

14. - Puisqu'il coïncide avec la disposition, l'usage *lato sensu* (ou la jouissance) du bien consommable ne correspond pas seulement à l'*usus* du bien. L'usage normal de la chose consommable étant la consommation ⁴⁴, cet usage (ou jouissance) recouvre l'*abusus* du bien en même temps que son *usus*. Le terme *ab-usus* contient, d'ailleurs, le terme *usus*. Il renferme l'idée d'un dépassement de la vocation ou de la destination principale du bien, une utilisation jusqu'à épuisement ⁴⁵. Il se rapporte à la forme d'usage par laquelle on anéantit matériellement la chose ⁴⁶. Ainsi, l'usage des denrées alimentaires concerne tout à la fois leur *usus* et leur *abusus* : c'est leur vocation d'être consommées. L'usage du bien consommable peut même avoir trait, en outre, au *fructus* du bien ; l'hypothèse de l'usage des espèces monétaires le démontre.

c) L'exemple typique des espèces monétaires

15. - Quelle que soit la forme de son usage ou de sa jouissance, la monnaie commande qu'on en dispose lorsqu'on s'en sert. L'usage des espèces monétaires renvoie ainsi tout à la fois à leur *usus*, à leur *abusus* et à leur *fructus*.

D'abord, l'*usus* de la monnaie conduit à sa disposition. Parce que l'utilité principale de la monnaie réside dans le pouvoir libératoire qu'elle représente, les

propriétaire ou du quasi-emprunteur avec le prêteur - l'usage de la monnaie peut être le fait du propriétaire lui-même - l'usage et l'aliénation de la monnaie sont intimement liés et ce rapport ne peut être éclipsé par l'opération juridique d'aliénation. La consommabilité s'apprécie au regard de la chose considérée isolément et renvoie à sa *fonction*. Contrairement à la fongibilité qui suppose l'établissement d'un rapport de comparaison entre plusieurs choses et se rapporte à une réaction du à la mise en commun de choses de genre (V. *infra* : n° 39). De surcroît, cantonner la notion de consommabilité à la seule consommabilité matérielle devrait, selon ce même auteur, se heurter à l'observation que toute chose est susceptible de destruction rendant sans intérêt, sur ce plan, la distinction des choses consommables et des choses non consommables.

⁴³. G. SOUSI, *loc. cit.*, n° 17, p. 524 et n° 19, p. 524-525.

⁴⁴. P. SIRINELLI, Le quasi-usufruit, *L.P.A.*, n° 89 du 26 juillet 1993, note 219, sous le n° 54, p. 12.

⁴⁵. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° *Abusus*. -- D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969, p. 119-120 ; v. égal. p. 131-132.

⁴⁶. F. ZENATI et T. REVET, *Droit civil, Les biens*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1997, n° 100, p. 124.

espèces monétaires doivent être transférées au créancier de somme d'argent pour que la libération du débiteur ait lieu. De même, si le propriétaire entend profiter de ses deniers non plus en en usant au sens strict du terme mais en les exploitant par la perception de ses fruits, les fonds sortent de son patrimoine. Car les intérêts produits par une somme d'argent naissent du prêt d'argent ou du dépôt irrégulier qui, l'un et l'autre, dépouillent le propriétaire de ses deniers⁴⁷. Comme son *usus*, le *fructus* de la monnaie s'identifie donc à son *abusus*. « Par nature, la fonction de la monnaie, sa seule utilisation possible, est l'aliénation »⁴⁸. Et, finalement, l'usage, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* de la monnaie se rejoignent⁴⁹.

Il découle de ces rapports entre l'usage et la disposition des biens, que l'usufruitier et le dépositaire autorisé à se servir ou à faire usage de la chose consomptible d'autrui, jouissent et disposent du bien d'autrui sans en acquérir la propriété.

2°. - L'indépendance de la disposition et de la propriété

16. - En principe, l'usufruitier ne peut profiter que de l'*usus* et du *fructus*⁵⁰ de la chose dont il a la jouissance et dont il est tenu de conserver la substance (art. 578 C.Civ.). Quant au dépositaire, il ne peut pas même user de l'objet du dépôt puisqu'il doit garder la chose d'autrui à charge de la restituer en nature (art. 1915 C.Civ.). Si l'un ou l'autre venait à consommer le bien d'autrui, il perdrait son statut pour acquérir la qualité de propriétaire. Telle est la position constante de la doctrine en la matière⁵¹.

Pourtant, l'examen du rapport que nouent la jouissance et la disposition permet de renverser cette analyse.

17. - Dans la mesure où l'usufruitier a le droit de jouir ou de faire usage⁵² des choses dont un autre a la propriété et où la jouissance de ces biens renferme la disposition, l'usufruit ne peut pas être exclusif du droit de disposer.

⁴⁷. V. *infra* : n° 580 et s.

⁴⁸. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 81.

⁴⁹. Selon M. G. SOUSI, l'*usus* d'une somme d'argent suppose son *abusus*. Les deux notions d'*usus* et d'*abusus* sont indissociables. Il y exercice de l'*usus* de par l'exercice de l'*abusus* ; l'*usus* disparaît derrière la notion d'*abusus* qui se suffit à elle-même. L'*usus* ne se conçoit pas sans l'*abusus*. Le propriétaire d'une somme d'argent n'aurait, d'après lui, que l'*abusus* et le *fructus*. L'*usus* étant compris dans l'*abusus*, il n'apporte rien de plus à l'analyse ; vide de sens et d'effet, on peut le considérer comme superflu (*Loc. cit.*, n° 21, p. 525 ; n° 23, p. 526). -- Adde H. HUMBERT, thèse préc., p. 32.

⁵⁰. M. DIDIER, note sous Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Rev. sociétés* 1991, 739-740.

⁵¹. V. *supra* : introduction, notes 8 et s.

⁵². Les articles du Code civil emploient tantôt l'expression *droit de jouir* (art. 578, 582, 595, 596, 597, 598, 618 et 621 C.Civ.), tantôt le terme *usage* (art. 587), le verbe *se servir* (art. 589) ou profiter (art. 591)...

17-1. - En premier lieu, dès lors que l'usage ou la jouissance d'un bien commande sa consommation, l'usufruitier est contraint d'en disposer lorsqu'il en use pour son propre compte. L'usufruitier de biens consommables doit les consommer lorsqu'il en fait usage. Cette hypothèse est d'ailleurs prévue par la loi puisque l'article 587 du Code civil reconnaît le principe du quasi-usufruit. On peut ajouter que le Code civil l'admet implicitement dans un autre texte puisqu'en son article 589, il traite de l'usufruit des choses qui se détériorent par l'usage (meubles meublants, linge...). Dans ce cas, la disposition du bien par l'usufruitier est partielle et lente mais elle n'en demeure pas moins réelle⁵³.

Sans ignorer la superposition de la jouissance et de la disposition des biens consommables, on peut toutefois soutenir que le quasi-usufruit déroge au régime général de l'usufruit de telle manière qu'il n'est pas un véritable usufruit. Le quasi-usufruit ne conserverait, en somme, de l'usufruit que la dénomination et le quasi-usufruitier ne serait rien d'autre qu'un propriétaire⁵⁴. Mais la lecture du texte qui définit l'usufruit, réduit la distorsion entre le quasi-usufruit et l'usufruit qu'on dirait régulier ou pur et simple.

17-2. - En second lieu, en effet, l'article 578 du Code civil énonce que l'usufruitier a le droit de jouir du bien *comme* le propriétaire lui-même. Autrement dit, l'usufruitier qui fait usage du bien, en use à la manière d'un propriétaire. Ce qui veut dire que la jouissance de l'usufruitier n'est pas celle d'un propriétaire. Sinon, la loi permettrait à l'usufruitier de jouir *en* qualité de propriétaire. Si l'usufruitier a le droit de jouir du bien *comme* le propriétaire lui-même, c'est parce que la disposition du bien par l'usufruitier *ressemble* à la disposition du propriétaire mais n'est pas la disposition d'un propriétaire.

La relation de la jouissance à la disposition justifie ce point de vue. Lorsque l'usufruitier dispose du bien d'autrui et se mue en quasi-usufruitier, il ne devient pas propriétaire du bien, car cette disposition du bien d'autrui correspond à son usage. En disposant du bien consommable d'autrui, le quasi-usufruitier ne fait qu'user du bien *comme* le propriétaire lui-même en ferait usage. La consommabilité du bien le contraint à en disposer lorsqu'il en use.

On peut donc déjà émettre l'idée que la qualité d'usufruitier n'est pas incompatible avec la qualité de disposant du bien d'autrui et que cette disposition se réalise sans acquisition de la propriété du bien.

18. - Lorsqu'il est permis au dépositaire de faire usage du bien qui lui est confié et que ce bien est consommable, les règles relatives au dépôt vont dans le même sens que l'article 578 du Code civil.

⁵³. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 12, p. 493.

⁵⁴. V. *supra* : introduction, notes 8 et s.

L'article 1930 du Code civil ouvre une brèche dans le régime du contrat de dépôt en énonçant que le dépositaire « ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant ». La possibilité pour le dépositaire d'user du bien qui lui est confié n'est pas même annoncée comme une exception. Le texte atténue le caractère inhabituel de cette hypothèse en énonçant que le dépositaire ne peut se servir de la chose déposée « *sans* permission du déposant » et non « *sauf* permission du déposant ». Ladite permission peut d'ailleurs être présumée.

Ce faisant, l'article 1930 du Code civil ne permet pas d'exclure de manière absolue l'usage, par le dépositaire, du bien qui lui est confié. Or, si les biens qui lui sont remis sont consommables, leur usage se traduira par leur disposition.

C'est ce qui se produit en matière de dépôt bancaire. L'article 2 alinéa 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 énonce que « sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer ». Ces derniers termes sont empruntés à l'article 1915 du Code civil mais pour le reste la loi spéciale fait une application de l'article 587 du même code relatif au quasi-usufruit.

Si la banque dépositaire peut disposer des fonds qu'elle reçoit de ses clients, ce n'est pas tant en application d'une décision de la loi qu'en raison de la consommabilité des biens reçus. Choses consommables par excellence, les espèces monétaires imposent qu'on les aliène lorsqu'on en fait usage. Dès lors que la loi permet directement ou indirectement au dépositaire d'user de l'objet du dépôt et que cet objet est un bien consommable, il le consommera lorsqu'il en usera.

Ainsi, la consommabilité affaiblit le caractère exorbitant de la disposition accomplie par le quasi-usufruitier ou le dépositaire irrégulier puisqu'elle rattache cette disposition à l'usage du bien. Et la règle a vocation à s'appliquer dans tous les cas où la consommabilité peut se révéler.

B. - L'extension du domaine des biens consommables

19. - La monnaie et les denrées n'absorbent pas la catégorie des biens consommables. Il existe d'autres choses dont la jouissance coïncide avec la disposition, parce que leur *fructus* et/ou leur *usus* se confondent avec leur *abusus* et commandent qu'on les aliène lorsqu'on en use. Ces choses sont tantôt des biens composés (1°) tantôt des biens simples (2°).

1°. - La consomptibilité des biens composés

20. - Les biens composés consommables sont nombreux. Dès l'origine, le Code civil illustre cette variété lorsqu'il traite de l'usufruit des bois taillis, des pépinières et des terrains plantés d'arbres de haute futaie (art. 590 à 592 C.Civ.). Aujourd'hui, l'usufruit de ces biens apparaît comme le précurseur de l'usufruit des universalités car, à l'image des hautes futaies (a), les universalités sont des biens consommables (b).

a) Les hautes futaies

21. - Le Code civil admet que les bois taillis (art. 590 al. 1^{er}) et les terrains plantés d'arbres de haute futaie (art. 591) fassent l'objet d'un usufruit. S'agissant des premiers, la règle n'a rien d'exceptionnel. L'usage des bois taillis altère modérément leur substance, les bois taillis sont des fruits puisque, une fois coupés, ils repoussent de leur souche⁵⁵. Mais, l'usage des hautes futaies ne présente pas la même souplesse. Si l'on s'accorde à poser comme critère de la qualification de fruits la périodicité et l'absence d'altération de la substance du bien⁵⁶, les hautes futaies constituent des produits et non des fruits. Leur appropriation altère la consistance matérielle du bien et correspond davantage à la disposition d'une partie du « capital » et de la substance de la chose qu'à la perception de fruits⁵⁷.

Pourtant, les arbres de haute futaie peuvent être objet d'un quasi-usufruit. La volonté des intéressés, la destination du bien ou tout simplement son *usus* peuvent l'imposer.

22. - Dans une première conception, les terrains plantés d'arbres de haute futaie pourraient faire l'objet d'un usufruit parce que, sous certaines conditions, les arbres de haute futaie pourraient acquérir la nature juridique de fruits. La périodicité étant le signe distinctif des fruits et la volonté individuelle jouant un rôle dans leur détermination⁵⁸, on admet, en effet, qu'il est possible de changer la nature des richesses issues de la chose par l'aménagement donné à l'exploitation de la chose. Dans ce cas, si les futaies ont été aménagées, mises en coupes réglées et que l'époque de l'une de ses coupes est arrivée lorsque les arbres sont abattus, ces arbres

⁵⁵ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 750, p. 609. -- R. BARROT, note sous Civ. 1ère, 3 déc. 1963, D. 1964, J., 166.

⁵⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 110, p. 95-96 ; n° 750, p. 608-609. -- F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 1671, p. 398.

⁵⁷ E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 1, p. 481.

⁵⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 110, p. 96 et n° 750, p. 608-609. -- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 17^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1997, n° 97, p. 183-184. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1673, p. 400 et n° 1680, p. 404.

constituent des fruits et l'usufruitier y a droit⁵⁹. A l'inverse, si les arbres de haute futaie sont abattus dans une forêt alors que les futaies ne sont pas aménagées, ces arbres abattus constituent des produits⁶⁰. La périodicité de la coupe réglée prime, ici, sur l'altération de la substance du bien, de la forêt.

De ce point de vue, les critères de périodicité et de régularité des coupes constituent l'essence de la notion de coupe réglée⁶¹. Ainsi, les arbres de haute futaie ne seraient pas seulement des fruits par décision de la loi⁶² ; la volonté interviendrait dans leur qualification comme le veut une seconde conception.

23. - En organisant ou respectant une coupe réglée, le propriétaire assigne au bien une destination particulière. De cette manière, le propriétaire rend son bien frugifère alors qu'il ne l'est pas naturellement⁶³. Plus généralement, chaque fois que la consistance concrète du bien est altérée conformément à sa destination, la qualification de fruits devrait être retenue⁶⁴. Dans le cas contraire, la qualification de fruits devrait être exclue⁶⁵.

Les articles 590 et suivants du code civil confirment cette seconde analyse puisqu'ils érigent le respect de la destination des biens en condition de perception des arbres par l'usufruitier. Ainsi, à travers la destination du bien exploité, c'est la volonté qui se manifeste pour assurer la périodicité des coupes. On rejoint là, l'idée que les critères de périodicité et de régularité des coupes constituent l'essence de la notion de coupe réglée.

Malgré tout, on peut se demander s'il est nécessaire de forcer la qualification de ces coupes. Il n'est pas certain que la qualification de fruits soit la condition *sine qua non* de l'admission de l'usufruit des biens générateurs de produits. A travers la destination du bien exploité et la volonté des usagers des biens, c'est finalement la notion d'*usus* du bien qui perçoit.

24. - En effet, la consomptibilité renvoie à la jouissance ou à l'usage des biens. Par conséquent, elle peut avoir trait à l'*usus*, voire à l'*abusus* des biens lorsque l'*usus*

⁵⁹. Pau, 24 juin 1993, *J.C.P. Ed. N.* 1993, II, 368, note de C. CUVREAU-DAUGA et P. MESPLEDE ; Civ. 1ère, 3 déc. 1963, *D.* 1964, J., 164 et s., note R. BARROT. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 110, p. 96 et n° 750, p. 609. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1673, p. 400 et n° 1680, p. 404.

⁶⁰. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 110, p. 95-96 et n° 750, p. 609.

⁶¹. Le critère de la coupe réglée est qu'elle obéit à certaines règles susceptibles de procurer des revenus plus ou moins réguliers (C. CUVREAU, M.-C. CUVREAU-DAUGA et I. TRESSARD, *Les droits de l'usufruitier sur les coupes de haute futaie et les plans de gestion*, *Defr.*, 1988, art. 34381, p. 1421 et s. - C. CUVREAU-DAUGA et P. MESPLEDE, note sous Pau, 24 juin 1993, *J.C.P. Ed. N.* 1993, II, p. 369-370).

⁶². En faveur de la qualification de fruits par décision de la loi : v. F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1673, p. 399-400.

⁶³. V. par exemple : Nancy, 26 février 1870, *S.* 1870, II, 344 et sur pourvoi : Req., 21 août 1871, *D.P.* 1871, I, 213. -- Rapp. C. ATIAS, *Les biens*, n° 18, p. 13.

⁶⁴. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 10, p. 491-493 ; n° 19 et s., p. 501 et s.

⁶⁵. E. DOCKÈS critique les conceptions classiques de la périodicité, comme critère de la qualification de fruit (*Loc. cit.*, n° 5, p. 483-485) et de la volonté de constituer un bien en source de revenu, comme critère de la notion de substance (*Loc. cit.*, n° 8 et s., p. 488 et s.).

se confond avec l'*abusus*⁶⁶. L'usufruit se rapporte également à l'*usus* et l'*abusus* des biens lorsque l'*usus* se confond avec l'*abusus*. Dans ces conditions, le recours à la notion de *fructus* et de fruits n'est plus indispensable pour admettre le quasi-usufruit. La perception des produits peut correspondre à l'*usus* du bien, cela suffit pour qu'il soit jugé consommable et susceptible de faire l'objet d'un (quasi)-usufruit. Il suffit de constater que la mise en œuvre de l'*usus* du bien, c'est-à-dire sa fonction principale ou sa destination, conduit à l'entamer pour affirmer la consommabilité du bien et sa soumission possible à un quasi-usufruit. La requalification des produits en fruits n'est plus nécessaire.

Ainsi, la coupe des arbres de haute futaie aménagés en coupes réglées ampute le terrain de sa substance. Elle peut néanmoins être l'œuvre d'un non propriétaire, d'un usufruitier par exemple, parce qu'elle relève de l'exploitation normale ou de la destination du terrain, c'est-à-dire de son *usus*. Sous cet angle, le terrain planté d'arbres de haute futaie mise en coupe réglée est un bien consommable.

Cette conception présente un intérêt lorsque la requalification de produits en fruits est forcée ou douteuse notamment en raison de l'absence de périodicité ou de la faible périodicité des capitaux. Elle évite aussi d'exclure du domaine du quasi-usufruit un certain nombre de biens, par exemple les universalités dont les éléments constitutifs sont destinés à être vendus.

b) Les universalités

25. - Dans l'universalité de fait, un ensemble de choses ayant chacune une existence physique propre et distincte, est assujéti à une destination économique commune ; il s'établit entre elles une connexité qui les fait considérer comme partie d'un tout tant du point de vue économique que du point de vue juridique⁶⁷. Cette finalité commune qui unit une pluralité de biens dans un même ensemble contribue à la formation d'un bien nouveau et autonome. Elle justifie également qu'on puisse aliéner ces biens sans perdre la propriété de l'universalité⁶⁸. Mais, précisément, en raison de l'autonomie de l'universalité de fait, on a contesté le fait qu'elle puisse former une chose consommable⁶⁹ susceptible de quasi-usufruit⁷⁰. L'entité-universalité étant renouvelée par le quasi-usufruitier⁷¹, elle ne se perdrait pas. Seuls

⁶⁶. V. *supra* : n° 14 et s.

⁶⁷. A. CERBAN, Nature et domaine d'application de la subrogation réelle, *Rev. trim. civ.* 1939, p. 50. -- V. égal. R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, Bordeaux, 1931, spéc. p. 304 et s. sur le caractère fongible des éléments de l'universalité de fait.

⁶⁸. V. F. ZENATI, obs. sur Civ. 2è, 2 juin 1993, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 396.

⁶⁹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 736, p. 601-602.

⁷⁰. En ce sens : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 735, p. 600-601. -- F. ZENATI, obs. sur Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Rev. trim. civ.* 1994, p. 383. -- V. égal. J.-C. BRAULT, L'usufruit universel du conjoint survivant, situation trop connue ou méconnue ? (Variations sur le thème ancien des donations entre époux et propos nouveaux sur le quasi-usufruit), *Defr.*, 1987, art. 33999, n° 18, p. 829.

⁷¹. V. *infra* : n° 91.

les éléments qui composent cette entité, du fait de leur placement dans une universalité et de leur remplacement par des biens similaires, deviendraient des marchandises et des biens consommables.

Pourtant, l'universalité est un bien consommable susceptible de quasi-usufruit et sa figure n'est pas très éloignée de celle des bois taillis.

26. - L'usage de certaines universalités de fait les vide d'une partie de leur substance parce que la mise en œuvre de leur *usus* impose de céder les éléments qui les composent : l'exploitation du troupeau, du fonds de commerce ou du portefeuille de valeurs mobilières, exige l'aliénation des bêtes, des marchandises ou des titres. Sans ce type de cessions, l'universalité finirait pas dépérir. Mais dans le même temps, après un tel usage, la substance de ces universalités n'est plus la même qu'à l'origine et leur maintien ne dépend plus que du renouvellement des éléments qui les composent⁷². Sans ce remplacement, elles périssent car, contrairement au patrimoine⁷³, les universalités de fait ne sont pas abstraites et leur existence reposent sur des biens réels. Une universalité ne se régénère pas d'elle-même. Création de l'homme, elle disparaît par la négligence de celui-ci. En ce sens, l'universalité de fait est donc un bien consommable, susceptible toutefois de reconstitution. Elle ne continue d'exister comme entité, et indépendamment de la disposition de ses composants, que tant qu'il demeure en son sein quelques uns de ces éléments⁷⁴ mais elle dépérirait si ses composants consommés n'étaient pas renouvelés.

Dès lors que l'universalité de fait est un bien consommable, l'usufruitier peut en altérer la substance sans en acquérir la propriété. En aliénant les bêtes, les valeurs mobilières ou les marchandises, il ne fait qu'user du troupeau (1/), du portefeuille de valeurs mobilières (2/) ou du fonds de commerce (3/).

1. Le troupeau et les bêtes

27. - L'usufruitier d'un troupeau a droit au produit (lait, tonte...) et au croît des animaux qui le composent⁷⁵. La règle est conforme au régime de l'usufruit régulier, puisque le produit et le croît des animaux sont des fruits naturels (art. 583). Mais il a également le droit d'aliéner les bêtes, au moment opportun, ou d'en consommer selon ses besoins⁷⁶, bien que l'*usus* et le *fructus* d'un animal n'impliquent pas qu'on l'aliène. En effet, les animaux d'un troupeau ne sont plus considérés dans leur individualité mais comme les éléments constitutifs d'une universalité. L'*usus* du

⁷². V. sur l'interdiction de céder l'universalité : *infra*, n° 76 ; et sur l'exercice impératif du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte : *infra*, n° 103 et s.

⁷³. V. sur la propriété subjective, être et avoir : *infra*, n° 269 et s.

⁷⁴. V. R. GARY, thèse préc., p. 305.

⁷⁵. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 736, p. 602.

⁷⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 736, p. 602.

troupeau va de pair avec la consommation juridique ou matérielle des animaux qui le composent. La jouissance du troupeau implique la vente du produit de la tonte ou de la traite des bêtes et la consommation juridique des animaux. Ce type de disposition participe de son exploitation et de sa rentabilité. On peut même penser que l'usufruitier du troupeau a droit aux plus-values réalisés pendant l'usufruit⁷⁷.

Il en va de même du portefeuille de titres et du stock de marchandises.

2. Le portefeuille et les valeurs mobilières

28. - La valeur mobilière ne serait pas, par nature, un bien consommable par le premier usage⁷⁸ parce que son usage en quelque sorte « objectif » réside dans la perception des dividendes d'actions, des revenus d'obligations et dans l'exercice des droits d'associés. Autrement dit, dès lors qu'une chose serait frugifère, voire attributive de droits non pécuniaires, elle ne pourrait pas être consommable. Le fait que l'on puisse en retirer des revenus périodiques et qu'elle confère des droits non pécuniaires, qui permettent par exemple de participer à la vie d'une société, interdirait d'en faire un autre usage. Il faudrait en déduire que l'usufruitier d'une valeur mobilière⁷⁹, et même l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, ne pourrait pas disposer des titres. C'est oublier que l'usage d'un portefeuille de titres se distingue de l'usage d'un titre considéré isolément.

29. - L'*usus* d'un portefeuille réside d'abord dans les revenus procurés par les titres qui le composent. Chaque titre génère, en effet, des fruits tels que les dividendes distribués⁸⁰. Mais le portefeuille de titres peut aussi procurer à la

⁷⁷. *Contra* : Bourges, 12 juin 1872, S. 1872, II, 126.

⁷⁸. F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1651, p. 384 et note 1 sous ce numéro. -- P. SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, Paris, Dalloz, 1925, n° 39, p. 57 et s. -- Cf. note sous Trib. civ. de Laon, 17 novembre 1930, *Gaz. Pal.* 1931, I, 78 : l'auteur de la note considère que « les titres au porteur ne sont pas des choses fongibles, car ils portent un numéro d'ordre qui les individualise et ils ne se consomment pas par l'usage ».

⁷⁹. L'usufruit qui s'applique à des titres au porteur ne serait pas soumis aux dispositions de l'article 587 du Code civil. -- En ce sens : Trib. civ. de Laon, 17 novembre 1930, *Gaz. Pal.* 1931, I, 75. -- Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Bull. Civ. I*, n° 129, p. 86 ; D. 1991, IR, 136 ; J.C.P. Ed. G. 1991, IV, 217 ; *Gaz. Pal.* 1991, pan., 224 ; *Rev. sociétés* 1991, 739 et s., note P. DIDIER ; *Rev. trim. civ.* 1994, p. 381 et s., obs. F. ZENATI ; D. 1994, p. 219, Chr. de M. GRIMALDI et J.-F. ROUX ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, note 4 sous le n° 733, p. 598. -- Com., 12 juillet 1993, *Bull. Com.*, n° 292, p. 207 ; J.C.P. Ed. G. 1994, I, 3801, obs. H. PERINET-MARQUET ; J.C.P. Ed. E. 1994, II, 559, note de M. LECÈNE-MARÉNAUD ; D. 1994, p. 219, Chr. de M. GRIMALDI et J.-F. ROUX.

⁸⁰. Dans un arrêt en date du 23 octobre 1990, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que « c'est la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice sous forme de dividendes qui confère à ceux-ci l'existence juridique » (D. 1991, J., 173, note Y. REINHARD ; *Rev. trim. civ.* 1991, p. 361 et s., obs. F. ZENATI).

Rapp. Com., 23 oct. 1984 : le fruit est le bénéfice distribué et non le bénéfice distribuable (*Rev. sociétés* 1986, 97, note J.-J. DAIGRE). -- V. égal. A. COLOMER, « Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires », *Defr.*, 1980, art. 32380, n° 13 et s., p. 1021. -- E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 4, p. 483-484. -- P. SAUTAI, thèse préc., n° 21, p. 33. -- A. LAINÉ, *De l'usufruit des valeurs mobilières*, Paris, 1912, p. 39 et s. -- M. F. ZENATI considère que les dividendes sont des revenus du capital et qu'à ce seul titre, ils méritent d'être considérés comme des fruits (obs. sur l'arrêt précité, *Rev. trim. civ.* 1991, p. 362).

personne qui en a la jouissance une plus-value résultant de la négociation des titres. Le portefeuille a une individualité qui l'emporte sur celle des titres qui le forment. Il constitue une entité juridique autonome et distincte des biens qui le composent et indépendante de ses mouvements internes⁸¹. Envisagés comme partie d'un tout - du portefeuille - les titres peuvent donc procurer d'autres utilités à celui qui en use et l'*usus* du portefeuille peut résider dans la perception de capitaux autres que les revenus des titres : le capital des titres eux-mêmes devient un produit de l'universalité. La vente des titres relève alors de l'exploitation du portefeuille. Et ce d'autant plus qu'elle permettra d'acquérir d'autres titres plus rémunérateurs qui contribuent à augmenter la valeur du portefeuille.

Il y a toutefois une limite à la consomptibilité du portefeuille de titres.

30. - Tout portefeuille de titres n'est pas consomptible. Pour qu'il en soit ainsi, les parties doivent attribuer plus d'importance à la valeur du portefeuille qu'aux droits non pécuniaires qui s'attachent aux titres qui le composent⁸². Or lorsqu'il est composé de la majorité des titres d'une même société, ou même seulement d'un bloc de contrôle, le portefeuille de titres est un instrument de domination sociale. Son *usus* réside dans l'exercice du contrôle de la société émettrice au moins autant que dans la recherche d'un profit. Aussi, dans ce cas, l'usufruitier ne saurait vendre les parts, sans violer leur destination qui est notamment de contrôler la société⁸³.

M. Y. REINHARD considère même qu'il faut refuser aux dividendes la qualification de fruits au motif qu'ils ne présentent pas le double caractère de fixité et de périodicité (D. 1991, J., 174-175). Notamment la réalisation de bénéfices et leur mise en distribution est aléatoire. Les dividendes ne seraient pas davantage des produits, mais bien plutôt la rémunération du risque financier ou juridique lié à la qualité d'associé (H. CROZE et Y. REINHARD, note sous Lyon, 23 février 1984, D. 1985, J., 127).

Cf. F. CHABAS qui considère que l'usufruitier devrait avoir droit aux réserves aussi bien qu'aux dividendes puisqu'elles sont prélevées sur les bénéfices non distribués aux associés, et constituent donc des revenus accumulés (*Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1672, p. 399). -- *Contra* : Civ., 5 février 1890, D.P. 1890, I, 300 ; Trib. civ. de la Seine, 26 avril 1956, *Gaz. Pal.* 1956, II, 338. -- V. sur l'analyse des réserves facultatives : A. COLOMER, *loc. cit.*, n° 6 et s., p. 1016 et s.

⁸¹. Dans ce sens : Civ. 1ère, 2 juin 1993, *Defr.*, 1993, n° 35638, p. 1274, note P. BUFFETEAU ; D. 1993, J., 613, note D. R. MARTIN ; *Rev. trim. civ.* 1995, p. 395, obs. F. ZENATI ; D. FIORINA, L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 39, p. 62-63. -- *Contra* : E. DOCKÈS considère que le recours à la notion d'universalité de fait n'est pas nécessaire ; la gestion d'un portefeuille d'actions nécessite certaines cessions et, en ce sens, les actions sont *aussi* destinées à la vente (*Loc. cit.*, note 108 sous le n° 16, p. 499). Mais l'existence de l'universalité exprime et déclare précisément cette destination. -- *Comp.* : A propos du gage de valeurs mobilières inscrites en compte (Art. 29 de la loi du 3 janvier 1983 ancienne rédaction), D. R. MARTIN écrit que le recours à la notion d'universalité est dépassée parce que le portefeuille de valeurs mobilières apparaîtrait plus ici comme un véritable bien unique et distinct, indépendant des variations de sa substance que comme un agrégat cohérent de valeurs individualisées (Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait, *Vie Jud.*, 1992, n° 2392, p. 4). En revanche, la mise en gage d'un compte (ou partie de compte) d'actifs financiers (et donc notamment de valeurs mobilières) s'entendrait bien d'une universalité de fait incluant, par subrogation, les actifs nouveaux substitués aux actifs originaires (Du gage d'actifs scripturaux, D. 1996, Chr., n° 9, p. 264). -- V. égal. MM. CABRILLAC et MOULY selon qui l'expression « gage de compte d'instruments financiers » opère un glissement des valeurs, objet réel du gage, au réceptacle des valeurs qu'est le compte mais marque également que la garantie porte sur un ensemble évolutif (*Droit des sûretés*, 4è éd., Paris, LITEC, 1997, n° 694, p. 563-564). Et MM. MOUY et DE VAUPLANE : « Plus que les biens eux-mêmes, c'est leur "réceptacle" qui sert de support au gage » (La réforme du nantissement des titres dématérialisés, *Banque et Droit*, n° 48, juillet-août 1996, p. 4).

⁸². V. *infra* : n° 465.

⁸³. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, note 108 sous le n° 16, p. 499.

3. Le fonds de commerce et le stock de marchandises

31. - L'usufruit d'un fonds de commerce peut également contenir un quasi-usufruit lorsque le fonds comporte des biens consommables par destination tel qu'un stock de marchandises ou un stock de matières premières⁸⁴. Le quasi-usufruit est alors enclavé dans l'usufruit plus large qui porte sur le fonds de commerce. Il en va de même quand un usufruit est constitué sur une succession dont certains biens sont consommables⁸⁵, comme l'argent ou un portefeuille de titres. La succession n'est pas une universalité consommable puisque ces composants sont réunis en raison de leur appartenance *passée* à une même personne et non dans le but d'organiser une activité lucrative, mais si elle renferme des biens consommables alors qu'elle est l'objet d'un usufruit, ces biens feront l'objet d'un quasi-usufruit. En fait, dans ces deux hypothèses, le quasi-usufruit se rattache à une universalité mais il tient moins à l'existence d'une universalité qu'à la nature de certains biens pris isolément.

2°. - La consommabilité des biens simples

32. - Domaine privilégié de la consommabilité, les universalités de biens n'absorbent pas toutes les hypothèses de quasi-usufruit. Le titre de capitalisation (a), la rente viagère et la créance monétaire (b) sont des biens élémentaires susceptibles de quasi-usufruit parce que leur nature implique qu'on en dispose lorsqu'on en use.

a) Le titre de capitalisation

33. - A s'en tenir au caractère non frugifère des titres de capitalisation, on pourrait soutenir que les droits d'un usufruitier sur ce type de biens sont théoriquement sans objet⁸⁶, comme on a pu l'affirmer pour les titres au porteur⁸⁷. Une telle conception serait restrictive de l'utilité des titres de capitalisation. S'ils ne sont pas frugifères, ces titres présentent d'autres avantages.

⁸⁴. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 733, p. 599 et n° 735, p. 600. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1653, p. 385. -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 97, p. 184. -- Adde H. HUMBERT, thèse préc., p. 90-91. -- Cf. R. DE LA GRASSERIE parle à cet endroit de fongibilité (intentionnelle ou artificielle) (De la fongibilité juridique, *Rev. Dt. Lég. Jur.* 1911, p. 134).

⁸⁵. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 733, p. 598 et n° 735, p. 600. -- J. CARBONNIER, *Ibid.* -- Ex. Civ. 1ère, 17 juillet 1959, *Bull. Civ. I*, n° 366, p. 306.

⁸⁶. La C.O.B. considère qu'en refusant de se retirer de la SICAV qui opte pour la capitalisation des revenus, le nu-propriétaire porte atteinte au droit de jouissance de l'usufruitier. Elle place ainsi le débat sur le terrain de la responsabilité civile du nu-propriétaire : Rapport de la COB pour l'année 1990 (p. 185 et p. 214) cité par J. LE CALVEZ (L'usufruit des valeurs mobilières de capitalisation - ou les bois taillis du XXè siècle ?), *D.* 1994, Chr., p. 126).

⁸⁷. V. *supra* : n° 28 et s.

Les titres de capitalisation sont conçus pour générer un capital. L'O.P.C.V.M. (SICAV et Fonds commun de placement, par exemple) ne distribue pas ses revenus mais les réinvestit de sorte à accroître son actif financier⁸⁸. Les bénéfices perçus par l'organisme n'étant pas distribués mais systématiquement réinvestis, l'accroissement de la valeur des actifs du fonds se diffuse dans la valeur des parts émises par lui sans jamais donner lieu à détachement par une distribution périodique des revenus à leurs titulaires⁸⁹. De sorte que le seul *usus* concevable des titres de capitalisation a trait au produit de leur cession. On ne peut « les utiliser qu'en procédant à leur vente. Telle est leur véritable et même leur unique destination », écrit un auteur⁹⁰. Et puisque, par définition, l'usufruitier profite non seulement du *fructus* - qui en l'occurrence fait défaut - mais encore de l'*usus* du bien, il doit pouvoir céder les titres de capitalisation sur lesquels porte son droit afin de jouir de la seule utilité dont ils sont susceptibles⁹¹. Bien sûr, lorsque le titre de capitalisation fait partie d'un portefeuille d'instruments financiers, son appartenance à une universalité et l'*usus* de cette dernière justifie le droit de l'usufruitier d'en disposer⁹².

Un raisonnement similaire conduit à admettre la consomptibilité des rentes viagères et des créances monétaires.

b) La rente viagère et la créance monétaire

34. - L'admission par la loi de l'usufruit des rentes viagères n'a pas empêché la doctrine de douter que l'usufruit concédé sur une créance puisse emporter le droit de recouvrer la créance.

⁸⁸. V. l'article 39-1 de la loi du 2 août 1989 et l'article 16-1 de la loi du 29 décembre 1989.

⁸⁹. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 4, p. 484. -- *Contra* : J. LE CALVEZ (*loc. cit.*, p. 125-126) qui admet l'usufruit des titres de capitalisation. Il considère notamment que l'usufruit d'un portefeuille de titres de fonds de capitalisation est juridiquement possible parce que les plus-values en capital de ces titres ressemblent aux bois taillis (art. 590 C.Civ) qui eux-mêmes sont de fruits.

⁹⁰. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 16, p. 499.

⁹¹. Dans ce sens : E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 16, p. 499-500 -- J. LE CALVEZ (*loc. cit.*, p. 126) qui considère que ces cessions devant être réalisées à concurrence de la plus-value, elles fournissent les fruits revenant à l'usufruitier.

Si le montant des cessions est supérieur au seuil de déclenchement de l'imposition des plus-values, le nu-propiétaire se trouve imposé sur les plus-values de cession qui profite à l'usufruitier. Les parties pourraient donc conclure une convention pour faire peser le poids de cette imposition sur l'usufruitier. Toutefois, une telle convention étant inopposable à l'administration fiscale, le nu-propiétaire peut décider de conserver une partie des plus-values de cession en vue d'acquitter l'impôt qu'elles engendrent (*Loc. cit.*, p. 126-127). Pour échapper à ces problèmes fiscaux, un autre auteur propose de constituer une société civile qui détendrait les titres de capitalisation et dont les parts seraient grevées d'usufruit. Parce que le déplacement de l'objet du démembrement bouleverse les règles traditionnelles qui s'appliquent aux rapports entre nu-propiétaire et usufruitier, il faudrait toutefois prendre garde de bien rédiger les statuts (C. PATAT, Variations autour d'un thème soi-disant connu : le démembrement de propriété, *J.C.P. Ed. N.* 1990, prat., 1627, n° 1-3 et s.).

⁹². V. *supra* : n° 29.

35. - Bien que la perception des arrérages d'une rente viagère emporte l'épuisement progressif de celle-ci et donc altération de la consistance de la chose⁹³, l'article 588 du Code civil reconnaît le droit à l'usufruitier d'une rente viagère d'en percevoir les arrérages⁹⁴. La règle est satisfaisante dans la mesure où les arrérages sont des sommes générées conformément à la destination du capital affecté à sa charge. D'aucuns diront qu'ils ont la nature juridique de fruits⁹⁵ ou qu'ils représentent, pour le créancier de la rente viagère, la jouissance d'un capital affecté auprès du débiteur de la rente. De sorte que la relation directe ou indirecte des arrérages aux notions de fruits ou de jouissance, justifierait leur soumission à un usufruit⁹⁶. Plus simplement, il nous semble que le fait que la perception des arrérages relève de l'*usus* de la rente viagère suffit à en faire un objet de quasi-usufruit.

Pour la même raison, le quasi-usufruit des créances devrait être admis plus facilement qu'il ne l'est actuellement.

36. - En effet, lorsque la créance est un bien frugifère, son usufruit se résumerait au droit de percevoir ses fruits, c'est-à-dire les intérêts qu'elle génère⁹⁷. Tandis que son recouvrement, qui provoque son extinction, serait réservé au propriétaire. Au plus pourrait-on admettre que l'usufruitier encaisse son montant avec l'assistance du propriétaire. Pourtant, l'*usus* d'une créance renvoie à son recouvrement.

Si le *fructus* d'une créance monétaire n'exige pas sa consommation juridique⁹⁸, le droit de l'usufruitier d'une créance apparaît tout de même comme un quasi-usufruit⁹⁹. Car le droit d'un usufruitier ne se cantonne pas au *fructus* d'un bien mais englobe également son *usus*. Or l'*usus* d'une créance de somme d'argent réside dans le recouvrement de sa contrevaletur. Le paiement d'une créance est sa destinée

⁹³. Sur l'idée selon laquelle les arrérages peuvent être considérés comme contenant à la fois une part d'intérêts et une part de capital : v. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, note 4 sous le n° 752, p. 611. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1673, p. 399-400.

⁹⁴. V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 752, p. 611.

⁹⁵. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 10, p. 491.

⁹⁶. Ainsi, selon Lainé, la raison de la solution de l'article 588 du Code civil se trouve dans le fait que le propriétaire du capital a échangé ce capital contre une jouissance et qu'elle doit donc passer toute entière à l'usufruitier, bien qu'étant le prix d'un capital disparu (thèse préc., p. 26).

⁹⁷. Sur le point de savoir si les intérêts d'une créance sont des fruits civils : v. R. LIBCHABER, L'usufruit des créances existe-t-il ?, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 8, n° 10 et n° 15.

En fait, les intérêts sont des fruits si l'on entend l'altération de la substance de la chose comme sa destruction absolue. Dès lors que le bien est une chose de genre et que le contrat producteur d'intérêts comporte une obligation de restitution au profit du propriétaire des espèces monétaires, ces espèces ne disparaissent pas dans l'absolu.

⁹⁸. Les intérêts des créances constituent des fruits civils (art. 584 al. 1^{er} C.Civ.), c'est-à-dire des sommes d'argent dues périodiquement par des tiers en contrepartie de la jouissance d'un capital qui leur a été remis. En ce sens, ils ne sont pas à proprement parler issues de ce dernier. Selon M. A. FRANÇON, il serait plus exact de dire qu'ils représentent le loyer de l'argent (L'usufruit des créances, *Rev. trim. civ.* 1957, n° 13, p. 11). -- V. égal. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 3, p. 483 ; n° 5, p. 485.

⁹⁹. Et ce droit se poursuit sur la somme encaissée : v. A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 20, p. 17 ; v. égal. n° 24, p. 22. -- Cf. F. TERRÉ et P. SIMLER, pour qui le droit de l'usufruitier devient un quasi-usufruit à compter de la perception de la contrevaletur de la créance grevée (*Les biens*, 1998, n° 752, p. 611).

naturelle¹⁰⁰. L'*usus* de la créance qui implique la perception du capital qu'elle représente¹⁰¹ en fait donc un bien consommable. Dans ces conditions, l'opposition de l'*usus* et de l'*abusus* devient fuyante¹⁰² et on devrait admettre que la créance non frugifère¹⁰³ comme la créance frugifère autorisent l'usufruitier à en disposer¹⁰⁴.

C'est la solution à laquelle est parvenue la première chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 4 octobre 1989, en plaçant l'usufruit des créances dans le champ d'application de l'article 587 du Code civil. Selon la Cour suprême, la personne usufruitière « a qualité pour agir en recouvrement de la créance », elle a même « seule droit d'agir en recouvrement de la créance »¹⁰⁵. Et, à cette fin, comme le propriétaire lui-même, l'usufruitier peut se prévaloir des sûretés qui la garantissent¹⁰⁶ et des sanctions stipulées pour le non-paiement de la créance¹⁰⁷.

37. - On peut se demander si, de la même manière, l'usufruitier d'un chèque a qualité pour recevoir la somme d'argent sur laquelle portent ses droits et si, à cette fin, il peut remettre à l'encaissement le chèque destiné à son paiement. La réponse est affirmative¹⁰⁸ mais elle ne repose pas sur le fait que le titre en question s'userait si l'on ne s'en sert pas¹⁰⁹. La remise d'un chèque à l'encaissement n'est pas un acte de disposition d'un bien ni l'exercice d'un quasi-usufruit. Contrairement à la créance, le chèque n'est pas un droit personnel mais un ordre de paiement. C'est pourquoi, celui qu'on dit usufruitier d'un chèque est, en fait, l'usufruitier potentiel de la somme que le chèque va lui permettre de recouvrer. La remise du chèque à l'encaissement

¹⁰⁰ R. LIBCHABER, L'usufruit des créances existe-t-il ?, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 9, p. 621.

¹⁰¹ R. LIBCHABER, L'usufruit des créances existe-t-il ?, *loc. cit.*, n° 6, p. 617-618 -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1648, p. 381 ; v. aussi le n° 1677, p. 403.

¹⁰² A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 5, p. 6.

¹⁰³ A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 7, p. 7.

¹⁰⁴ V. entre autres : P. Sautai, thèse préc., n° 21, p. 33. -- Rapp. A. LAINÉ, thèse préc., p. 67. -- M. A. FRANÇON admet qu'une créance frugifère soit grevée d'un quasi-usufruit, quand telle a été la volonté expresse ou tacite du constituant de l'usufruit (L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 7, p. 7). Mais l'*usus* de la créance suffit à faire de la créance un bien consommable.

¹⁰⁵ Civ. 1ère, 4 oct. 1989, *Bull. Civ. I*, n° 308, p. 205 ; *J.C.P. Ed. G.* 1990, II, 21519, note J.-F. PILLEBOUT ; *Rev. trim. civ.* 1991, 687, obs. F. ZENATI. -- *Adde* Cour roy. Nancy, 17 février 1844, S. 1844, II, 162. -- Req., 21 janvier 1845, *D.P.* 1845, I, 104 ; S. 1845, I, 129. -- Besançon, 8 février 1875, S. 1875, II, 391 et S. *Chronologique* 1877, II, 36. -- Aix, 12 juin 1879, S. *Chronologique* 1879, II, 243. -- Req., 8 nov. 1881, S. *Chronologique* 1881, I, 542.

Contra : A. FRANÇON propose de distinguer selon la nature du recouvrement de la créance - en particulier lorsqu'il constitue un acte normal, parce que la créance rapporte des intérêts élevés régulièrement servis et que son paiement ultérieur est garanti par une sûreté solide etc., l'usufruitier ne devrait pas pouvoir recouvrer seul la créance (L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 21 et n° 22, p. 18-21).

Comp. Req., 2 juillet 1918 : l'usufruitier d'une créance est autorisé à (l'arrêt ne dit pas qu'il a seul droit d'agir...) recevoir le remboursement des capitaux sur lesquels porte son usufruit (*D.P.* 1921, I, 148 ; S. 1920, I, 167). L'arrêt ajoute qu'il importe peu que la créance fût ou non garantie par une hypothèque.

¹⁰⁶ Civ. 1ère, 4 octobre 1989, *Bull. Civ. I*, n° 308, p. 205 ; *J.C.P. Ed. G.* 1990, II, 21519.

¹⁰⁷ Civ. 1ère, 4 oct. 1989, *Bull. Civ. I*, n° 308, p. 205. -- En faveur de cette décision : J.-F. PILLEBOUT, note sous l'arrêt, *J.C.P. Ed. G.* 1990, II, 21519 et F. ZENATI, obs. *Rev. trim. civ.* 1991, 688-689.

¹⁰⁸ V. Com., 12 juillet 1993, *Bull. Com.*, n° 292, p. 207 ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3801, obs. H. PERINET-MARQUET ; *J.C.P. Ed. E.* 1994, II, 559, note de M. LECÈNE-MARÉNAUD.

¹⁰⁹ *Contra* : M. LECÈNE-MARÉNAUD (Note sous Com., 12 juillet 1993, *J.C.P. Ed. E.* 1994, II, 559, n° 11). -- V. l'article 52 du décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la prescription du chèque et l'article 179 du Code de commerce s'agissant des autres effets de commerce.

s'impose à lui parce qu'elle correspond à la délivrance de la somme d'argent constitutive de l'objet véritable de l'usufruit. Le quasi-usufruit s'applique ici sur, et seulement sur, la somme finalement encaissée.

Conclusion du § 1

38. - Ainsi, alors que l'acte de disposition accompli par le quasi-usufruitier et le dépositaire irrégulier sur le bien d'autrui semblait être, à raison de ses conséquences, l'apanage du propriétaire, il s'avère qu'il n'en est rien et qu'en vérité, observés à la lumière de la consomptibilité, ces deux protagonistes apparaissent comme des *utilisateurs* du bien d'autrui. Lorsqu'ils disposent du bien d'autrui pour leur propre compte, ils ne font qu'user de ce bien afin d'en tirer parti pour leur profit personnel. Si les actes de disposition qu'ils accomplissent sur le bien d'autrui se trouvent à l'intersection de l'usage au sens large du terme (ou jouissance) et de la disposition des biens, c'est parce que la nature du bien d'autrui implique qu'on en dispose lorsqu'on en use. Seule la destination ou la fonction principale desdits biens est donc en cause.

Pour autant, toute hypothèse d'acquisition de la propriété du bien d'autrui n'est pas définitivement exclue. Directement, la consomptibilité du bien d'autrui ne peut fonder l'affirmation selon laquelle le disposant du bien d'autrui pour son propre compte devient propriétaire du bien ; mais le bien consomptible est également souvent un bien fongible. Or il se pourrait encore que la fongibilité des biens d'autrui fasse acquérir leur propriété à celui qui les *détient*.

§ 2. - *L'examen du droit du disposant au regard de la nature fongible du bien d'autrui*

39. - Les deux adjectifs *consomptible* et *fongible* sont souvent employés l'un pour l'autre¹¹⁰. Mais la confusion est injustifiée¹¹¹. Les biens fongibles ne désignent pas les choses que l'on consomme juridiquement ou matériellement lorsqu'on en use, ce

¹¹⁰. V. par exemple : Req., 30 mars 1926, *D.H.* 1926, 217. -- V. égal. les auteurs cités par H. HUMBERT qui dénonce cette confusion (thèse préc., p. 47). -- Comp. « Tout ce qui se consomme par le premier usage est fongible, de même pratiquement, tout ce qui se détériore par l'usage » écrit R. DE LA GRASSERIE (*Loc. cit.*, p. 249). -- *Adde* : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, note 4 sous le n° 733, p. 598 (A propos des titres). -- Note sous Trib. civ. du Loiret, 29 avril 1930, *D.P.* 1931, II, 146 (A propos des valeurs au porteur).

¹¹¹. En faveur de cette distinction : H. HUMBERT, thèse préc., p. 21 et s. -- P. JAUBERT, *Loc. cit.*, p. 78 ; p. 86-87. -- G. SOUSI, *Loc. cit.*, n° 19, p. 524. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, par P. Théry, préc., 1998, n° 158, p. 56.

sont des biens interchangeables¹¹². Simplement les deux caractères sont souvent réunis à l'endroit des mêmes biens.

La fongibilité et la consomptibilité s'apprécient différemment. La recherche de la consomptibilité autorise à envisager la chose isolément, indépendamment de tout autre bien. C'est plutôt par rapport à l'usage qu'en fait l'homme que l'on constate ce caractère : dès lors que l'usage du bien implique qu'on le consomme, sa consomptibilité peut être affirmée. Aussi, le caractère de consomptibilité dépend de l'action de l'homme sur la chose. Au contraire, la reconnaissance de la fongibilité commande d'établir un rapport de comparaison entre le bien en cause et d'autres choses. Dans la mesure où le bien fongible est le bien substituable à une autre chose du même genre, la fongibilité suppose de le considérer par référence à d'autres choses et d'établir un rapport de comparaison entre eux¹¹³. De cette distinction, il résulte également que, si la chose n'est pas animée par un sujet, la consomptibilité ne produit pas son effet, alors que la fongibilité se manifeste par le seul regroupement - fût-il circonstanciel - de choses du même genre.

Cette double opposition n'empêche pas l'interférence fréquente des deux caractères à l'endroit des mêmes biens. Ainsi, les espèces monétaires, les denrées alimentaires et les biens de consommation courante sont à la fois des biens fongibles et des biens consomptibles. Ce cumul de caractères s'explique simplement par le fait que ces biens sont des choses destinées au commerce de masse, des marchandises dont on dispose lorsqu'on en use et qui existent en grande quantité. Mais cet appariement des deux notions voisines n'est pas absolu. Alors que le bien consomptible peut être un corps certain (par exemple un plat unique, une créance), le bien fongible est toujours une chose de genre. Du moins est-ce le principe lorsque le bien fongible est apprécié sous l'angle de sa fonction acquisitive de la propriété du bien d'autrui.

Car la fongibilité assure deux fonctions.

Elle remplit d'abord une fonction libératoire. C'est même sous cet angle qu'on la présente généralement. Le bien fongible est alors celui que l'on peut valablement substituer à un autre bien dans un paiement ou dans une restitution¹¹⁴. Ensuite, la

¹¹². P. MALAURIE et L. AYNÈS, par P. Théry, préc., 1998, p. 54. -- *Adde* : C. LYON-CAEN, note sous Req., 10 mars 1915, *D.P.* 1916, I, 242.

¹¹³. « L'une [la fongibilité] est un *lien* entre deux choses, l'autre [la consomptibilité] est une *qualité* intrinsèque qu'une chose possède, soit par nature, soit par la volonté des parties, par la *destination* qu'elles lui confèrent » (H. HUMBERT, thèse préc., p. 50 et s. ; v. égal. p. 13. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). -- Dans le même sens : P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 77 ; p. 84.

¹¹⁴. H. HUMBERT définit la fongibilité comme « le rapport d'équivalence existant entre deux ou plusieurs choses capables de remplir la même fonction libératoire, aboutissant à créer entre elles une certaine interchangeabilité qui peut se traduire par l'emploi, pour chacune d'elles, de la même unité » (thèse préc., p. 18-19). Et selon P. JAUBERT la fongibilité a une fonction libératoire et résulte de la comparaison de deux choses (*Loc. cit.*, p. 84 et s.). -- *Adde* : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° choses fongibles.

fongibilité peut produire un effet acquisitif de la propriété du bien d'autrui. C'est de cette fonction dont il est question ici. Car lorsqu'un propriétaire remet à titre précaire des choses de genre à une autre personne propriétaire de choses du même genre, on affirme classiquement qu'il en perd la propriété au profit de l'*accipiens*¹¹⁵. Comme si les choses de genre reçues d'autrui modélaient, en quelque sorte, le simple pouvoir de détention dont elles sont l'objet pour le transformer en un droit de propriété. *A priori*, donc, celui qui se voit remettre des choses de genre afin d'en disposer pour son propre compte devient propriétaire de ces biens en raison de leur fongibilité.

Toutefois, une observation plus attentive de la fongibilité démontre que son effet acquisitif est moins systématique qu'il y paraît.

Sur le fond, l'appartenance du bien d'autrui à un genre est la condition élémentaire et indispensable de son acquisition par l'*accipiens* (A). Mais ce transfert suppose également une défaillance dans l'administration de la preuve du droit de propriété du *tradens* : dans son principe, la revendication des choses fongibles est donc toujours possible (B).

A. - L'acquisition des biens fongibles par l'*accipiens*

40. - L'appartenance d'un bien à un genre est une condition de la fongibilité acquisitive de la propriété du bien d'autrui par l'*accipiens* (1°). Ce qui veut dire, *a contrario*, que si une chose de genre fait l'objet d'une individualisation, sa fongibilité naturelle est neutralisée et la chose de genre demeure la propriété du *tradens* (2°).

¹¹⁵. V. Civ., 6 mai 1930 (*D.H.* 1930, 412 ; *S.* 1930, I, 248) ; Com., 4 mai 1970 (*Bull. Com.* IV, n° 140, , p. 128) ; Com., 25 mars 1997 (*D.* 1997, J., 481, note D.R. MARTIN ; *Quot. jur.* n° 32 du 22 avril 1997, *Som.*, p. 7, note P. M. ; *Rev. Dt. Banc.*, n° 61, mai-juin 1997, n° 3, p. 127, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI) ; Paris, 14 oct. 1997 et note C. LARROUMET sous cet arrêt (*D.* 1998, J., 91). -- D.R. MARTIN, Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels, *Rev. Dt. banc.* 1992, p. 2 et note sous Com., 14 mai 1991, *D.* 1992, J., 14. -- J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1ère éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 33133, p. 1434 ; n° 33107, p. 1412. -- C. LARROUMET, note sous Civ. 1ère, 20 avril 1983, *Defr.*, 1983, n° 33132, n° 3, p. 1144 ; n° 7, p. 1146. -- Selon F. ZENATI, la caractéristique des choses contenues dans une universalité étant d'être fongibles, l'usufruitier d'un portefeuille est propriétaire des titres qui le compose, non pas en vertu du quasi-usufruit mais en raison du régime des universalités. Le dépositaire d'une chose fongible en devient propriétaire puisqu'il n'est tenu à restituer qu'un genre (obs. sur Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Rev. trim. civ.* 1994, p. 382-283). -- F. LEDUC considère que le gage peut produire un effet translatif de propriété lorsque trois conditions cumulatives sont réunies. D'une part, le gage doit porter sur une chose qui, à l'origine, est une chose de genre. D'autre part, le créancier gagiste doit avoir dans son patrimoine des choses appartenant au même genre. Enfin, le contrat de gage ne doit pas comporter de stipulation particulière relative aux conditions de stockage, par le créancier, de la chose gagée (Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 26, p. 320).

La fongibilité et le transfert de propriété sont également liés dans les ventes en bloc ou de choses de genre ; la spécification étant une condition de perfection de la vente et de transfert du bien à l'acquéreur : v. art. 1586 C.civ.

1°. - L'appartenance des biens à un genre

41. - Les biens fongibles étant interchangeable, en principe, ils constituent des choses de genre. Du moins, cette condition est-elle requise lorsqu'il s'agit de reconnaître à la fongibilité un effet acquisitif. Pour que le détenteur devienne propriétaire des biens d'autrui, il faut au moins que ces biens, qu'il détient, et les siens propres soient dotés de la même fonction et de la même structure (a). Une simple équivalence entre ces biens et les siens ne suffirait pas à lui en faire acquérir la propriété (b).

a) L'identité de fonction et de structure des biens

42. - Les choses de genre sont des biens qui se comptent, se pèsent ou se mesurent ¹¹⁶, donc des biens produits en série et/ou qui existent en grande quantité, comme les véhicules, la monnaie, les valeurs mobilières ¹¹⁷, nombre de matières premières ou de denrées (bois, blé, vin...). Ce sont des biens doués des mêmes fonctions, au moins d'une fonction principale identique ¹¹⁸, et qui se ressemblent par leur structure, c'est-à-dire par leur matière et par leur forme. L'identité entre les choses de genre est à la fois interne et externe.

Ainsi, une certaine quantité de blé est une chose de genre parce qu'elle remplit la même fonction alimentaire et a la même structure qu'une autre quantité de blé de même variété. La voiture de série est une chose de genre puisqu'elle pourvoit au déplacement des personnes et des biens de la même manière que les autres véhicules de la série et leur ressemble par sa structure. Les espèces monétaires sont également douées de la même fonction libératoire : scripturales, métalliques ou fiduciaires, elles permettent toutes au débiteur de se libérer d'une dette de somme d'argent. Toutefois, la différence de structure de leur support peut faire obstacle à la fongibilité acquisitive de la propriété du bien d'autrui. La forme ou la structure des espèces monétaires ne détermine pas seulement le degré de commodité dans la réalisation de leur fonction libératoire (par exemple, le paiement en espèces peut être

¹¹⁶. V. par ex. P. MALAURIE et L. AYNÈS, par P. Théry, préc., 1998, n° 155, p. 54. -- F. Leduc, *loc. cit.*, n° 3, p. 308.

¹¹⁷. L'argument selon lequel les valeurs mobilières ne sont pas des choses de genre, a perdu de sa force depuis leur dématérialisation (V. note DIDIER sous Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Rev. sociétés* 1991, 739).

¹¹⁸. Rapp. : H. HUMBERT, thèse préc., p. 14 et s. -- On peut tenter de soutenir que, par une contradiction délibérée de la fonction principale d'un bien, la volonté de l'homme peut dénier son caractère de chose de genre. Par exemple, si la voiture de série ou le meuble meublant est recherché par un acquéreur pour des raisons sentimentales (par ex. son appartenance ultérieure à un personnage célèbre ou à un proche), la fonction attribuée au véhicule ou au meuble meublant est morale plus que matérielle et aucun autre bien ne sera susceptible de le remplacer pour satisfaire son destinataire. Sous cet angle, la chose sort du groupe où sa fonction utilitaire la classe. Elle devient subjectivement un corps certain. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de cette volonté et en déduire que le genre est une notion purement subjective. Non différenciable des autres choses du même genre, le bien reste objectivement une chose de genre.

plus discret que le paiement par chèque ou par virement), elle différencie les espèces monétaires entre elles et peut ainsi empêcher la fongibilité de produire son effet acquisitif. Si les espèces monétaires d'un certain type ne sont pas converties dans la forme des espèces monétaires d'un autre type entre les mains du même détenteur, l'équivalence devient un obstacle à l'acquisition de la propriété des biens d'autrui par le détenteur précaire.

b) L'exclusion des biens équivalents

43. - La fongibilité et le genre sont souvent donnés pour synonymes ¹¹⁹. En réalité, les deux termes coïncident souvent mais ils n'ont pas exactement la même signification. Tandis que le genre demeure une notion abstraite ¹²⁰ et objective, la fongibilité est concrète et peut être subjective ¹²¹. C'est également ce qui différencie le genre et l'équivalence.

En effet, la fongibilité résulte de la nature des choses, mais elle peut également tenir à la volonté du législateur ¹²² ou à la volonté des parties. Ainsi, les espèces monétaires métalliques, fiduciaires ou scripturales peuvent être prises l'une pour l'autre sous le rapport de leur pouvoir libératoire légal. L'article 1291 du Code civil prévoit aussi que les marchandises dont le prix est réglé par les mercuriales et la monnaie sont fongibles entre elles. Et la chose, qui n'est pas fongible par elle-même, peut le devenir par l'usage ou l'intention des parties ¹²³. Une somme d'argent peut être remise en paiement au créancier d'une obligation de donner un corps certain, lorsque le bien était apprécié et recherché pour sa seule valeur marchande par les parties. Ces dernières peuvent même décider de substituer un corps certain d'un certain type à celui initialement prévu pour le paiement ou la restitution dès lors que la différence de structure entre les deux biens ne porte pas atteinte à la fonction du bien que les parties ont en vue.

En fait, la fongibilité subjective d'origine légale ou conventionnelle n'est pas autre chose que l'équivalence.

¹¹⁹. V. C. ATIAS (*Les biens*, 1993, n° 18, p. 11) ; G. Cornu (*Vocabulaire juridique*, v° choses de genre) ; H. HUMBERT qui hésite à distinguer la fongibilité du genre (Thèse préc., p. 7 ; p. 12 ; p. 29 et s.). -- *contra* : F. LEDUC, *loc. cit.*, n° 4-5, p. 308-309.

¹²⁰. Rapp. P. JAUBERT qui observe que toutes choses peuvent être pesées, comptées ou mesurées et que c'est donc un autre élément qui explique la fongibilité : la chose fongible est une unité dans le genre ; toutes les unités du même genre sont semblables (*Loc. cit.*, p. 84 et s.). -- Cf. R. DE LA GRASSERIE qui étend le domaine des choses fongibles hors de la catégorie des choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent (*Loc. cit.*, p. 133) - il va même jusqu'à appliquer cette notion aux personnes (v. notamment la solidarité et le mandat) (*Loc. cit.*, p. 139 et s. ; p. 335 et s. ; p. 534 et s.).

¹²¹. V. sur l'idée de « chose fongible par destination » : R. DE LA GRASSERIE, *loc. cit.*, p. 134 et s. -- H. HUMBERT, thèse préc., p. 25 et s. -- P. Jaubert, *loc. cit.*, p. 96 et s. -- *Adde* sur l'existence de choses fongibles par la convention de parties : Req., 30/3/1926 (*D.H.* 1926, 217). Cependant il était plutôt question, en l'occurrence, de consomptibilité conventionnelle.

¹²². V. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 100. -- F. LEDUC, *loc. cit.*, n° 4, p. 308-309.

¹²³. R. DE LA GRASSERIE, *loc. cit.*, p. 249. -- P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 98-99.

Le critère de l'équivalence est, en effet, l'*identité de fonction* et non l'identité de structure des biens¹²⁴. Aussi, les biens doués d'une fongibilité légale ou conventionnelle peuvent assurer une *équivalence de résultats*¹²⁵ au même titre que des biens fongibles par nature : ils représentent des biens similaires dans leur fonction et distincts dans leur structure, mais jugés aptes à se substituer les uns aux autres malgré leurs différences formelles. La fongibilité subjective ou l'équivalence est donc une notion plus lâche que la fongibilité naturelle ou objective puisqu'elle peut exister entre des choses de structure et donc de genres différents. Elle existe quand bien même la chose restituée n'appartiendrait pas exactement au même groupe que la chose consommée. Cette distinction n'est pas dénuée d'intérêt pratique. La fongibilité subjective ou équivalence facilite les restitutions : elle permet d'opérer des restitutions en équivalent et non plus en nature. Toutefois, l'interférence entre la fongibilité et l'équivalence s'arrête là.

44. - En effet, une différence de structure entre les biens dits fongibles n'est admissible que lorsque la fongibilité est appréciée pour sa fonction libératoire¹²⁶, c'est-à-dire lorsque les biens fongibles sont l'objet d'un paiement ou d'une restitution. Elle ne l'est plus lorsque la fongibilité est observée sous l'angle de sa fonction acquisitive de la propriété du bien d'autrui. Car, dans cette fonction, la fongibilité procède d'une pluralité de biens *non différenciables* les uns des autres. C'est l'identité de structure des choses de genre qui favorisent leur confusion et rend impossible la distinction des choses reçues d'autrui de celles dont l'*accipiens* était préalablement propriétaire. Dans cette fonction, la fongibilité s'accommode mal d'une différence de structure entre ces biens mêlés. L'identité de fonction des biens que le détenteur reçoit d'autrui et des biens dont il est propriétaire n'est pas suffisante pour lui faire acquérir la propriété des premiers. La fongibilité artificielle n'a pas un effet acquisitif de la propriété du bien d'autrui.

Ainsi, dans un arrêt en date du 18 avril 1891, la Cour d'Angers confirmait un jugement qui avait admis la revendication de billets de 1000 francs remis à titre de dépôt à un notaire qui avait reçu, d'autres déposants, des espèces monétaires sous une forme autre que des billets de 1000 francs. Elle décidait alors que « la revendication peut en être faite, lorsqu'il est démontré que les valeurs existant au

¹²⁴. Selon M. PATARIN, le procédé d'équivalence exige que la situation de fait soit adaptée à la finalité de la situation prévue et aux circonstances de sa réalisation (*Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris, 1952, éd. com. 1954, n° 57, p. 141). Et pour que la finalité soit assurée, il doit y avoir ressemblance de structure ou, à défaut, similitude de fonction (Thèse préc., n° 58, p. 142). Si les parties à un contrat n'envisagent pas la chose sur laquelle il porte dans toutes ses fonctions naturelles et matérielles et ne l'apprécient que sous un certain angle, avec une certaine destination, l'identité de structure et l'identité de destination de la chose ancienne et de la chose nouvelle ne sont pas requises de manière restrictive : « la chose peut n'avoir qu'une valeur pécuniaire ou une valeur objective d'usage ; il est alors facile d'en trouver une autre pour la remplacer [...] Il suffit qu'une chose remplisse le rôle prévu aussi bien que celle qui a été déterminée par la convention pour que dans cette mesure les deux choses soient interchangeables » (Thèse préc., n° 66, p. 163 ; v. égal. n° 65, p. 159). -- V. égal. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 90, spéc. la note 2.

¹²⁵. V. J. PATARIN, Thèse préc., spéc. n° 56 et s., p. 139 et s.

¹²⁶. V. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 99.

moment de la faillite sont bien celles expédiées par le revendiquant à titre de dépôt »¹²⁷. En fait, dans cette hypothèse, la structure des espèces litigieuses les démarquait des autres espèces et les individualisait. Ainsi isolées, choses de genre par nature, elles devenaient des corps certains qui pouvaient être revendiqués par leur propriétaire.

2°. - L'individualisation des choses de genre

45. - La fongibilité d'une chose avec d'autres biens du même genre peut être enrayée par l'individualisation qui fait obstacle à leur confusion.

L'individualisation d'une chose fongible peut prendre plusieurs formes. Les choses de genre remises à un tiers à titre précaire peuvent être marquées : on étiquette ou on appose un signe sur les marchandises, on relève le numéro des billets, on marque d'un astérisque informatique les valeurs mobilières inscrites en compte¹²⁸ etc. Le choix peut aussi être fait d'isoler les choses de genre entre les mains du tiers détenteur. Les espèces monétaires métalliques ou fiduciaires sont renfermées dans une cassette, un sac, un portefeuille¹²⁹ ; les grains sont contenus dans des silos, les espèces monétaires scripturales ou les titres dématérialisés sont inscrits à un compte spécial¹³⁰, les marchandises sont déposées dans un local etc.

¹²⁷. Trib. civ. de Château-Gontier, 3 juin 1890 et Angers, 18 avril 1891, *D.P.* 1893, II, 49, note de A. BOISTEL. -- L'action en revendication était fondée sur les articles 574 et 575 (alinéa 1^{er}) du Code de commerce aujourd'hui abrogés et aux termes desquels :

« Pourront être revendiquées, en cas de faillite, les remises des effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire, avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront été de sa part, spécialement affectées à des paiements déterminés » (art. 574 C.Com.).

« Pourront être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existeront en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt, ou pour être revendiquées pour le compte du propriétaire » (art. 575 al. 1^{er} C.Com.).

¹²⁸. L'article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 relatif au gage de compte d'instruments financiers (mod. L. 2 juillet 1996 dite de « modernisation des activités financières » : *J.O.* du 4 juillet 1996, p. 10063) impose de marquer informatiquement les valeurs qui restent inscrites à un compte ouvert au nom du constituant (al. 3), s'il n'est pas ouvert de compte spécial pour accueillir ces valeurs (al. 2) : V. H. DE VAUPLANE et S. MOUY, « Gage sur titres : une réforme innovante », préc., p. 55 ; La réforme du nantissement des titres dématérialisés, préc., p. 5. -- *Adde* : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 694, p. 563. -- M. BILLIAU, *Feu le « gage de valeurs mobilières en compte - Naissance du « gage des comptes d'instruments financiers », préc.* -- D.R. MARTIN, *Du gage d'actifs scripturaux*, préc., n° 4 et s., p. 263 et s. -- F. CREDOT et Y. GERARD, *Rev. Dt. Banc., Actualité/Droit et techniques bancaires*, n° 62, août-septembre 1997, n° 1-1, p. 160. -- D. BUREAU, *loc. cit.*, p. 73 et s.).

¹²⁹. Ainsi, les pièces conservées par la banque dans une cassette close déposée dans un coffre sont individualisées et font l'objet d'un dépôt régulier : v. par ex. Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1983, *Bull. Civ. I*, n° 280, p. 251 ; *D.* 1984, Som., 308, obs. M. VASSEUR ; *J.C.P. Ed. G.* 1984, IV, 45.

¹³⁰. Les fonds déposés à un compte spécial ou à rubriques, affecté à la réception des fonds provenant de la clientèle ou des mandants du titulaire ne lui appartiennent pas : V. Trib. civ. de Saint-Omer, 6 déc. 1901 (*D.P.* 1903, II, 193) ; Paris, 21 juin 1983 (*D.* 1984, IR, 47) ; Civ., 19 février 1985 (*Bull. Civ. I*, n° 68, p. 64 ; *D.* 1986, Som., 316, M. VASSEUR) ; Com., 14 mai 1991 (*Bull. Com. IV*, n° 161, p. 116 ; *D.* 1992, J., 13, note D.R. MARTIN ; *Banque*, n° 519, septembre 1991, p. 869, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; D.R. MARTIN, *Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels*, préc., p. 2) ; Com., 25 février 1992 (*Bull. Com. IV*, n° 92, p. 66) ; Com., 4 oct. 1994 (*Quot. jur.* n° 99 du 13 décembre 1994, Som., p. 3) ; Com., 26 nov. 1996 (*Bull.*

Enfin, l'individualisation des choses de genre peut être circonstancielle à défaut d'être l'œuvre du détenteur précaire : ainsi les choses de genre remises à autrui seront naturellement isolées, et non confondues, si le détenteur ne possède pas d'autres choses du même genre¹³¹. Elles seront comme individualisées par défaut et pourront être revendiquées tant que le détenteur ne possèdera pas d'autres choses du même genre.

Ce faisant, l'individualisation des choses de genre ne les dépouille pas de la fonction qui les classe dans un genre. Elle les singularise, les isole et les rapproche des corps certains par la volonté des parties. Elle fait obstacle à leur confusion avec les autres biens du même genre¹³². On pourrait donc continuer à parler de choses de genre mais de choses de genre dont la fongibilité est neutralisée¹³³. En somme, l'individualisation remplit une fonction probatoire¹³⁴ et d'identification des choses de genre reçues en détention¹³⁵.

46. - Dans ces conditions, la personne qui reçoit les choses de genre d'autrui à titre précaire n'est-elle pas dans l'obligation de les individualiser, dès lors du moins que son droit est conditionnel comme c'est le cas en matière de gage ?

Com. IV, n° 281, p. 240) ; *Com.*, 4 mars 1997 (pourvoi n° H 94-13.170 et arrêt n° 722 ; *Rev. Dt. Banc.*, n° 61, mai-juin 1997, n° 4, p. 129, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI). -- *Addé* : D. R. MARTIN, De la monnaie, *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 341. -- P. JAZE-DEKEUWER, Possesseur ou détenteur précaire des avoirs en compte, *L.P.A.*, n° 78 du 30 juin 1993, p. 27 et s.

Comp. : Dans un arrêt en date du 19 janvier 1994, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a débouté un syndicat de copropriétaires de sa demande en paiement du solde créditeurs de sous-comptes ouvertes par son syndic au motif que le compte unique - divisé en sous-comptes - était ouvert au nom du syndic (*Bull. Civ. III*, n° 8, p. 5). Autrement dit, le titulaire du compte divisé en sous-comptes, serait le propriétaire des avoirs qui y figurent (*Contra* : note D.R. MARTIN, *D.* 1994, J., 576). A moins qu'en l'espèce, l'organisation et le fonctionnement du compte et des sous-comptes ne permettaient pas d'identifier avec certitude le bénéficiaire des versements et remises (En ce sens : P. CAPOULADE, obs. *D.* 1994, Som., 206). -- *Contra* : dans une hypothèse semblable, les juges ont admis que les sommes déposées appartenaient aux syndicats de copropriété car le banquier savait qu'il s'agissait de comptes destinés à recevoir leurs fonds et non ceux du titulaire du compte (Aix, 27 mars 1984, *J.C.P. Ed. G.* 1985, 14577, n° 58, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET).

¹³¹. V. par ex. : *Com.*, 3 juin 1986, *Bull. Com. IV*, n° 114, p. 97. -- *Comp.* l'hypothèse dans laquelle un notaire verse à la Caisse des Dépôts et consignations des sommes qui lui sont remises par ses clients : quand bien même le compte serait ouvert au compte du notaire, il ne s'agit là que d'une simple mesure de comptabilité ; les sommes déposées demeurent la propriété des clients. Le notaire est, en effet, censé agir en qualité de mandataire des clients (V. Bordeaux, 24 déc. 1902, *D.P.* 1905, II, 348. -- *Civ.*, 23 février 1909, *D.P.* 1909, I, 421). -- *Rapp.* l'hypothèse dans laquelle le compte ouvert au nom d'une clinique par le mandataire de médecins - pour recevoir les honoraires dus au médecins-mandants - n'apparaissait pas dans la comptabilité de la clinique : les sommes déposées demeurent la propriété des médecins (*Com.*, 22 nov. 1994, *Bull. Civ. IV*, n° 343 ; *D.* 1995, IR, 6 ; *R.J.D.A.*, mars 1995, n° 303, p. 249). -- V. égal. Paris, 6 oct. 1995, *D.* 1995, IR, 268. -- *Com.*, 5 oct. 1993 : sur l'absence d'incidence de l'existence d'une convention exclusive d'approvisionnement, sur la preuve de l'identité des marchandises revendiquées entre les mains de l'acquéreur (*Bull. Com. IV*, n° 316, p. 227).

¹³². *Com.*, 25 mars 1997 et Paris du 14 oct. 1997, *préc.* -- V. égal. par exemple : Caen, 20 juillet 1938, *Deffr.*, 1939, n° 25372, p. 7.

¹³³. *Rapp.* C. LARROUMET, note sous Paris, 14 oct. 1997, *D.* 1998, J., n° 6, p. 93.

¹³⁴. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 86 ; p. 91 ; note 1, p. 92 ; p. 94. -- Obs. P. M. sur *Com.*, 25 mars 1997, *Quot. jur.* n° 32 du 22 avril 1997, Som., p. 8.

¹³⁵. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 86 ; p. 91 ; note 1, p. 92 ; p. 94. -- Obs. P. M. sur *Com.*, 25 mars 1997, *Quot. jur.* n° 32 du 22 avril 1997, Som., p. 8. -- F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, Bibl. dr. priv., t. 2, L.G.D.J. 1957, n° 25 et s., p. 28 et s.

L'article 2079 du Code civil rappelle, en effet, que le débiteur reste propriétaire du gage au moins jusqu'à sa réalisation tandis que le gagiste n'est qu'un détenteur précaire. D'où il résulte que, lorsque le bien gagé est une chose de genre ou un ensemble de choses de genre, il faut prémunir le débiteur contre l'effet acquisitif de la fongibilité et individualiser ces biens entre les mains du créancier. Ne pas le faire pourrait aboutir à l'acquisition du bien gagé par ce dernier, contrairement à la volonté du législateur.

L'obligation semble même applicable au quasi-usufruitier.

L'usufruitier de choses consomptibles ne devient pas propriétaire de ces biens puisque la consomptibilité des biens dont il a la jouissance n'est pas acquisitive de leur propriété. Il demeure un détenteur précaire. Pour cette raison, il ne devrait pas être admis à se substituer dans la propriété d'autrui en provoquant la confusion des choses de genre qu'il reçoit de lui avec celles qu'il possède déjà. Le droit de consommer les biens consomptibles d'autrui ne peut justifier le défaut d'individualisation de ces biens. *A fortiori* la fongibilité, qui ne renvoie pas à l'usage-disposition des biens, n'autorise pas le disposant à mélanger à ses propres biens les choses de genre reçues d'autrui¹³⁶.

La vertu probatoire de l'individualisation des choses de genre n'est toutefois pas absolue ou, plus exactement, elle disparaît avec elle.

47. - Lorsque l'*accipiens*, un quasi-usufruitier par exemple, est en droit de consommer les choses de genre reçues d'autrui et use de cette possibilité, le *tradens* ne peut plus les revendiquer. Les biens ont régulièrement été aliénés par le disposant et remis au tiers acquéreur. Lorsque l'*accipiens* détourne les choses de genre individualisées au profit d'un tiers, la revendication du *tradens* a peu de chance d'aboutir. D'une part, si le tiers acquéreur est de bonne foi, la règle selon laquelle « En fait de meubles, la possession vaut titre » lui permettra de conserver le bien¹³⁷. D'autre part, si le tiers acquéreur est de mauvaise foi, la règle de l'article 2279 ne joue plus. L'action en revendication est donc recevable ; mais son succès sera contrarié si, comme il est probable, la remise des biens au tiers acquéreur fait cesser

¹³⁶. Il a été jugé que la remise, par un employé, d'une certaine somme à titre de garantie, entre les mains de l'employeur constitue un nantissement, de sorte que le détournement de la somme par l'employeur constitue un abus de confiance puni par l'article 408 du Code pénal : Crim., 31 janvier 1935, *D.H.* 1935, 134. -- V. égal. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 93.

¹³⁷. Cf. La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 25 novembre 1930, a décidé que la présomption de l'article 2279 du Code civil ne saurait s'appliquer à des espèces non individualisées (*D.H.* 1930, 3-4). Mais l'arrêt n'est pas jugé décisif, ne serait-ce qu'en raison de sa confusion (V. H. HUMBERT, thèse préc., p. 65). De surcroît, les ventes de choses de genre interviennent en général dans le cadre de relations commerciales, l'application de l'article visé protège donc le commerce (En ce sens : H. HUMBERT, thèse préc., p. 64-65). On voit mal, en effet, à qui appartiennent les fonds si leur possesseur ne peut pas se prévaloir de l'article 2279 tandis que le revendiquant ne peut prouver l'identité de fonds par hypothèse non individualisés !

l'individualisation des biens revendiqués¹³⁸. Les choses de genre par nature, devenues corps certains par individualisation volontaire ou circonstancielle entre les mains du premier détenteur, retrouvent leur statut initial lorsqu'elles passent entre les mains d'un tiers déjà détenteur d'autres choses du même genre. Cas fréquent lorsque les biens revendiqués sont des marchandises. Le demandeur ne pourra plus prouver leur identité ni, par conséquent, les revendiquer.

De cette hypothèse, il ne faut toutefois pas déduire qu'en l'absence d'individualisation, toute action en revendication est vouée à l'échec. Les choses de genre non individualisées peuvent être revendiquées lorsque certaines conditions de fait sont réunies.

B. - La revendication des biens fongibles par le *tradens*

48. - Quand un propriétaire de choses de genre reçoit d'un tiers d'autres choses du même genre, tous ces biens se mêlent et se confondent sous l'effet de leur double identité de fonction et de structure. A moins que les parties n'aient préservé l'individualisation des biens transmis de l'un à l'autre¹³⁹, il n'est plus possible de distinguer ceux dont l'*accipiens* était déjà propriétaire de ceux qu'il a reçus d'autrui. De cette confusion, on déduit que le détenteur acquiert la propriété des biens fongibles d'autrui¹⁴⁰. Comme si, du fait de l'identité des biens mélangés, la propriété qui s'appliquait aux choses reçues d'autrui ne pouvait continuer de les suivre, faute d'objet individualisé. Ces choses seraient comme attirées dans l'empire du droit de propriété du détenteur. De cette manière, le disposant qui reçoit d'autrui des biens du même genre que ceux qu'il possède déjà en deviendrait propriétaire.

Il est pourtant permis de douter que la détention des choses de genre reçues d'autrui produisent systématiquement cet effet acquisitif. La loi, notamment celle du 25 janvier 1985 prise en son article 121 alinéa 3 *in fine*, et la jurisprudence, symbolisée par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 février 1989, ont ouvert la brèche : elles ont admis la revendication de biens fongibles. Cependant, il faut reconnaître que leurs solutions sont, pour l'une d'une application restrictive, et pour l'autre d'une portée incertaine.

¹³⁸. V. Civ. 1ère, 7 février 1989 (*Bull. Civ. I*, n° 57, p. 37 ; *D.* 1989, I.R., 70. -- *Adde* : S. TORCK, La revendication des choses fongibles, *R.R.J.* 1996, n° 41 et s., p. 506 et s.). Dans cet arrêt, la cour admet la revendication des choses fongibles (de la luzerne) détournées au profit d'un tiers acquéreur jugé possesseur de mauvaise foi par la Cour d'appel. Mais finalement ce possesseur est condamné à verser des dommages et intérêts ; sans doute les choses de genre ont-elles été entre temps aliénées ou dissipées (F. ZENATI, obs. sur l'arrêt, *Rev. trim. civ.* 1990, 109. -- CF. Selon S. TORCK, la cour aurait admis que la revendication porte sur la valeur des biens fongibles détournés. Il faudrait y voir un cas de subrogation réelle (*Loc. cit.*, n° 51, p. 512-513). Pourtant, sauf texte contraire, le jeu de la subrogation réelle suppose que la valeur de remplacement soit issue du bien originaire (V. *infra* : n° 542 et s.).

¹³⁹. V. *supra* : n° 45 et s.

¹⁴⁰. V. *supra* : n° 39.

48-1. - Ainsi, l'article 121 alinéa 3 *in fine* de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (réd. loi n° 94-475 du 10 juin 1994) ¹⁴¹ permet au vendeur qui a livré, sous réserve de propriété, des choses de genre restées impayées, de revendiquer en nature les biens de même espèce et de même qualité qui se trouvent entre les mains de l'acheteur à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. En dépit de la confusion des choses de genre entre les mains de l'*accipiens*, le revendiquant-vendeur sous réserve de propriété est donc dispensé de prouver l'identité des marchandises revendiquées. Ce qui revient à le présumer propriétaire des biens semblables, jusqu'à la preuve contraire, c'est-à-dire jusqu'à ce que le débiteur ou un autre revendiquant démontre que le vendeur ne peut pas être propriétaire des biens revendiqués ¹⁴².

On est alors tenté de tirer argument de cette disposition pour justifier un principe général de revendication des choses fongibles ¹⁴³, mais la règle posée à l'article 121 alinéa 3 *in fine* de la loi du 25 janvier 1985 est exceptionnelle et, nous semble-t-il, non susceptible d'extension.

Dans l'hypothèse visée par le texte, non seulement la confusion des choses de genre ne fait pas obstacle à leur revendication, mais encore il n'est pas même nécessaire que le revendiquant ait été ou ait pu être propriétaire des biens revendiqués avant le jugement d'ouverture, pour être admis à les revendiquer. L'*accipiens* a pu disposer entre temps des biens reçus du revendiquant, celui-ci ne pourra pas moins revendiquer des biens de même espèce et de même qualité qui se retrouvent entre les mains du défendeur. La loi va donc plus loin que la seule admission de la revendication des biens fongibles individualisés. L'article 121 alinéa 3 *in fine* de la loi du 25 janvier 1985 fait naître un cas exceptionnel d'attribution légale de la propriété - ce que Mme PÉROCHON dénomme une « néo-revendication » - subsidiaire par rapport à la revendication à laquelle elle ne saurait faire obstacle ¹⁴⁴. En somme, le texte permet au revendiquant de s'approprier n'importe quelles choses qui se trouvent entre les mains de l'acquéreur, dès lors qu'elles sont de même espèce et de même qualité que celles vendues sous réserve de propriété et que leur identité n'est pas prouvée par un autre. Le caractère

¹⁴¹. « La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité ». -- Sur ce texte, v. : F. PÉROCHON, La revendication de biens fongibles par le vendeur, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, p. 82 et La revendication favorisée (loi n°94-475 du 10 juin 1994), *D.* 1994, chr., n° 16 et s., p. 253 et s. -- B. SOINNE, Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, n° 3 et s., p. 76 et s. -- S. TORCK, *loc. cit.*, n° 79 et s., p. 526 et s.

¹⁴². F. PÉROCHON, La revendication de biens fongibles par le vendeur, *loc. cit.*, n° 5 et s., p. 82 et s. et La revendication favorisée, *loc. cit.*, n° 17, p. 253.

¹⁴³. V. S. TORCK, *loc. cit.*, n° 81 et s., p. 527 et s.

¹⁴⁴. C'est-à-dire que, dans l'hypothèse où un tiers ou le débiteur prouverait son droit de propriété sur les biens revendiqués, l'action du vendeur sous réserve de propriété ne pourrait pas aboutir. -- V. F. PÉROCHON, La revendication de biens fongibles par le vendeur, *loc. cit.*, n° 9 et s., p. 84 et s. et La revendication favorisée, *loc. cit.*, n° 18, p. 253-254.

Et si plusieurs vendeurs sous réserve de propriété revendiquaient en même temps des marchandises du même type, les biens revendiqués seraient attribués au prorata de la quantité restant due à chacun (F. PÉROCHON, *idem.* -- *Adde* : S. TORCK, *loc. cit.*, n° 96, p. 536).

exceptionnel de la règle en restreint la portée et interdit donc d'en déduire un principe général de revendication des biens fongibles. Peut-être peut-on rechercher le fondement d'un tel principe dans la jurisprudence.

48-2. - Dans un arrêt en date du 7 février 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que « l'action [en revendication] peut s'exercer sur toutes les catégories de choses, notamment sur les choses fongibles »¹⁴⁵. Elle a ainsi accueilli la revendication de luzerne détournée au profit d'un tiers acquéreur jugé possesseur de mauvaise foi. Et la généralité des termes de l'arrêt laisse à penser que le principe de revendication des biens fongibles est acquis. A vrai dire, la portée de l'arrêt doit être nuancée.

De manière certaine, la Cour suprême juge *recevable l'action en revendication des choses fongibles, dès lors, du moins, que le possesseur est de mauvaise foi* et ne peut donc pas opposer au demandeur la règle « En fait de meubles possession vaut titre ». Mais dans le même temps, les conditions du succès de cette action demeurent incertaines. Puisqu'en l'espèce, sans qu'en soit donnée la raison, le possesseur est condamné à verser des dommages et intérêts plutôt qu'à restituer les choses fongibles détournées à son profit.

Deux interprétations de l'arrêt sont alors possibles. Ou bien l'échec de l'action en revendication est dû au fait que le possesseur détenait déjà un stock de luzerne avec laquelle se serait confondue la luzerne revendiquée. Auquel cas, la solution de l'arrêt est restrictive puisque la Cour fait dépendre le succès de l'action de la preuve de l'identité des choses fongibles ! Ou bien la décision s'explique par le fait que les choses de genre revendiquées ont été aliénées ou dissipées par l'acquéreur¹⁴⁶. Ce qui signifierait que son action en revendication aurait abouti si le demandeur était parvenu à prouver l'absence de disposition des biens fongibles par le possesseur. Alors les conditions de succès de l'action en revendication seraient élargies : il suffirait que le défendeur n'ait pas aliéné de choses du même genre que celles reçues du demandeur pour que celui-ci puisse recouvrer la propriété de ses biens en nature. Cette seconde interprétation nous semble préférable.

Depuis l'arrêt du 7 février 1989, le principe de la recevabilité de l'action en revendication des biens fongibles est reconnu. Mais le succès de l'action est incertain. Selon nous, lorsque les choses du genre de celles reçues d'autrui n'ont pas été consommées par le détenteur, la revendication doit aboutir (1°). Ce n'est qu'en cas de disparition totale des biens fongibles transmis au détenteur, que l'action est vouée à l'échec (2°). Et, lorsqu'une partie de ces biens est détruite fortuitement ou

¹⁴⁵. V. Civ. 1ère, 7 février 1989 (*Bull. Civ. I*, n° 57, p. 37 ; D. 1989, I.R., 70. -- *Adde* : S. TORCK, *loc. cit.*, n° 41 et s., p. 506 et s.).

¹⁴⁶. En ce sens : F. ZENATI, obs. sur l'arrêt, *Rev. trim. civ.* 1990, 109. -- CF. Selon S. TORCK, la cour aurait admis que la revendication porte sur la valeur des biens fongibles détournés et il faudrait y voir un cas de subrogation réelle (*Loc. cit.*, n° 51, p. 512-513). Mais cette subrogation réelle, non fondée sur un texte, serait contraire à l'exigence selon laquelle, pour que la subrogation réelle joue, la valeur de remplacement doit être issue du bien originaire (V. *infra* : n° 542 et s.).

aliénée, le succès de la revendication n'est pas systématique (3°). Ce qui ne veut pas dire, dans cette dernière hypothèse, que le détenteur devient propriétaire des choses de genre reçues d'autrui...

1°. - En cas de conservation de tous les biens fongibles détenus par le défendeur

49. - « En réalité, tout se ramène à une question de preuve [...] Les choses de genre ne sont [...] pas, en vertu de leur nature, soustraites à la revendication » écrit H. HUMBERT¹⁴⁷. C'est la raison pour laquelle la revendication des biens fongibles ou choses de genre non individualisées nous semble devoir aboutir lorsque le détenteur n'a pas aliéné les biens fongibles. Car, dans cette hypothèse, le revendiquant peut faire la *preuve de son droit*.

En effet, les tiers sont fondés à croire, sur la foi de l'apparence, que tous les biens détenus par l'*accipiens* lui appartiennent. Ce qu'ils voient les laisse dans cette croyance, à moins qu'ils n'aient connaissance de la remise de choses de genre par un tiers à ce détenteur précaire ou qu'ils ne lui aient eux-mêmes confié, à titre précaire, des biens du même genre. Mais entre les parties, cette ignorance ne paraît pas être de mise. Le propriétaire de choses de genre non individualisées qui les confie à un détenteur à titre précaire, sait les lui avoir remises et le détenteur sait les avoir reçues d'autrui. Aussi ne voit-on pas pourquoi, entre les parties, la propriété du premier disparaîtrait au profit du second¹⁴⁸.

Certes, on enseigne que le droit de propriété s'applique à des biens déterminés et non pas à des biens simplement déterminables. Or, en permettant au *tradens* d'affirmer son droit de propriété sur les choses de genre remises au détenteur et mêlées à celles qu'il détient préalablement, on admet que la propriété porte sur des objets seulement déterminables¹⁴⁹. Le droit de propriété prend alors l'allure d'un droit de créance. Mais cette analyse ne convainc pas.

50. - Si le détenteur n'a pas disposé de choses du même genre que celles qu'il a reçues du *tradens*, on peut admettre que le droit de propriété du *tradens* se reporte sur n'importe quelles choses de ce genre détenues par l'*accipiens*¹⁵⁰.

¹⁴⁷. Thèse préc., p. 61-62.

¹⁴⁸. *Contra* : S. TORCK, *loc. cit.*, p. 483 et s.

¹⁴⁹. V. S. TORCK selon qui la propriété des choses fongibles subit, aussi bien en droit commun qu'en droit des procédures collectives, une incontestable mutation, et plus généralement l'objet du droit de propriété devient seulement déterminable. Le droit de propriété ne recevrait plus une affectation spécifique, mais une affectation type constituée de chose d'un certain genre. Il faudrait donc admettre la revendication de choses du même genre que celles initialement appropriées (*Loc. cit.*, n° 87, p. 532 ; n° 97, p. 537 ; n° 49 et s., p. 511 et s.).

¹⁵⁰. *Contra* : par ex. F. DERRIDA, obs. sur Vers., 11 mars 1987, *D.* 1988, Som., 10.

D'abord, dans cette hypothèse précise, l'indétermination des biens du *tradens* est limitée puisque le détenteur détient toujours les biens reçus du *tradens*. Le droit de propriété du revendiquant n'a pas pu s'éteindre faute d'objet et, de ce point de vue, le *tradens* n'a pas perdu son droit de propriété. Il revendique des choses qui figurent toujours parmi celles que possède l'*accipiens*.

Ensuite, admettre la conservation du droit de propriété du *tradens* n'est pas réduire la propriété à un simple droit de créance. Le *tradens* revendique des biens qu'il a remis au détenteur en qualité de *propriétaire*. Autrement dit, il n'est pas créancier d'une obligation de donner des choses qu'il n'a jamais possédées. Il ne s'agit pas pour lui d'acquérir des biens nouveaux ; il lui importe au contraire de conserver son droit de propriété.

Enfin, non seulement la fongibilité n'interdit pas le maintien de ce droit de propriété : elle le favorise au contraire. Si la fongibilité est interchangeabilité et substituabilité, on doit pouvoir admettre que le droit de propriété de choses de genre *qui n'ont pas disparu* se reporte sur les autres choses du même genre auxquelles elles se trouvent mêlées. Il n'est pas question ici de projeter le droit de propriété d'un bien disparu sur un bien nouveau et différent du bien ancien, il s'agit d'affirmer la survie d'un droit de propriété sur certaines choses de genre d'un ensemble où figurent celles remises par le revendiquant et à concurrence de cette remise.

51. - Ainsi, en prouvant que l'*accipiens* n'a pas consommé les choses de genre qu'il a reçues de lui, le demandeur démontre que l'*accipiens* possède encore les choses de genre revendiquées. S'agissant du rapport entre le disposant du bien d'autrui pour son propre compte et celui dont il a reçu le bien, si ce dernier démontre que le disposant n'a pas consommé les choses de genre qu'il lui a remises, il prouve que le disposant possède encore les choses de genre revendiquées et il doit donc pouvoir en revendiquer de semblables à concurrence de celles remises. Le report de son droit sur d'autres choses du même genre détenues ne serait contrarié que dans l'hypothèse où ces biens ont été en tout ou en partie aliénés par le détenteur ou détruits par cas fortuit.

2°. - En cas de disparition totale des biens fongibles détenus par le défendeur

52. - En cas de disparition totale des biens fongibles détenus par l'*accipiens*, l'action en revendication du *tradens* est vouée à l'échec, pour des raisons qui diffèrent selon que la perte est due à la survenance d'un accident de force majeure (a) ou à leur aliénation par le défendeur (b).

a) En cas de destruction fortuite totale des biens fongibles

53. - Si la totalité des biens disparaît par destruction fortuite, la solution s'impose : le *tradens* ne peut plus revendiquer des choses de genre qui ne se trouvent

plus entre les mains de l'*accipiens* ni ailleurs. Son droit de propriété disparaît puisque son objet a disparu.

Et le demandeur ne pourra pas davantage réclamer la restitution de biens équivalents, en qualité de créancier du détenteur, puisque la perte fortuite libère totalement cet *accipiens* de son obligation de restitution.

b) En cas d'aliénation de tous les biens fongibles

54. - Lorsque tous les biens fongibles sont aliénés par le détenteur, l'action en revendication est *recevable* mais elle a peu de chance d'aboutir. Le demandeur peut tenter de revendiquer les choses de genre entre les mains du tiers acquéreur, mais dans la mesure où, *par hypothèse*, les biens n'ont pas été individualisés entre les mains du détenteur-vendeur, il ne parviendra pas à prouver l'identité des biens revendiqués entre les mains du tiers acquéreur. Le tiers acquéreur ne sera pas de mauvaise foi puisque les choses de genre étant mélangées pour les parties, *a fortiori* le sont-elles pour lui qui n'a pas pensé acquérir le bien d'un vendeur *a non domino*.

55. - Ainsi, dans les trois hypothèses envisagées jusqu'ici, le détenteur n'a pas été en situation de propriétaire des choses de genre reçues d'autrui. Ou bien il n'a pas aliéné les choses fongibles, et dans ce cas la revendication peut aboutir. Ou bien, il les a tous aliénés, et dans ce cas la propriété échoit au tiers acquéreur. C'est lorsque les biens fongibles détenus par le défendeur disparaissent en partie – l'hypothèse est fréquente – que la solution est partagée.

3°. - En cas de disparition partielle des biens fongibles détenus par le défendeur

56. - Lorsque les biens fongibles ont en partie disparu des mains du détenteur, il devient difficile pour le *tradens* de prouver que l'*accipiens* a conservé les biens auxquels s'applique son droit de propriété puisque par hypothèse ils n'ont pas été individualisés. Encore convient-il de distinguer selon que la disparition résulte de la survenance d'un cas fortuit (*a*) ou de l'aliénation des biens par le défendeur (*b*).

a) La destruction fortuite et partielle des biens fongibles

57. - Quand les biens fongibles, par hypothèse non individualisés, périssent en partie et fortuitement entre les mains du détenteur, l'action en revendication du *tradens* doit lui donner satisfaction en proportion des choses de genre non détruites.

58. - La Cour d'appel de Besançon dans un arrêt du 5 mai 1943 et la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 7 décembre 1948 ont décidé

que les déposants d'une certaine quantité d'essence en conservaient la propriété, bien que cette essence ait été versée dans les bacs d'un dépositaire et mélangée à l'essence provenant des autres déposants et/ou appartenant au dépositaire lui-même. De sorte qu'en cas de disparition partielle du dépôt par la survenance d'un cas de force majeure, la perte devait être supportée par tous les déposants *au prorata* de leurs remises respectives, tandis que le dépositaire se trouvait libéré de son obligation de restitution à concurrence du montant du stock disparu ¹⁵¹.

On peut se demander si la solution ne vaut pas aussi pour le détenteur qui a reçu d'autrui des choses du même genre que celles qu'il possède déjà lui-même - comme le disposant du bien d'autrui pour son propre compte - et qui périclissent en partie par un accident de force majeure. En effet, dans cette hypothèse, l'*accipiens* (le disposant du bien d'autrui pour son propre compte) et le *tradens* (l'autrui) sont comme des co-déposants. Leurs choses de genre sont mélangées entre les mêmes mains (celles du disposant-*accipiens*). Aussi, en cas de perte fortuite des biens fongibles détenus par celui-ci, la perte devrait être supportée par le disposant-*accipiens* et par le *tradens* à proportion de leurs droits respectifs dans le « dépôt ». Encore faut-il que les motifs adoptés par les juges dans les arrêts du 5 mai 1943 et du 7 décembre 1948 soient transposables à l'hypothèse étudiée.

Cette solution semble en effet reposer sur le fait qu'en l'espèce, le dépôt irrégulier n'était pas constitué.

D'abord, selon les juges, le dépôt irrégulier faisait défaut parce que le dépositaire ne pouvait s'en servir. Ce qui excluait l'extension de la solution des arrêts du 5 mai 1943 et du 7 décembre 1948 à la situation où un *tradens* remet un bien au disposant afin qu'il le consomme pour son propre compte. Ensuite, les parties se seraient entendues pour faire abstraction de la fongibilité naturelle de la chose déposée. Les faits de l'espèce révèlent que cette volonté ne s'était pas traduite par l'individualisation des biens déposés, mais la réglementation des dépôts en question prévoyait que les déposants en conservaient la propriété - selon le doyen CARBONNIER, il s'agissait là d'une hypothèse de dépôt collectif où les déposants sont copropriétaires des objets déposés ¹⁵². Autrement dit, la revendication des biens fongibles ne devrait aboutir que lorsque les parties ont entendu permettre au déposant de revendiquer les biens confiés au dépositaire alors même que les choses

¹⁵¹. Besançon, 5 mai 1943, *D.* 1945, J., 38, note P. VOIRIN. -- Civ., 7 déc. 1948, *S.* 1949, I, 159 ; *Rev. trim. civ.* 1950, 201, obs. J. CARBONNIER. -- Rappr. : Dans le cadre de la revendication du vendeur de choses de genre sous réserve de propriété (art. 121 al. 3 *in fine* de la loi du 25 janvier 1985), si plusieurs vendeurs revendiquent en même temps des marchandises du même type, les biens revendiqués sont attribués au prorata de la quantité restant due à chacun (F. PEROCHON, La revendication de biens fongibles par le vendeur, *loc. cit.*, n° 9 et s., p. 84 et s. et La revendication favorisée, *loc. cit.*, n° 18, p. 253-254. -- *Addé* : S. TORCK, *loc. cit.*, n° 96, p. 536). De même, l'article 12 du décret n° 49-1105 du 4 août 1949 prévoit qu'en cas de faillite ou de règlement judiciaire de l'établissement dépositaire de valeurs mobilières, la revendication des déposants s'exerce sur la masse des valeurs mobilières de même nature existant dans l'établissement et, au cas où cette masse est insuffisante pour assurer l'intégralité des restitutions dues, elle est partagée entre les revendiquants à proportion de leurs droits respectifs (Pour une application, v. par ex. : Paris, 16 nov. 1959, *Gaz. Pal.* 1960, I, J., 79).

¹⁵². Obs., *Rev. trim. civ.* 1950, 201.

de genre par nature n'ont pas été matériellement individualisées par les parties. Ce qui restreint sérieusement le domaine d'application de la solution. De surcroît, et surabondamment, le fait de fonder cette revendication sur la volonté purement abstraite des parties la rend aléatoire et peut lui faire perdre son principal intérêt. En cas de déconfiture de l'*accipiens*, cette volonté peut être jugée sans effet si elle a eu pour but de contourner les règles du redressement et de la liquidation judiciaires. On sait que la loi du 25 janvier 1985 n'admet la revendication des choses de genre ou marchandises que de manière restreinte. Pourtant, la solution des deux arrêts cités semble applicable à l'hypothèse étudiée.

La situation du disposant du bien d'autrui pour son propre compte, qui perd par cas fortuit une partie des choses de genre reçues d'autrui et mêlées aux siennes, est identique à celles des déposants dans les affaires du 5 mai 1943 et du 7 décembre 1948. Et celle de l'autrui est identique à celles du dépositaire dans ces mêmes affaires. En effet, l'usage du bien consommable d'autrui pour son propre compte ne rend pas son auteur propriétaire mais exprime sa qualité de simple utilisateur du bien d'autrui¹⁵³. Le fait de pouvoir se servir de la chose consommable reçue d'autrui n'en confère pas la propriété. Le disposant du bien d'autrui pour son propre compte détient donc à *titre précaire* le bien reçu d'autrui. En outre, la manifestation de volonté des parties n'est pas indispensable à la conservation de son droit de propriété par le *tradens*. Lorsque les biens fongibles n'ont pas été aliénés par le détenteur, le *tradens* qui lui a confié des choses du même genre que celles que possède déjà l'*accipiens* peut, selon nous, les revendiquer puisqu'il conserve son droit de propriété¹⁵⁴. La situation est donc identique à celles traitées dans les arrêts du 5 mai 1943 et du 7 décembre 1948. Et l'identité de situations doit commander l'identité de solution.

On objectera en vain que la solution n'est pas transposable à l'hypothèse étudiée en raison du fait que la preuve ne peut être apportée, ni par le disposant ni par l'autrui *tradens*, que tels ou tels biens fongibles ont été détruits par l'accident de force majeure. En effet, la perte ne résulte pas ici d'un fait de l'*accipiens*. Elle est fortuite. Lorsque l'événement de force majeure survient, les choses sont bien entre les mains de l'*accipiens*. C'est donc par souci d'égalité relative et non d'équité que l'on doit admettre l'imputation de la perte sur les déposants au prorata de leurs dépôts respectifs. Ce qui ne se produit pas si la disparition partielle des biens fongibles tient à l'aliénation de ces biens par le détenteur.

¹⁵³. V. *supra* : n° 16 et s.

¹⁵⁴. V. *supra* : n° 49 et s.

b) L'aliénation partielle des biens fongibles

59. - En cas d'aliénation partielle des biens fongibles par celui qui les détient, l'action en revendication du *tradens* est vouée à l'échec. Certes, dans le cadre de l'action en revendication de l'article 121 alinéa 3 *in fine* de la loi du 25 janvier 1985, lorsque plusieurs vendeurs sous réserve de propriété revendiquent en même temps des marchandises du même type, les biens revendiqués sont attribués au prorata de la quantité restant due à chacun¹⁵⁵. Mais cette solution n'est pas transposable à l'espèce. C'est la loi qui permet, ici, de passer outre l'exigence de la preuve de l'identité des choses revendiquées. La solution ne peut donc pas faire l'objet d'une interprétation extensive¹⁵⁶.

En l'occurrence, par hypothèse, les biens revendiqués n'ayant pas été individualisés, le détenteur ne peut donc pas démontrer que les choses de genre qu'il avait remises à l'*accipiens* ne font pas partie des biens aliénés. Cette défaillance dans l'administration de la preuve du droit de propriété du *tradens* revient à supposer que l'*accipiens* a disposé des biens reçus d'autrui. Autrement dit, tant que l'*accipiens* conserve tous les biens qu'il possède du genre de ceux reçus d'autrui, la revendication peut aboutir et le *tradens* conserve son droit de propriété. Lorsque l'*accipiens* dispose partiellement de ces biens, il est censé disposer de ceux d'autrui. De sorte que, finalement, l'*accipiens* n'a pas le temps d'en acquérir la propriété.

Conclusion du § 2

60. - Il en résulte qu'on peut difficilement dire de l'*accipiens* qu'il devient propriétaire des choses de genre reçues d'autrui.

En effet, si entre leur réception et l'action en revendication du *tradens* il n'a pas disposé de choses du même genre, la revendication aboutit¹⁵⁷. Si entre leur réception et l'action en revendication du *tradens*, il a disposé de tous les biens fongibles, la revendication ne peut aboutir mais le détenteur n'a pas eu le temps d'en devenir propriétaire¹⁵⁸. Et si pendant cette même période il a disposé de certaines choses de ce genre¹⁵⁹, l'action en revendication échoue, mais s'il se trouve (ce qu'on ne peut pas prouver par hypothèse) qu'il détient les choses reçues d'autrui, sa prétendue qualité de propriétaire repose sur une *défaillance dans l'administration de la preuve* de l'identité des biens revendiqués par le *tradens*. Lorsque le *tradens* n'exige pas de l'*accipiens* qu'il individualise les choses de genre qu'il lui remet, cet *accipiens* a la possibilité d'en disposer et c'est comme s'il en disposait puisque la

¹⁵⁵. F. PÉROCHON, La revendication de biens fongibles par le vendeur, *loc. cit.*, n° 9 et s., p. 84 et s. et La revendication favorisée, *loc. cit.*, n° 18, p. 253-254. -- S. TORCK, *loc. cit.*, n° 96, p. 536.

¹⁵⁶. V. *supra* : n° 48-1.

¹⁵⁷. Hypothèse 1° : v. *supra* : n° 49 et s.

¹⁵⁸. Hypothèse 2° : v. *supra* : n° 52 et s.

¹⁵⁹. Hypothèse 3° : v. *supra* : n° 56 et s.

preuve du contraire ne peut être apportée. On rejoint l'hypothèse dans laquelle l'*accipiens* dispose de choses de genre reçues d'autrui individualisées entre ses mains, ou celle dans laquelle il dispose de tous les biens fongibles de ce genre qui sont entre ses mains. Or, dans ces deux cas, le détenteur ne devient pas propriétaire des choses de genre reçues d'autrui, soit parce que les biens sont individualisés, soit parce qu'il n'a pas le temps d'en acquérir la propriété !

Conclusion de la section I

61. - L'observation du pouvoir du disposant du bien d'autrui pour son propre compte à la lumière de son objet n'incite pas à lui attribuer la qualité de propriétaire de la chose aliénée ou de titulaire de la créance encaissée. Au contraire, l'examen de la consomptibilité et de la fongibilité du bien d'autrui invite à percevoir dans le disposant un utilisateur et un détenteur précaire du bien d'autrui. Lorsqu'il consomme le bien consomptible d'autrui, le disposant en use. Et lorsqu'il reçoit d'autrui des choses de genre dont il possède déjà une quantité à titre de propriétaire, il en reste détenteur précaire. La chose reçue d'autrui pourra bien être à la fois consomptible et fongible, l'interaction des deux caractères ne suffira pas à produire un effet acquisitif de la propriété de la chose. D'ailleurs, l'examen du contenu du pouvoir du disposant du bien d'autrui pour son propre compte au regard du contenu du pouvoir dudit autrui confirme cette analyse.

SECTION II.

L'examen du droit du disposant au regard du pouvoir d'autrui

62. - Un propriétaire peut jouir et disposer de son bien de la manière la plus absolue, sous réserve du respect des lois et des règlements (art. 544 C.Civ.). Et il en va de même du créancier qui peut en principe accomplir n'importe quel acte sur la créance dont il est titulaire.

Au contraire, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne donne pas la possibilité de retirer toutes les utilités du bien d'autrui. Le disposant ne peut pas exercer tous les pouvoirs sur le bien ; il ne peut que disposer du bien, et

encore de manière restreinte. Tandis que, corrélativement, le *tradens* conserve certains pouvoirs sur le bien remis au disposant, y compris des pouvoirs de disposition. Les pouvoirs qu'il n'est pas permis au disposant d'exercer sur le bien restent acquis à celui dont il a reçu le bien.

Un tel partage de pouvoirs ne se produirait pas si le droit de disposer pour son propre compte était acquisitif de la propriété du bien d'autrui. C'est, en effet, parce qu'il demeure propriétaire du bien, que le *tradens* conserve certains pouvoirs sur le bien. D'ailleurs, il est une preuve supplémentaire de ce que le disposant ne devient pas le propriétaire du bien dont il dispose.

Le droit de disposer dont profitent le quasi-usufruitier, le dépositaire irrégulier et le créancier gagiste ou hypothécaire, est entouré d'un certain nombre d'obligations qui le contrecarrent et le restreignent. Certes, le droit du propriétaire subit aussi des restrictions, mais ce n'est pas de celles-là dont il s'agit ici. Les contraintes qui pèsent sur le disposant sont plus étroites que celles auxquelles fait référence l'article 544 du Code civil. Ces obligations imposent, en effet, au disposant de conserver la valeur ou la contrevalueur du bien d'autrui. Elles ne touchent donc pas à l'intérêt général¹⁶⁰ ; elles ne sont destinées qu'à protéger l'intérêt de la personne dont le disposant a reçu le bien.

L'observation de l'étendue du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est donc riche d'enseignements. Le cantonnement des droits du disposant (*I*) et l'existence d'obligations à sa charge (*II*) sont les manifestations de la persistance du droit de propriété de cet autrui.

§ 1. - Les droits du disposant circonscrits par la propriété d'autrui

63. - Les droits du disposant du bien d'autrui pour son propre compte sont circonscrits, mais les droits qui ne lui sont pas ouverts ne sont pas des droits perdus. Le propriétaire en garde l'exclusivité. Ainsi, le disposant du bien d'autrui ne peut profiter ni des utilités matérielles du bien (*A*) ni des droits non pécuniaires qui peuvent s'y attacher (*B*). Y compris en matière de disposition, son pouvoir est limité puisqu'il ne peut pas accomplir tous les actes de disposition sur le bien (*C*). Tous ces droits profitent à celui qui lui a remis la chose.

¹⁶⁰. V. *infra* : n° 357.

A. - Les utilités matérielles affectées au propriétaire

64. - Toutes les utilités étrangères à la disposition du bien sont fermées au disposant et conservées par le *tradens*. Ce qui fait que le gagiste et le créancier nanti d'une hypothèque n'ont, en principe, accès à aucune des utilités matérielles du bien (1°). Et si le quasi-usufructier et le dépositaire irrégulier semblent bénéficier de toute l'utilité économique du bien, c'est que l'objet de leur droit est un bien consommable, c'est-à-dire un bien dont l'usage se confond avec la disposition (2°).

1°. - Le cas d'un gage ou d'une hypothèque

65. - Même si la règle n'est pas d'ordre public¹⁶¹, le principe est acquis : le créancier nanti d'un droit réel de garantie et mis en possession de la chose grevée ne peut pas mettre le bien au service d'un tiers¹⁶² ni profiter de ses utilités matérielles¹⁶³. Il n'a pas le droit de jouir ou d'user de la chose. Notamment, il ne peut pas en percevoir les fruits¹⁶⁴. Et si les revenus produits par les instruments financiers d'un compte gagé viennent grossir l'assiette de la sûreté, par exemple, c'est finalement le constituant qui les perçoit¹⁶⁵.

Le propriétaire du bien reste, en effet, maître des utilités du bien¹⁶⁶. En matière d'hypothèque, il peut continuer d'encaisser les loyers ; administrer l'immeuble etc. La seule limite à son droit est de ne pas accomplir d'actes susceptibles de porter gravement atteinte aux droits du créancier par la *diminution* de la valeur du bien grevé. Ainsi, ne pourra-t-il pas procéder à la destruction matérielle du bien.

66. - Certaines exceptions viennent toutefois affaiblir le principe. Notamment, le créancier nanti d'une sûreté sur une créance est habilité à percevoir les intérêts de la créance nantie¹⁶⁷ et le créancier antichrésiste (C.civ., art. 2085 et s.) est mis en possession de l'immeuble gagé qu'il peut utiliser personnellement ou louer afin d'affecter les loyers au paiement des intérêts, voire du capital, de la créance

¹⁶¹. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 680, p. 553.

¹⁶². M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 680, p. 553. -- M. BILLIAU, *Réflexions sur le gage*, J.C.P. Ed. G. 1996, I, 3897, n° 13.

¹⁶³. S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français*, Bordeaux, 1937, p. 404-405. -- C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, « *Le gage commercial* », Nov. 1994, par. 17, p. 76. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 509, p. 424 ; n° 680, p. 553.

¹⁶⁴. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. IX, *Les sûretés - La publicité foncière*, par L. Aynès, 8è éd., 1997, n° 511, p. 191.

¹⁶⁵. V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 680, p. 553.

¹⁶⁶. S. QUINCARLET, thèse préc., p. 416. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 3, p. 3-4 ; n° 511, p. 426 ; n° 776, p. 628 ; n° 849, p. 679. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, 1997, par L. Aynès, n° 679, p. 259.

¹⁶⁷. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 687, p. 557.

garantie ¹⁶⁸. Dans ces conditions, les actes permis au créancier nanti ne sont-ils pas des actes de propriétaire ? En fait, il n'en est rien et les statuts de ces deux créanciers ne dérogent pas au principe de limitation des droits du disposant sur le bien.

Le créancier qui bénéficie d'un nantissement de créance ne peut pas encaisser seul le capital de la créance grevée. S'il peut percevoir les intérêts de la créance nantie, il est contraint de les imputer sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la créance garantie (art. 2081 C.Civ.) ¹⁶⁹. Il « n'est pas titulaire de la jouissance. S'il perçoit les fruits, c'est pour les seuls besoins du règlement » ¹⁷⁰. Ce créancier ne s'approprie donc pas le bien à titre de propriétaire ; il commence par s'approprier les revenus du bien qui peuvent apparaître, sous forme d'intérêts, avant le prix de sa vente forcée éventuelle.

De la même manière, le droit du créancier antichrésiste de percevoir les loyers de l'immeuble constitué en garantie n'est qu'une anticipation du paiement de sa dette par le débiteur. Il ne s'agit pas pour lui de céder l'immeuble ni de se payer sur sa contre-valeur en capital mais simplement de s'approprier la contre-valeur du bien qui peut apparaître avant sa vente. Comme le créancier nanti d'un gage de créance, il doit imputer ces revenus sur les intérêts puis sur le capital (art. 2085 C.Civ.) ¹⁷¹. En outre, il est tenu d'entretenir l'immeuble grevé pour conserver sa valeur ¹⁷². L'exploitation du bien n'est donc pas seulement un droit pour le créancier, c'est aussi une obligation ¹⁷³.

Ainsi, lorsque le bien grevé est par nature un bien frugifère l'encaissement des fruits évite au créancier d'attendre la perception de la contre-valeur du bien à sa vente forcée pour défaillance définitive du débiteur. L'exercice de son droit par le créancier nanti est, en effet, conditionné par la défaillance du débiteur ¹⁷⁴, contrairement à la mise en œuvre du droit du quasi-usufruitier ou du dépositaire irrégulier.

2° . - Le cas d'un quasi-usufruit ou d'un dépôt irrégulier

67. - En matière de quasi-usufruit et de dépôt irrégulier, les exemples d'utilités matérielles fermées au disposant et réservées au propriétaire sont plus limités. Cet état de choses tient simplement au fait que l'exercice du droit du quasi-usufruitier ou du dépositaire irrégulier n'est pas conditionné par la défaillance du propriétaire et

¹⁶⁸. En contrepartie, il est tenu d'entretenir l'immeuble. -- V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 814, p. 656.

¹⁶⁹. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 687, p. 557.

¹⁷⁰. C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *loc. cit.*, par. 19, p. 77.

¹⁷¹. D.R. MARTIN, L'antichrèse, *J.C.P. Ed. N.* 1987, I, n° 22 et s., p. 303 et s.

¹⁷². R. TENDLER, L'antichrèse, mythe ou réalité ?, *D.* 1989, Chr., p. 145.

¹⁷³. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 819, p. 658-659. -- Sauf si la location était irréalisable ou si l'exploitation personnelle exigeait des efforts ou des frais excessifs (M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 819, p. 659).

¹⁷⁴. V. *infra* : n° 99.

peut être exercé quasiment dès sa création. En outre, l'objet du quasi-usufruit ou du dépôt irrégulier étant un bien consommable, autrement dit, un bien dont l'usage impose de le consommer et de l'épuiser¹⁷⁵, lorsque le droit est mis en œuvre, il absorbe, en général, toute l'utilité du bien d'autrui. Par exemple, les espèces monétaires importent aux parties en raison de leur pouvoir libératoire et elles n'ont d'utilité qu'en cela ; aussi, lorsque l'utilisateur entend profiter de leur *usus*, de leur *fructus* et/ou de leur *abusus*, le quasi-usufruitier et le dépositaire irrégulier en épuisent toute l'utilité¹⁷⁶. En fait, dans ces hypothèses, le droit du disposant sur le bien est borné mais cette limitation atteint plus la manière d'*exercer* ce droit que son contenu¹⁷⁷. Et si le bien présente des utilités qui ne sont ni matérielles ni économiques, telles que le droit de vote attaché aux valeurs mobilières, le quasi-usufruitier, comme le créancier nanti, accusent de nouveau l'infériorité de leur situation par rapport à celle du propriétaire.

B. - Les droits non pécuniaires conservés par le propriétaire

68. - La propriété de certains biens comporte des prérogatives non pécuniaires dont un quasi-usufruitier ou un créancier gagiste n'a à connaître que de manière limitée. L'exemple des titres sociaux illustre ce propos. Les valeurs mobilières ne se ramènent pas à de simples créances de somme d'argent ; elles représentent des droits sur la société émettrice mais également des droits dans la personne morale¹⁷⁸. Notamment, elle confère au propriétaire des titres un droit de vote et la qualité d'associé. Or, si le droit de vote peut être partagé entre le quasi-usufruitier ou le créancier gagiste et le *tradens* (1°), la qualité d'associé demeure acquise au *tradens* (2°).

1°. - Le droit de vote

69. - En matière de gage de compte de valeurs mobilières, l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983¹⁷⁹ ne règle pas l'exercice du droit de vote attaché aux titres. Mais l'article 163 alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit qu'en cas de nantissement d'actions « le droit de vote est exercé par le propriétaire des titres remis en gage »¹⁸⁰. Et la solution se justifie. Elle découle de l'article 2079 du Code civil aux termes duquel, jusqu'à la vente forcée de son bien, le débiteur reste propriétaire du

¹⁷⁵. V. *supra* : n° 6 et s.

¹⁷⁶. V. *supra* : n° 15 et s. ; et sur la notion de valeur : *infra*, n° 298 et s.

¹⁷⁷. V. *infra* : n° 95 et s.

¹⁷⁸. M. LECÈNE-MARÉNAUD, note sous Com., 12 juillet 1993, *J.C.P. Ed. E.* 1994, II, 559, n° 13.

¹⁷⁹. Art. 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 mod. L. n° 96-597 du 2 juillet 1996 - art. 102.

¹⁸⁰. V. P. LE CANNU, Le nantissement conventionnel des actions, *Bull. Joly*, n° 11, novembre 1993, par. 322, n° 25, p. 1102. -- D. FASQUELLE, Le nantissement des valeurs mobilières, *Rev. trim. com.* 1995, n° 52-53, p. 27.

gage. Dans ces conditions, elle peut être étendue à tous les gages de titres sociaux¹⁸¹ et on peut penser qu'elle est immuable. En fait, cette solution est satisfaisante mais sa généralité n'est pas absolue. Il semble qu'une convention contraire ne soit pas interdite en la matière¹⁸².

L'article 29 alinéa 4 de la loi du 3 janvier 1983 décide, en effet, que « le créancier gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte gagé... ». Le créancier nanti intervient donc dans la gestion du compte gagé, ce qui laisse entendre qu'il peut notamment décider avec le débiteur d'un partage du droit de vote en cas de gage de compte de valeurs mobilières. Simplement, dans cette hypothèse, on peut se demander jusqu'à quel point la convention peut imposer des obligations quant à l'exercice de ce droit¹⁸³. Les règles applicables au quasi-usufruit de portefeuille de valeurs mobilières peuvent alors servir de modèle.

70. - En matière d'usufruit de valeurs mobilières, l'article 1844 alinéa 3 du Code civil décide que « si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier » (art. 1844 al. 3). En vertu de la loi, l'usufruitier de valeurs mobilières n'a donc que le droit de vote qui se rapporte à son droit de percevoir les bénéfices ou les dividendes. Concernant les décisions relatives à la dissolution, à la fusion ou à la transformation de la société par exemple, le droit de vote reste l'apanage du propriétaire des titres¹⁸⁴. On estime en effet que, si l'usufruitier pouvait en user, il ne serait plus en mesure de conserver la substance de la chose¹⁸⁵.

Mais le quasi-usufruitier n'est pas un simple usufruitier. Il peut disposer de la substance du portefeuille de valeurs mobilières. Par parallélisme avec son droit de disposer des titres du portefeuille, il devrait pouvoir exercer le droit de vote y compris pour les décisions concernant des mesures autres que l'affectation des bénéfices.

D'ailleurs, l'article 1834 du Code civil semble l'admettre. Il énonce que les dispositions générales relatives à la société, parmi lesquelles figure l'article 1844 alinéa 3, sont applicables à toutes les sociétés s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet. Or, en matière de sociétés par actions, l'article 163 alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966 (n° 66-537) édicte que « le droit de

¹⁸¹. V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1995, n° 694, p. 566. -- D. FASQUELLE, *loc. cit.*, n° 51, p. 26.

¹⁸². V. P. LE CANNU, *ibid.* -- D. FASQUELLE, *loc. cit.*, n° 52-53, p. 27.

¹⁸³. M. BILLIAU, *Feu le « gage de valeurs mobilières en compte »*, *loc. cit.*

¹⁸⁴. J. LE CALVEZ, *loc. cit.*, p. 125. -- *Contra* : P. Sautai qui considère que l'usufruitier de valeurs mobilières a tout droit de vote, l'assistance aux assemblées de la société étant un acte d'administration, quelle que soit l'objet du vote (Thèse préc., n° 49, p. 74 et s.).

¹⁸⁵. P. LE CANNU, obs. sur la même espèce, *Deffr.*, 1994, art. 35786, p. 556 et s.

vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propriétaire dans les assemblées générales extraordinaires ». Ce qui étend le droit de vote de l'usufruitier. Et plus largement, l'article 1844 alinéa 4 prévoit que les statuts peuvent déroger aux dispositions de l'alinéa 3 du même article.

Les statuts pourraient aménager voire supprimer le droit de vote du nu-propriétaire des parts et le réserver au quasi-usufruitier. Or, dans l'hypothèse où le quasi-usufruitier se verrait attribuer le droit de vote des valeurs mobilières du portefeuille grevé, qu'est-ce qui le distinguerait encore d'un propriétaire ?

71. - En fait, l'attribution statutaire du droit de vote au quasi-usufruitier n'en ferait pas un propriétaire et ce pour deux raisons.

D'abord, la manière d'exercer le droit de vote devrait suivre la manière d'exercer le droit de disposer des titres. Le disposant est admis à aliéner les valeurs dans le cadre de la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, parce qu'il est tenu de le faire conformément à la destination assignée à l'universalité¹⁸⁶. Sur le modèle de cette gestion, si le droit de vote était attribué au quasi-usufruitier, il devrait s'engager à en user dans le respect de la destination de la chose. On peut d'ailleurs noter que lorsque le portefeuille de titres permet d'acquérir le contrôle de la société, il ne constitue pas un bien consommable susceptible de quasi-usufruit¹⁸⁷. Ce qui limite les risques.

A fortiori il devrait en aller ainsi dans le gage de compte de valeurs mobilières lorsque les parties conviennent que le gagiste participe au droit de vote des valeurs gagées, comme semble le permettre l'alinéa 4 de l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983. Le créancier a, en effet, une obligation de conservation de la valeur du gage, ne serait-ce que dans son propre intérêt¹⁸⁸. En conséquence, il devra exercer son droit de vote dans le respect de cette obligation.

Ensuite, dans tous les cas, l'aménagement du droit de vote ne peut se traduire que par un partage. Les statuts ne peuvent pas supprimer le droit de vote du nu-propriétaire : celui-ci doit conserver sa qualité d'associé.

2°. - Le titre d'associé

72. - L'aménagement statutaire du droit de vote ne peut pas dépouiller le nu-propriétaire de toutes ses prérogatives. Dans un arrêt en date du 4 janvier 1994¹⁸⁹, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé qu'« aucune dérogation

¹⁸⁶. Sur la consommabilité des universalités : V. *supra*, n° 20 et s. ; et sur les restrictions à l'exercice du droit du disposant : v. *infra* : n° 95 et s.

¹⁸⁷. V. *supra* : n° 30.

¹⁸⁸. V. *infra* : n° 78 et s.

¹⁸⁹. *Rev. sociétés*, p. 278, note M. LECÈNE-MARÉNAUD ; *Defr.*, 1994, art. 35786, p. 556, obs. P. LE CANNU ; *J.C.P. Ed. N.* 1994, II, 189 ; *Gaz. Pal.* 2/6/1994, p. 23.

n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa premier dudit article [de l'article 1844 du Code civil] ». Il en résulte que, conformément à l'article 1844 alinéa 1^{er}, tout associé doit avoir le droit de participer aux décisions collectives. Le nu-proprétaire, en sa qualité d'actionnaire, est assuré de participer d'une manière ou d'une autre à la vie sociale, y compris dans les sociétés par actions. Ainsi, sauf à soutenir la distinction du *vote* et de la *participation* à la vie sociale¹⁹⁰, les statuts peuvent aménager le droit de vote du nu-proprétaire sous réserve de ne pas le supprimer¹⁹¹. Le nu-proprétaire demeure associé¹⁹² et jamais cette qualité ne peut être transférée à l'usufruitier fût-il quasi-usufruitier. La règle s'applique à plus forte raison dans le gage de compte de valeurs mobilières où la loi qualifie le débiteur grevé de propriétaire (art. 2079 C.Civ.).

Le défaut de qualité d'associé du disposant du bien d'autrui pour son propre compte est donc un nouveau signe de la non acquisition par lui de ce bien et de la conservation de son statut par celui dont il l'a reçu. Même sur le terrain de la disposition du bien, il a un statut inférieur à celui d'un propriétaire.

C. - Les modes de disposition réservés au propriétaire

73. - Tantôt le disposant aliène le bien d'autrui : il vend les valeurs mobilières par exemple ; tantôt il éteint le bien d'autrui : il encaisse la créance ou fait usage de la monnaie. Cette disposition juridique du bien d'autrui pour son propre compte est un acte grave dans ses conséquences. Elle devrait donc être l'œuvre d'un propriétaire. Mais cette importance doit être relativisée lorsque la disposition est l'œuvre du créancier gagiste ou hypothécaire ou du quasi-usufruitier. En effet, sauf lorsqu'il use de l'argent d'autrui, le disposant ne réunit jamais entre ses mains tous les modes possibles de disposition du bien d'autrui. A cet égard, si les créanciers gagiste et hypothécaire apparaissent comme les exemples types de disposants privés du droit de disposer du bien, de manière conditionnelle ou temporaire (1°), le quasi-usufruitier n'est pas en reste puisque plusieurs modes de disposition lui sont fermés à titre définitif (2°).

En réalité, tous les modes de disposition qui ne relèvent pas de la fonction principale du bien sont interdits au disposant du bien d'autrui et réservés à celui qui lui a remis le bien.

¹⁹⁰. P. LE CANNU, obs. sur Com., 4 janvier 1994, *Defr.*, 1994, art. 35786, n° 4, p. 558.

¹⁹¹. M. LECÈNE-MARÉNAUD, note sous Com., 4 janvier 1994, *Rev. sociétés*, p. 279 et s. (Sur les aménagements possibles : v. p. 281 et s.).

¹⁹². M. LECÈNE-MARÉNAUD, note sous Com., 4 janvier 1994, *Rev. sociétés*, p. 279 et s. (Sur les aménagements possibles : v. p. 281 et s.); P. LE CANNU, obs. sur la même espèce, *Defr.*, 1994, art. 35786, p. 556 et s. -- Rappr. Paris, 17 nov. 1965, *D.* 1966, J., 10 : est nulle la clause d'un accord entre associés - en l'occurrence une cession de l'usufruit de parts sociales - tendant à priver l'un d'eux du droit d'assister et de voter aux assemblées générales. -- V. égal. D. FIORINA, *loc. cit.*, n° 18, p. 50-51.

1°. - L'hypothèse du gage et de l'hypothèque

74. - Parce que l'exercice de son droit est conditionnel ¹⁹³, le créancier gagiste ou hypothécaire ne peut pas faire vendre le bien grevé tant que son débiteur n'est pas définitivement défaillant. Par exemple, lorsque sa sûreté porte sur une créance, si la créance garantie vient à échéance avant la créance gagée, le gagiste doit recourir aux modes de réalisation du droit commun ¹⁹⁴. Et dans l'hypothèse où la créance donnée en gage arrive à échéance avant la créance garantie, il ne peut pas percevoir seul son montant : le paiement ne pourra être reçu conjointement par le constituant et le gagiste, ou par un mandataire commun ¹⁹⁵. En revanche, de son côté, le débiteur grevé peut continuer de disposer du bien en le cédant à un tiers ¹⁹⁶, dès lors, du moins, qu'il ne nuit pas à la valeur du bien. C'est pourquoi, on ne conteste pas que le créancier gagiste ou hypothécaire ne devient pas propriétaire du bien du débiteur même si le droit de disposer du constituant se heurte logiquement à une limite.

75. - Le débiteur ne doit pas accomplir d'actes susceptibles de porter gravement atteinte aux droits du créancier par la diminution de la valeur du bien grevé. Le propriétaire du bien hypothéqué ne peut ni conclure de baux de plus de douze ans ou de cessions de loyers pour une durée de plus de trois ans, ni vendre les produits de ses biens immobiliers ¹⁹⁷. Le propriétaire du bien gagé peut voir son droit de disposer limité en accord avec le créancier nanti. L'article 29 alinéa 4 de la loi du 3 janvier 1983 décide, ainsi, que « le créancier gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte gagé... ». Mais il ne faut pas voir là un signe de la perte de son bien par le débiteur. La mesure de son pouvoir de disposer du bien gagé ou hypothéqué ne tient qu'à l'existence du droit du créancier nanti. Ceci n'enlève rien au fait qu'il demeure propriétaire du bien. Sur ce plan, la règle posée à l'article 2079 du Code civil reste applicable. La propriété du débiteur ne cédera devant le pouvoir du créancier qu'en cas de défaillance de sa part.

La mise en œuvre du pouvoir du quasi-usufruitier ne dépend pas du comportement du nu-propriétaire, mais ce pouvoir est limité d'une autre manière.

2°. - L'hypothèse du quasi-usufruit

76. - Un quasi-usufruitier ne peut pas profiter de tous les modes de disposition du bien d'autrui.

¹⁹³. V. *infra* : n° 99.

¹⁹⁴. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 687, p. 558.

¹⁹⁵. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 687, p. 557-558.

¹⁹⁶. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 849, p. 679.

¹⁹⁷. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, 1997, par L. Aynès, n° 679, p. 259-260. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 776, p. 628.

Ainsi, le quasi-usufruitier d'une créance n'a ni le droit de consentir une remise de dette au débiteur ni le droit de faire donation de la créance. Il n'a pas le pouvoir d'accorder au débiteur une prorogation de terme opposable au nu-propiétaire. Il ne peut ni décider d'une anticipation de la date d'échéance de la créance ni utiliser cette créance aux fins de novation ou de compensation ni renoncer à des sûretés réelles ou à des cautions qui garantissent la créance¹⁹⁸. Il est vrai que le nu-propiétaire ne peut pas plus que l'usufruitier accomplir ces actes d'extinction de la créance. Mais, d'une part, les actes qu'il est interdit au quasi-usufruitier d'accomplir relativisent l'importance de son droit. D'autre part, à l'endroit du nu-propiétaire, l'interdiction d'accomplir ces actes découle de son obligation de conserver la valeur du bien ; mais elle ne révèle pas la perte de la qualité de propriétaire. Enfin, le nu-propiétaire conserve un droit que le quasi-usufruitier n'acquiert pas : il peut céder la créance¹⁹⁹. Alors que le quasi-usufruitier ne peut que percevoir le capital et les intérêts de la créance.

De la même façon, le quasi-usufruitier du portefeuille de valeurs mobilières n'est pas admis à procéder à l'échange ou à la conversion, en raison de l'incidence que ces actes auraient sur les droits du nu-propiétaire. Le quasi-usufruitier ne peut pas davantage demander l'attribution des actions nouvelles ou souscrire de façon préférentielle. Ces prérogatives constituent une valeur en capital bien différentes des fruits auxquels il a droit et, pour cette raison, elles appartiennent au nu-propiétaire (art. 187 et 194 L. 24 juillet 1966). Le quasi-usufruitier ne peut pas non plus exercer le droit d'option ; ce droit d'opter entre le paiement du dividende en numéraire ou en actions est l'exclusivité du nu-propiétaire (art. 194 L. 24 juillet 1966)²⁰⁰. Enfin, quasi-usufruitier d'une universalité, il peut entamer partiellement la substance de l'universalité ; mais il ne peut aliéner en même temps, tous ses composants²⁰¹. Seul le propriétaire de l'universalité possède ce droit.

Il s'ensuit que l'unique quasi-usufruitier qui puisse profiter de tous les modes de disposition du bien serait le quasi-usufruitier de somme d'argent. En fait, ce n'est pas même certain. Puisque seul le nu-propiétaire peut consentir un usufruit successif²⁰² sur le bien laissé en quasi-usufruit, sans qu'il soit fait de distinction en fonction de

¹⁹⁸. A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 19, p. 17. -- A. LAINÉ, thèse préc., p. 78-79. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 752, p. 611.

¹⁹⁹. A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 19, p. 17. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 752, p. 611.

²⁰⁰. D. FIORINA, *loc. cit.*, n° 16-17, p. 49-50. -- V. égal. A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *loc. cit.*, n° 17, p. 14-15. -- P. LE CANNU, *loc. cit.*, par. 322, n° 24, p. 1101. -- Comp. note sous Trib. civ. de Laon, 17 novembre 1930, *Gaz. Pal.* 1931, I, 75. -- Cf. P. SAUTAI, thèse préc., n° 60, p. 88-89.

²⁰¹. En ce sens : M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, *D.* 1994, Chr., n° 6, p. 220.

²⁰². V. P. SIRINELLI, Le quasi-usufruit, *L.P.A.*, n° 87 du 21 juillet 1993, note 187 sous le n° 42, p. 9. -- Dans ce cas, la jouissance du second usufruitier commence à la date où celle du premier aura pris fin (En ce sens, à propos de l'usufruit successif constitué sur un immeuble : Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Bull. I.*, n° 128, p. 86).

l'objet du quasi-usufruit. Même en cas d'usufruit d'une somme d'argent, l'usufruitier n'acquiert pas tous les pouvoirs dont profite un propriétaire.

A ces limitations, s'ajoutent un certain nombre d'obligations qui grèvent le pouvoir, ainsi circonscrit, du disposant du bien d'autrui.

§ 2. - Les obligations du disposant prescrites par la propriété d'autrui

77. - Les obligations prescrites au disposant renforcent l'idée que le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un droit faussement exorbitant et qu'il est distinct de celui d'un propriétaire ou d'un créancier. Le disposant n'a pas seulement le droit de disposer du bien lorsqu'il en use, il a aussi, selon sa qualité, l'obligation de le restituer en nature, en équivalent ou en valeur²⁰³. Or cette obligation de restitution n'est pas commune ; elle lui impose un certain nombre d'obligations *pendant le temps* où il use de son droit et donc avant que la restitution effective intervienne. Plus précisément, son obligation de restitution enjoint au disposant, soit de conserver la valeur du bien (A), soit de détenir l'équivalent du bien (B), soit de garantir la restitution de l'équivalent du bien (C). De cette manière, le *tradens* a un droit de regard sur la capacité du disposant à restituer le bien ou son équivalent.

A. - L'obligation du créancier nanti de conserver la valeur du bien

78. - Le créancier hypothécaire et le créancier nanti d'un gage sans dépossession (par exemple dans le cadre d'un warrant)²⁰⁴ n'ont pas l'obligation de conserver la valeur du bien engagé puisque ce bien est resté entre les mains du débiteur grevé. C'est à ce dernier qu'il appartient d'assurer cette conservation. Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque le gage s'accompagne de la mise en possession du créancier conformément à la prescription de l'article 2076 du Code civil, le gage fait peser cette obligation sur le créancier. Le Code civil prévoit ainsi que le gagiste répond de la perte ou détérioration du bien qui serait survenue par sa négligence et que, le cas échéant, il peut engager sa responsabilité contractuelle (art. 2080 al. 1^{er}), voire perdre sa sûreté s'il est condamné à la restitution anticipée du bien nanti (art. 2082,

²⁰³. V. *infra* : n° 521 et s.

²⁰⁴. La dépossession peut s'avérer inopportune. En matière de biens immobiliers ou de biens commerciaux, par exemple, elle desservirait le droit réel de disposer plus qu'elle ne le favoriserait en dépossédant le propriétaire d'une source de revenus, d'un lieu d'habitation ou d'un outil de travail. Dans ces cas, l'abandon de l'exigence de la dépossession peut être bienvenu afin de laisser le bien à l'usage de son propriétaire et exploitant.

al. 1^{er} C.Civ.)²⁰⁵. Cette obligation de conservation est donc stricte, même si le créancier n'a pas l'obligation d'assurer les biens nantis²⁰⁶ et même si les dépenses nécessaires ou utiles qu'il a faites donnent droit à leur remboursement (art. 2080 al. 2). De surcroît, elle est large puisqu'elle concerne tous les biens gagés, qu'ils soient périssables (1^o) ou non périssables (2^o).

1^o. - La conservation des biens périssables

79. - Le créancier gagiste est parfois contraint de disposer de l'objet du gage. Il ne s'agit pas alors d'un exercice prématuré du droit de disposer du gagiste, mais d'une obligation découlant de la bonne conservation du gage. Car certaines choses sont périssables. Des biens comme les denrées ou les biens de haute technologie se détériorent avec l'écoulement du temps. Leur conservation peut imposer qu'on en dispose soit en les transformant²⁰⁷, soit en les remplaçant par d'autres marchandises semblables²⁰⁸.

Mais la question se pose alors de savoir si le créancier est tenu de les aliéner ou s'il doit seulement aviser le constituant tout en pouvant légitimement procéder à la vente - puisque l'intérêt commun des deux parties justifie une dérogation à l'interdiction générale²⁰⁹. Cette dernière position semble préférable dans la mesure où elle est un double compromis entre le constat que le débiteur reste propriétaire du bien et donc maître de toutes ses utilités et le fait que le gagiste a un droit sur la valeur du bien, et entre la nécessité d'informer le constituant et la nécessité d'agir rapidement. Mais le débat est résolu lorsque les parties ont prévu leur substitution par le gagiste.

80. - Si les biens périssables sont aussi des choses de genre, ce qui se produit souvent pour les denrées, les parties peuvent prévoir l'achat de nouveaux biens du même genre par le créancier au nom et pour le compte du débiteur. Mais dans ce cas, le principe est que le gage initial survit à leur remplacement bien que l'article 2076 du Code civil fasse dépendre la survie du privilège du gagiste de son maintien en possession.

81. - Lorsque le gage est constitué sur une universalité comprenant des choses de genre, un compte d'instruments financiers par exemple, la solution est incontestée.

²⁰⁵. V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 680, p. 554. -- R. SIMON, *Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, Bordeaux, 1903, p. 35-36.

²⁰⁶. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 680, p. 553.

²⁰⁷. V. Req., 11 avril 1933 (S. 1933, I, 248) : sur le décorticage industriel de sacs de « paddy », objet d'un gage commercial, pour les transformer en riz. En l'occurrence, la transformation avait fait l'objet d'un accord verbal entre le créancier et le débiteur.

²⁰⁸. V. Com., 3 déc. 1957 (*Gaz. Pal.* 1958, I, 244).

²⁰⁹. *Droit des sûretés*, 1997, n° 680, p. 555-556.

Le gage survit au remplacement des biens qui la constituent²¹⁰ parce qu'il n'y a pas de véritable dépossession du créancier. L'universalité-entité survit au remplacement de ses composants, tant que le créancier ne vend pas tous ces éléments en même temps et, donc, l'universalité dans son ensemble.

82. - Lorsque le gage est constitué sur un ensemble de biens non constitutif d'une universalité, la solution est identique mais son fondement est discuté.

Dans cette hypothèse, il est en effet acquis, depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 mars 1915²¹¹, que le gage originaire n'est pas interrompu. L'affirmation d'un gage unique et continu est fondée sur le fait que les biens nouveaux sont subrogés aux biens anciens. En effet, quoique les biens en cause soient des choses de genre et que la doctrine soutienne l'idée selon laquelle la fongibilité évince la subrogation réelle²¹², si choses de genre il y a, elles sont individualisées entre les mains du créancier gagiste et ne sont donc pas mêlées avec les autres choses du même genre dont le débiteur fait commerce. Elles ne deviennent pas fongibles et prennent plutôt l'allure de corps certains susceptibles de subrogation réelle²¹³, dès lors, du moins, que les biens nouveaux intègrent la même valeur que les biens anciens²¹⁴.

²¹⁰. En ce sens : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, 1997, par L. Aynès, n° 507, p. 189 ; n° 520, p. 200. -- A. CERBAN, *loc. cit.*, p. 49 et s. -- Cf. S. Mouy et H. DE VAUPLANE qui distinguent le nantissement de compte de titres et le nantissement de portefeuilles de titres : le premier supposerait par nature le nantissement des titres anciens par des titres nouveaux tandis que le second nécessiterait de recourir à la subrogation réelle (*Loc. cit.*, p. 4).

V. par exemple le gage de compte d'instruments financiers pour lequel l'article 29 alinéa 1^{er} de la loi du 3 janvier 1983 (mod. L. 2 juillet 1996 - art. 102) prévoit que les instruments financiers substitués (ex. échange) ou qui complètent (ex. distribution d'actions gratuites), de quelque manière que ce soit, les instruments financiers originaux, ainsi que les fruits et produits en toute monnaie sont compris dans l'assiette du gage.

²¹¹. Req., 10 mars 1915, *D.P.* 1916, I, 241 ; *S.* 1916, I, 5, note C. LYON-CAEN ; *Gaz. Pal.* 1915, I, 282 ; *Rev. trim. civ.* 1915, 528, obs. R. DEMOGUE ; *Rev. trim. civ.* 1916, 103, obs. R. DEMOGUE. -- En l'espèce, les biens aliénés et les biens qui leur ont été substitués étaient détenus par un magasin général pour le créancier. -- Selon, M. CABRILLAC et C. MOULY, la solution de cet arrêt, relatif au warrant des magasins généraux, aurait valeur d'un arrêt de principe puisqu'il n'y avait aucune règle en ce domaine (*Droit des sûretés*, 1997, n° 668, p. 544). -- Dans le même sens : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, 1997, par L. Aynès, n° 507, p. 189.

V. égal. Angers, 21 février 1936, *S.* 1936, II, 76.

²¹². V. C. LYON-CAEN, note sous Req., 10 mars 1915, *S.* 1916, I, 5 et s. -- Dans le même sens : note sous le même arrêt, *D.P.* 1916, I, 242. -- Adde M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. XII, par E. Becqué, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, n° 89, p. 99.

²¹³. P. VEAUX-FOURNERIE, Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial, in *Le gage commercial - Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 135 et s. -- Dans le même sens : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 672, p. 547.

On peut noter que lorsque les biens gagés non fongibles font l'objet d'un remplacement par le créancier, l'efficacité de la clause apparaîtrait douteuse en période suspecte puisque l'hypothèse évoque les garanties consenties pour une dette antérieure (V. Art. 107-6° de la loi du 5 janvier 1985. -- C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *loc. cit.*, par. 23, p. 77). De sorte que le gage initial ne survivrait pas à la substitution. Pourtant, si le gage de choses de genre est maintenu au motif que les choses de genre substituées à celles initialement gagées sont individualisées et deviennent des corps certains, le gage de corps certains par nature devrait lui aussi survivre au remplacement de son assiette. Dans cette seconde hypothèse comme dans la première, il est question de maintenir un gage originaire sur des corps certains : dans le premier cas, il s'agit de corps certains par individualisation ; dans le second, ce sont des corps certains par nature. MM. M. CABRILLAC et C. MOULY relèvent cependant à juste titre que la faculté de

Pour élargir le jeu de la substitution en matière de gage, on peut juger inutile le recours à la technique de la subrogation réelle. Ainsi, M. ATIAS considère, en premier lieu, qu'en donnant pour objet au gage des biens fongibles, les parties l'auraient nécessairement accepté²¹⁵. La loi l'aurait d'ailleurs prévu en matière de warrant²¹⁶. Mais, la subrogation réelle présente un intérêt dont la simple substitution est dénuée. Elle permet le report du droit ancien sur le bien nouveau. Or, puisque le droit de gage qui grève les biens nouveaux est réputé constitué à la date de création du gage initial, soit souvent pour une dette antérieure à l'ouverture de la procédure, en cas de liquidation judiciaire du débiteur, le gage n'est pas nouveau et il échappe à la nullité de la période suspecte, de même que les biens substitués échappent au droit de gage général des créanciers chirographaires. Au contraire, une simple substitution n'aurait pas cette vertu dans la mesure où elle fait naître un nouveau gage²¹⁷. En second lieu, à l'appui d'une substitution équivalant à la subrogation réelle, M. ATIAS fait valoir l'idée que la valeur, accessoire de la créance garantie, se démarquerait du bien grevé de telle manière qu'elle demeurerait dans le patrimoine du débiteur et se fixerait dans un bien nouveau pour pouvoir libérer l'ancien²¹⁸. Mais la distinction du droit réel et du droit personnel se fait floue et risque même de disparaître. On saisit mal la différence de structure entre un tel droit réel et le droit de gage des créanciers chirographaires. Les deux droits ne se distingueraient plus que par leur effet, le premier l'emportant sur le second, peut-être en raison de la qualité de la créance... à l'instar d'un privilège.

Lorsque les biens gagés ne sont pas périssables, l'obligation de conservation du gagiste n'en est que plus aiguë.

2°. - La conservation des biens durables

83. - Lorsque le créancier gagiste est mis en possession de biens non périssables, son obligation de conservation trouve également à s'appliquer. Le créancier gagiste doit prodiguer à la chose les soins qu'elle nécessite. Par exemple, il est tenu d'accomplir les actes conservatoires de la créance nantie, produire à la faillite du

substitution doit être circonscrite aux choses fongibles par leur nature, parce que la permanence du gage, destinée à *protéger la situation des tiers*, ne peut s'accommoder que d'une permutation entre des biens strictement semblables (*Op. cit.*, n° 668, p. 545).

²¹⁴. Sur l'idée que la qualité de choses de genre des biens nouveaux favorise la réalisation de la subrogation réelle : v. *infra* n° 547-2.

²¹⁵. C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *loc. cit.*, par. 21, p. 77. -- Rapp. C. LYON-CAEN, note sous Req., 10 mars 1915, S. 1916, I, 5 et s.

²¹⁶. C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *loc. cit.*, par. 21, p. 77.

²¹⁷. Pour la même raison, la thèse de la subrogation réelle est préférable à celle selon laquelle les biens substitués ferait l'objet d'une promesse de gage qui se réaliserait par l'entrée desdits biens en possession du créancier (en faveur de cette thèse : R. DEMOGUE, obs. sur Req., 10 mars 1915, *Rev. trim. civ.* 1915, 528).

²¹⁸. C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *loc. cit.*, par. 22, p. 77. -- Rapp. C. LYON-CAEN, note sous Req., 10 mars 1915, S. 1916, I, 5 et s.

débiteur, intenter une action en responsabilité contre les dirigeants de la société débitrice en cas de gage d'actions²¹⁹. Si le constituant n'agit pas lui-même, il a même le droit d'exercer un « droit de regard », limité à la sauvegarde de leur valeur, sur l'exploitation de l'œuvre ou de l'invention, par exemple en intentant l'action en contrefaçon de brevets contre les tiers²²⁰. Il peut remettre à un tiers les polices d'assurances gagées dès lors que cette remise est une condition de conservation de sa valeur²²¹. *A fortiori* ne doit-il pas détériorer ni détruire le bien.

Le cas échéant, comme en matière de gage de biens périssables, les parties peuvent fixer préalablement le contenu de cette obligation²²². Par exemple, le gagiste peut être tenu de garder fermée l'enveloppe signée contenant le bijou gagé²²³. Le but est toujours de favoriser la restitution à l'identique, ou au moins en équivalent, du bien engagé.

Même dans les hypothèses où le disposant a le droit de consommer d'emblée le bien d'autrui, la loi poursuit cet objectif.

B. - L'obligation du dépositaire irrégulier de détenir l'équivalent du bien

84. - Pendant la durée du dépôt, le dépositaire irrégulier est admis à disposer des biens qui lui sont confiés. *A priori*, comme le quasi-usufruitier il deviendrait propriétaire des biens qu'il consomme. L'affirmation serait d'autant plus justifiée que le dépositaire irrégulier détient les biens consommables par excellence, à savoir les espèces monétaires. Qu'il entende profiter de leur *usus*, de leur *fructus* ou de leur *abusus*, il est donc toujours amené à en disposer²²⁴. Or, précisément, parce qu'un dépositaire irrégulier de somme d'argent épuise nécessairement toute l'utilité du bien d'autrui lorsqu'il en use, la loi le contraint à garantir la restitution du dépôt. Ses prescriptions sont nettes en matière de dépôt bancaire.

85. - Les établissements de crédit autorisés à disposer des fonds reçus du public, sont tenus de respecter des règles contraignantes destinées à assurer la restitution des dépôts. Ils sont soumis au contrôle de la Commission bancaire - qui exerce une surveillance permanente sur ces établissements par un contrôle sur pièce et sur place (art. 37 et s. de la loi bancaire) - et du Comité de la réglementation bancaire - qui fixe les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit (art. 33 et s. de la loi bancaire)²²⁵.

²¹⁹. S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français*, Bordeaux, 1937, p. 440.

²²⁰. S. QUINCARLET, thèse préc., p. 442.

²²¹. C. ATIAS, *La valeur engagée (sur l'objet du gage)*, loc. cit., par. 12, p. 76.

²²². V. Paris, 8 déc. 1983, *D.* 1984, IR, 52.

²²³. Paris, 8 déc. 1983, *préc.*

²²⁴. V. *supra* : n° 7 et s.

²²⁵. G. Manceau, *La dualité des régimes juridiques*, p. 7 et s. ; M. ROUGER, *Les critères de défaillance d'une banque*, p. 16 et s. ; M. RAYNAUD-CONTAMINE, *Les conséquences de la défaillance d'une banque : les solutions*, p. 140 et s., in *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, « La défaillance d'une banque », Juin 1996. -- J.-L. FORT, *Les règles prudentielles et leurs limites*, p. 76 et s. et M. NUSSENBAUM, *La*

Surtout, ils doivent respecter certains pourcentages ou ratios prudentiels qui ont pour but de protéger l'épargne, notamment en garantissant la liquidité, la solvabilité et l'équilibre de leur structure financière (art. 51 de la loi bancaire du 24 janvier 1984).

Ainsi, les normes de fonds propres visent à assurer que les banques disposent des fonds propres en quantité telle qu'ils puissent absorber les pertes non couvertes par un volume suffisant de profits. Le ratio de solvabilité impose à l'établissement de crédit de respecter un rapport minimum entre le montant de ses fonds propres et celui de l'ensemble des risques qu'il encourt du fait de ses opérations (le coefficient est fixé à 8 % - Règlement n° 91-05 du 15 fév. 1991). Les ratios de transformation sont les ratios de liquidité et le coefficient de fonds propres et de ressources permanentes. Les premiers tendent à assurer le rapprochement des actifs liquides et du passif exigible à court terme, dont le rapport doit être au moins de 100 %. Le second fixe la proportion minimale des emplois longs qui doivent être financés par des ressources longues ²²⁶.

Toutes ces obligations sont le signe de l'infériorité du statut des dépositaires bancaires par rapport au statut du propriétaire. L'emprunteur qui peut consommer l'argent d'autrui (v. 1892 C.Civ.) et qui devient propriétaire de ces choses aux termes de l'article 1893 du Code civil, n'assume pas une telle obligation. Le dépositaire irrégulier y est fortement tenu. De surcroît, sous cette obligation de respecter ces ratios, pointe comme l'idée d'un emploi des fonds reçus du public imposé par la loi aux établissements de crédit, même si cette obligation n'est pas aussi nette qu'en matière de quasi-usufruit.

C. - L'obligation du quasi-usufruitier de garantir la restitution du bien

86. - Selon MM. M. GRIMALDI ET J.-F. ROUX, le fait que le quasi-usufruitier soit tenu à restitution suffit à l'empêcher de faire sien le capital ²²⁷. Certes, cette obligation pourrait ne pas être perçue comme la marque d'un non-propriétaire

cessation des paiements de banques, p. 83, in *Rev. Dt. Banc.* mai-juin 1996, n° 55. -- J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 139, p. 117-118. -- C. GAVALDA avec F. DION et C. THIERACHE, *Les défaillances bancaires*, Cahiers Finances Ethique Confiance, A.E.F., 1995, p. 57 et s.

²²⁶. V. M. NUSSENBAUM, *loc. cit.*, n° 55, p. 82 et 84. -- J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 1995, n° 141, p. 119 et s. -- M.-O. PIQUET-MARCHAL, L'émission de la monnaie scripturale et les pouvoirs publics. Evolution de la réglementation, *Hommage à Robert Besnier*, Paris, Société d'histoire du droit, 1980, p. 208 et s., p. 216 et s. -- C. GAVALDA avec F. DION et C. THIERACHE, *op. cit.*, p. 31 et s.

V. J.-L. FORT observe qu'une banque traditionnelle qui collecte des dépôts et accorde des crédits ne peut structurellement faire face à son passif exigible (les dépôts à vue) avec son actif disponible, si les tous déposants s'avisait de demander le remboursement de leurs avoirs. Et d'en conclure que la réglementation relative à la liquidité ne peut avoir pour but que d'assurer le fonctionnement d'un établissement dans des conditions normales (*Loc. cit.*, n° 55, p. 77).

²²⁷. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 9, p. 221.

puisque'un emprunteur, propriétaire en vertu de l'article 1893 du Code civil, est pareillement tenu à restitution. Cependant, à la différence de l'emprunteur, un quasi-usufruitier (ou un dépositaire irrégulier) est *tenu d'anticiper* cette restitution en assurant sa solvabilité. Ce qui révèle son infériorité par rapport à un véritable propriétaire.

En effet, la loi a prévu deux règles qui permettent au propriétaire du bien grevé d'usufruit ou de quasi-usufruit de prouver le contenu de l'obligation de restitution et d'assurer son exécution : il s'agit de l'obligation de dresser inventaire et de fournir caution. De cette manière c'est au moins une restitution en valeur qui est assurée au nu-propriétaire (1°). En outre, à cette obligation générale, la jurisprudence et la doctrine ont ajouté une prescription spéciale : si le quasi-usufruit porte sur une universalité, le quasi-usufruitier est tenu d'assurer la restitution du bien en équivalent puisqu'il est contraint de remplacer les éléments qui la composent (2°).

1°. - L'obligation générale de garantie

87. - A moins qu'un texte ou le propriétaire n'en dispense le quasi-usufruitier²²⁸, le Code civil prévoit des garanties au profit du propriétaire. Une double obligation s'impose à lui : il est tenu d'établir un inventaire du mobilier soumis à l'usufruit (art. 600 C.Civ.) et de fournir caution de jouir en bon père de famille (art. 601 C.Civ.).

Quant à l'obligation de recenser les biens soumis à l'usufruit, elle permet aux parties d'avoir connaissance de ce que l'usufruitier ou le quasi-usufruitier a reçu et devra restituer²²⁹. De cette manière, le nu-propriétaire se ménage la preuve du contenu de la restitution qui lui est due. Et l'inventaire est d'autant plus précieux que la preuve libre ne sera pas admise lorsque l'objet de l'obligation excèdera une valeur de 5000 francs (V. 1341 C.Civ.). Quant au cautionnement, il garantit le nu-propriétaire contre le risque d'insolvabilité du quasi-usufruitier, puisque la caution pourra exécuter l'obligation si le débiteur principal est défaillant²³⁰ ou bien si, en cours de quasi-usufruit, il ne se comporte pas en bon père de famille.

On comprend qu'en cas de non respect de ces exigences, des mesures de substitution soient prévues par les textes (a). Tandis que la décision d'en dispenser l'usufruitier ne peut émaner que de la loi ou du nu-propriétaire (b).

²²⁸. V. *infra* : n° 89 et s.

²²⁹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 740, p. 603.

²³⁰. Si l'usufruitier ne peut fournir de caution, il lui est permis de la remplacer par une hypothèque ou un gage (art. 2041 C.Civ.) (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 743, p. 605). -- V. égal. A. FRANÇON, *L'usufruit des créances*, *loc. cit.*, n° 24, p. 22.

a) L'impossibilité ou le refus de fournir caution

88. - Il peut arriver que le quasi-usufruitier soit dans l'impossibilité de fournir caution ou refuse de le faire. Les fonds soumis à l'usufruit sont alors placés ; les choses périssables ou les denrées sont vendues et leur prix également placé. Seuls les intérêts des sommes sont attribués au quasi-usufruitier (art. 602 et 603 C.Civ.).

Ainsi, le quasi-usufruitier de titres, non dispensé de caution et dans l'impossibilité ou se refusant à la donner, doit remployer les sommes provenant du remboursement des titres²³¹. Quant au quasi-usufruitier de créances qui ne trouve pas de caution, il est tenu de placer le montant des créances qui lui sont remboursées pendant la durée de son usufruit. Les tribunaux peuvent même déterminer l'emploi de ces créances et les conditions dans lesquelles il devra les réaliser. La seule limite à l'intervention des juges réside dans le fait qu'ils ne sauraient l'obliger à subir le concours d'une autre personne pour l'assister dans ses opérations lorsque la loi ou les circonstances ne les y autorisent pas²³².

La loi prévoit ainsi des substituts à l'absence de caution qui aboutissent finalement à interdire au quasi-usufruitier de faire usage de son droit de disposer des biens du nu-propriétaire. Ce quasi-usufruitier n'est pas libre d'user ou disposer de la chose, tant qu'il n'a pas fourni caution. A moins d'avoir obtenu la confiance du propriétaire qui le dispense d'accomplir ces obligations.

b) La dispense de fournir caution

89. - La loi (art. 601 C.Civ.) ou le propriétaire (sur le fondement du même texte) peuvent dispenser l'usufruitier ou le quasi-usufruitier de fournir caution²³³.

Les hypothèses de dispense légale sont restreintes. Elles profitent aux père et mère pour l'usufruit légal des biens de leurs enfants, et au vendeur ou au donateur sous réserve d'usufruit. Mais dans l'acte constitutif du quasi-usufruit et sur le fondement du même texte, le propriétaire peut renoncer à l'exigence de la fourniture d'une caution. Il manifeste ainsi sa confiance à l'usufruitier ou au quasi-usufruitier et lui accorde son crédit. La dispense de caution se fondera donc notamment sur les liens d'affection qui unissent les parties²³⁴. En ce sens, la dispense de caution n'est pas contraire à la protection du droit du nu-propriétaire et son principe doit être approuvé, même si les conséquences qui en découlent sont incertaines.

²³¹. V. P. SAUTAI, thèse préc., n° 36, p. 55.

²³². Req., 8 nov. 1881, *D.P.* 1883, I, 174 ; *S. Chronologique* 1881, I, 542.

²³³. L'exemption de dresser inventaire n'est jamais accordée par la loi et lorsque les parties la prévoient, le nu-propriétaire est en droit d'exiger qu'il soit dressé un inventaire, simplement il le fait à ses frais (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 741, p. 604 et n° 745, p. 606).

²³⁴. A. WAHL, note sous Civ., 7 déc. 1891, *S. Chronologique* 1891, I, 850. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 741, p. 604 et n° 745, p. 606.

90. - D'aucuns considèrent que l'usufruitier ou le quasi-usufruitier dispensé de fournir caution est tenu d'employer le bien soumis à l'usufruit²³⁵ du moins lorsqu'il n'est pas expressément dispensé de cette obligation d'emploi²³⁶. Pourtant, dès lors qu'il y a dispense de caution, on peut se demander s'il n'y a pas implicitement dispense d'emploi²³⁷. En effet, la dispense de caution n'est ni l'impossibilité ni le refus de fournir caution. C'est un avantage ouvert par la loi ou le propriétaire à l'usufruitier ou au quasi-usufruitier. Et l'emploi n'est qu'un procédé subsidiaire, destiné à tenir lieu de cautionnement, lorsque l'usufruitier ne trouve pas de caution²³⁸. Poser le remploi du bien soumis à l'usufruit en substitut de la caution non exigée revient donc à annihiler cette exemption, à faire fi de la volonté de la loi ou du propriétaire et à revenir au régime des articles 602 et 603 applicable en cas d'impossibilité ou de refus de caution.

Toutefois, si au cours de l'usufruit et non plus à son ouverture, le quasi-usufruitier a un comportement répréhensible, il pourra être discuté du point de savoir si le remploi ne peut pas être exigé, en dépit de la dispense de caution. Le débat relèvera alors du régime de l'exercice de la disposition du bien d'autrui pour son propre compte²³⁹. En outre, il est une série d'hypothèses dans laquelle l'obligation de remploi s'impose au quasi-usufruitier en raison de la nature même du bien grevé.

2°. - L'obligation spéciale de remploi

91. - Lorsque l'objet du quasi-usufruit est une universalité, le quasi-usufruitier a l'obligation de faire remploi des biens consommés. Cette obligation du quasi-usufruitier de remployer les fonds perçus de la disposition du bien d'autrui fait directement référence à son obligation de restituer l'équivalent en fin d'usufruit.

En effet, un auteur a manifesté sa crainte de voir le propriétaire d'un portefeuille grevé d'usufruit, sans recours, en fin de course, si l'usufruitier était autorisé à gérer le

²³⁵. Besançon, 8 février 1875, *S.* 1875, II, 391 et *S. Chronologique*. 1877, II, 36 : « La dispense de caution n'implique pas nécessairement exonération de tout contrôle de la part du nu-propriétaire ; [...] il importe de concilier dans une juste mesure les droits du nu propriétaire et de l'usufruitier ». L'usufruitier dispensé de fournir caution (ici en sa qualité d'héritier universel) n'a pas la libre disposition des capitaux et le propriétaire est fondé à exiger les mesures nécessaires à la conservation de la chose dans un état semblable ou au moins analogue à celui où elle se trouvait au moment où l'usufruit a pris naissance. L'arrêt n'exige pas même l'existence d'agissements de l'usufruitier mettant en péril les droits du nu-propriétaire (note sous l'arrêt).

²³⁶. Trib. civ. Lyon, 31 mars 1892, *D.P.* 1894, II, 133.

²³⁷. Req., 28 oct. 1889, *D.P.* 1890, I, 67. -- Note 1 sous Trib. civ. Lyon, 31 mars 1892, *D.P.* 1894, II, 133.

²³⁸. Note 1 sous Trib. civ. Lyon, 31 mars 1892, *D.P.* 1894, II, 133.

²³⁹. V. *infra* : n° 124.

portefeuille²⁴⁰. Mais le risque est réduit par une double protection. D'abord, le quasi-usufruitier est tenu de fournir caution. Ensuite, s'il est admis à disposer des éléments constitutifs du portefeuille, c'est à la condition de les remplacer²⁴¹. Cette obligation de remploi doit être mise en rapport avec l'interdiction faite au quasi-usufruitier de céder l'universalité dans son ensemble²⁴². Elle est également le corollaire nécessaire du droit d'user et disposer du bien d'autrui.

C'est à cette condition que, dans le quasi-usufruit du portefeuille de titres, les cessions de valeurs mobilières s'analysent en des actes de gestion normale du portefeuille. La première chambre civile de la Cour de Cassation a en effet érigé le remploi des titres en critère de qualification d'acte d'administration²⁴³. Le quasi-usufruitier sera considéré comme accomplissant des actes d'administration si, et seulement si, les cessions de titres sont suivies de leur remplacement par d'autres titres. Ce qui veut dire qu'à défaut de remploi, l'aliénation constituera un acte de disposition. De la même manière, la conservation du fonds de commerce grevé d'usufruit suppose que le stock de matières premières et de marchandises soit renouvelé et donc vendu et remplacé²⁴⁴. Le législateur lui-même a prévu cette obligation de remploi à la charge de l'usufruitier d'un troupeau. L'article 616 alinéa 2 du Code civil énonce que « si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri ». Or on peut étendre la règle à l'hypothèse dans laquelle les animaux sont aliénés par le quasi-usufruitier. Enfin, dans le quasi-usufruit de terrains plantés d'arbres de haute futaie, l'obligation de remplacer la valeur s'exécute également par le remplacement des arbres²⁴⁵.

92. - L'obligation de remploi ne se substitue donc pas à l'obligation de fournir caution, elle la complète. En cas de dispense de caution, cette obligation de remploi reste exigible puisqu'elle a pour but d'éviter la disparition du bien-universalité. A

²⁴⁰. Argument exposé par M. P. DIDIER (note sous Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Rev. sociétés* 1991, 740). Dans le même sens, sur l'idée de protection des droits du nu-proprétaire : M. LECÈNE-MARÉNAUD, note sous Com., 12 juillet 1993, *J.C.P., Ed. E.* 1994, II, 559, n° 13.

²⁴¹. F. ZENATI, obs. sur Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Rev. trim. civ.* 1994, p. 383.

²⁴². V. *supra* : n° 76.

²⁴³. Civ. 1ère, 2 juin 1993, *Defr.*, 1993, n° 35638, p. 1274, note P. BUFFETEAU ; D. 1993, J., 613, note D. R. MARTIN ; *Rev. trim. civ.* 1995, p. 395, obs. F. ZENATI. — Adde A. LAINÉ : « La destination d'une valeur mobilière étant de donner des revenus, rien ne s'oppose à ce que l'usufruitier substitue une valeur mobilière à une autre ; la substance de la chose est ainsi conservée. Au contraire, il serait interdit à l'usufruitier de donner la valeur mobilière, parce qu'il en perdrait la substance » (Thèse préc., p. 84 et s.).

A l'avis de MM. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, l'usufruitier d'un portefeuille de titres n'est pas un quasi-usufruitier parce que son obligation d'employer le prix des titres vendus à l'acquisition de nouvelles valeurs restreint la liberté de cet usufruitier, alors qu'un quasi-usufruitier est celui qui jouit de la pleine liberté de disposer du bien et d'en utiliser le prix à sa guise (*Loc. cit.*, n° 6, p. 220). Mais dès lors que l'on refuse au quasi-usufruitier la qualité de propriétaire, l'existence de cette obligation à la charge du quasi-usufruitier se justifie et participe de la distinction du quasi-usufruitier et du propriétaire.

²⁴⁴. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 735, p. 601.

²⁴⁵. V. R. BARROT, note sous Civ. 1ère, 3 déc. 1963, *D.* 1964, J., 166. — Comp. l'article 590 alinéa 2 du Code civil pour les pépinières ; l'article 594 du même code pour les arbres fruitiers morts. — Les droits du nu-proprétaire du terrain planté d'arbres de haute futaie sont sauvegardés par le reboisement : T.G.I. de Belley, 29 déc. 1961, *D.* 1962, Som., 74.

l'inverse, en cas de quasi-usufruit des biens qui ne sont pas des universalités, l'obligation de fournir caution prépare la bonne exécution de l'obligation de restitution. Et, finalement, dans tous les cas, le droit du disposant du bien d'autrui pour son propre compte est enchâssé dans une série d'obligations qui le contrebalancent et le place dans une position inférieure à celle d'un propriétaire ou d'un créancier.

Conclusion du CHAPITRE I

93. - L'observation attentive du statut du disposant du bien d'autrui pour son propre compte fait découvrir que le droit du disposant sur la chose ou la créance d'autrui n'est pas illimité comme il devrait l'être s'il correspondait à un droit de propriété ou à un droit de créance plein et entier.

Tout d'abord, la nature du bien d'autrui suggère cette distinction. Ce bien est doué de consomptibilité et de fongibilité. Or, ni l'un ni l'autre de ces caractères ne font acquérir la qualité de propriétaire au disposant. Le premier révèle au contraire la qualité de simple utilisateur du bien d'autrui. En consommant le bien consomptible d'autrui, le disposant ne fait qu'en user puisque le bien consomptible est celui qu'on consomme lorsqu'on en use. Quant à la fongibilité du bien d'autrui, elle ne fait pas davantage passer le bien dans le patrimoine de son détenteur - à savoir le disposant - puisque les conditions ne sont pas réunies pour que se produise un tel effet acquisitif de la propriété du bien d'autrui.

L'examen comparatif des pouvoirs respectifs du disposant et de celui dont il reçoit le bien confirme d'ailleurs cette idée. Les bornes posées au pouvoir de consommation juridique du disposant et les diverses obligations qui enserrant ce droit atténuent sensiblement son caractère *a priori* exorbitant. Le disposant n'a finalement qu'un droit de disposer réduit en étendue et en intensité. On peut même avancer que la circonscription de ce droit et les obligations qui l'entourent sont la manifestation de la survivance du pouvoir de l'autrui sur le bien. A tel point que le disposant qui, à première vue, semblait avoir un droit omnipotent sur le bien reçu d'autrui, partage finalement son usage avec celui dont il a reçu le bien. Aussi faut-il rechercher ailleurs que dans l'étendue de son droit le fondement de la prétendue qualité de propriétaire du disposant. Peut-être dans son exercice...

CHAPITRE II.

L'EXERCICE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

94. - L'étendue du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne permet pas de dire du disposant qu'il acquiert la propriété du bien d'autrui. Mais on peut se poser la question de savoir si cette acquisition ne résulte pas de l'exercice du droit. Sur le plan de sa mise en œuvre, le droit étudié ressemble fort au droit du propriétaire ou du créancier : lorsqu'il exerce son droit, le disposant dépouille, en effet, le propriétaire ou le créancier et il profite personnellement de cet appauvrissement. Est-ce à dire qu'à ce moment du processus le disposant soit devenu - même fugacement - propriétaire ?

Tout dépend, en réalité, du point de savoir si le disposant a ou n'a pas la liberté d'un propriétaire ou d'un créancier dans la manière d'exercer son droit, et si les suites de la mise en œuvre de ce droit commandent ou non la propriété du bien aliéné ou la titularité de la créance encaissée.

Or, sous ces deux rapports, une réponse négative s'impose.

Les restrictions constatées au niveau de l'étendue du droit du disposant atteignent également son exercice. L'exercice de ce droit de disposer est entouré d'une série de devoirs qui ne grèvent pas le droit d'un propriétaire ou d'un créancier. Tout en profitant à son auteur, la disposition du bien d'autrui pour son propre compte est toujours contraignante. En outre, les suites de cette mise en œuvre ne postulent pas la propriété du bien aliéné ni la titularité de la créance encaissée. L'acte de disposition qui traduit la mise en œuvre du droit de disposer ne coïncide pas avec une acquisition, même fugitive, du bien ou de la créance consommé par le disposant. Il est la manifestation de l'usage, par celui-ci, du bien d'autrui pour son propre compte.

Ainsi, en amont, l'exercice de cette disposition est soumis à des restrictions qui n'enserrent pas la mise en œuvre du droit d'un propriétaire ou d'un créancier (*Section I*) ; tandis qu'en aval les implications de cette mise en œuvre ne

commandent pas le transfert du bien dans le patrimoine du disposant (*Section II*). Ce qui contribue, de nouveau, au rejet de la qualité de propriétaire ou de créancier du disposant du bien d'autrui pour son propre compte.

Section I. - Les restrictions à l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

Section II. - Les implications de l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

SECTION I.

Les restrictions à l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui

95. - Le mode d'exercice d'un droit participe de sa définition. Or, en l'occurrence, cet exercice est entouré de restrictions multiples dont n'a pas à connaître un propriétaire ou un créancier. La mise en œuvre du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est toujours conditionnel (*I*), souvent impératif (*II*) et parfois abusif (*III*). Ce qui atténue sensiblement le caractère exorbitant de ce droit de disposer. De surcroît, il faut voir dans ces limitations le signe de la survivance du droit de propriété ou du droit de créance de celui qui a remis le bien au disposant. Car elles ont toutes pour but de prévenir ou de sanctionner des atteintes portées aux intérêts de ce *tradens*. Il s'ensuit que les commandements adressés au disposant non seulement interdisent d'en faire un propriétaire ou un créancier, mais encore sont l'expression de la qualité de propriétaire ou de créancier d'autrui.

§ 1.- *L'exercice conditionnel du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*

96. - La mise en œuvre du droit de propriété ou du droit de créance est rarement conditionnelle. Et lorsque l'hypothèse se présente, l'événement dont dépend cet exercice est justifié par le souci de protection de l'intérêt général. Par exemple, le propriétaire d'un terrain ne peut le construire que sous la condition d'obtention d'un permis de construire, il ne peut exploiter sa carrière sans autorisation administrative etc. Au contraire, l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour

son propre compte est toujours conditionnel et le fait dont il dépend est commandé par l'appartenance du bien à celui qui l'a remis au disposant. Cet exercice est, en effet, subordonné soit à la fourniture préalable d'une garantie par le disposant (A) soit à la passivité de ce cocontractant (B).

A. - La constitution de garanties par le quasi-usufruitier

97. - L'obligation du quasi-usufruitier d'établir l'inventaire des biens soumis à son quasi-usufruit et de fournir caution au nu-propiétaire a déjà été examinée ²⁴⁶. Il convient néanmoins d'insister ici sur le fait que la double prescription édictée par les articles 600 et 601 du Code civil ne conditionne pas la *naissance* du droit du quasi-usufruitier mais son *exercice*. C'est l'entrée en jouissance du quasi-usufruitier qui se trouve ainsi soumise à l'établissement de l'inventaire des biens et à la fourniture d'une caution ²⁴⁷. A défaut de respecter cette double obligation, et mis à part le cas où la loi ou le propriétaire ont suffisamment confiance en la personne du quasi-usufruitier pour l'en décharger ²⁴⁸, ce dernier a un droit mais il ne peut le mettre en œuvre. Puisque le nu-propiétaire est alors en droit de ne pas délivrer les biens soumis à l'usufruit ²⁴⁹.

L'obligation de constituer des garanties est expressément réservée au quasi-usufruit. Elle n'est imposée ni au créancier nanti d'un gage ou d'une hypothèque ni au dépositaire irrégulier. Cependant, on peut concevoir que le déposant irrégulier enjoigne au dépositaire irrégulier de fournir caution, ne serait-ce qu'en raison de la ressemblance entre le dépôt irrégulier et le quasi-usufruit, et spécialement lorsque le dépositaire irrégulier n'est pas un professionnel auquel la loi commande de détenir l'équivalent du bien.

En outre, le disposant doit tenir compte de ce que l'action du débiteur grevé ou du déposant irrégulier fait obstacle à l'exercice de son droit.

B. - L'inaction du débiteur grevé ou du déposant irrégulier

98. - La coexistence de deux pouvoirs sur un même bien s'affiche clairement lorsque la mise en œuvre du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est subordonnée à l'inaction du propriétaire. Il en va ainsi du droit du créancier gagiste ou hypothécaire et du droit du dépositaire irrégulier. Le premier peut disposer du bien à condition que le débiteur grevé ne s'exécute pas à temps (1°) ; le second peut consommer l'objet qui lui est confié si, et seulement si, le déposant ne désire pas, au même moment, en disposer (2°).

²⁴⁶. V. *supra* : n° 87.

²⁴⁷. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 727, p. 595.

²⁴⁸. V. *supra* : n° 89 et s.

²⁴⁹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 742, p. 604 et n° 744, p. 605.

1°. - La défaillance du débiteur grevé

99. - Le créancier gagiste ou hypothécaire ne peut pas mettre en œuvre son pouvoir de disposer si la créance garantie est éteinte par paiement ou par tout autre mode d'extinction des obligations, comme la prescription par exemple. Il est tenu d'attendre la défaillance définitive du débiteur puisque son droit est accessoire à la créance garantie. Et lorsque le délai d'exécution est expiré sans que le débiteur ait fourni la prestation promise, le créancier gagiste ou hypothécaire n'a pas à s'approprier le bien qui se trouve éventuellement mis en sa possession. Il doit obtenir une autorisation judiciaire de le faire vendre et la vente doit avoir lieu aux enchères (art. 2078 al. 1^{er} C.Civ. ; art. 93 al. 1^{er} C.Com.). Les pactes commissaires et les clauses de voie parée sont interdits. Le créancier et le débiteur grevé ne peuvent prévoir une stipulation qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à le vendre sans autorisation de justice. La clause prohibée serait nulle (art. 2078 al. 2 ; art. 93 al. 4 C.Com.). Car le créancier gagiste ou hypothécaire n'est pas maître du bien. Son droit de disposer est conditionnel et restreint.

100. - Certes, quelques exceptions ou limites sont posées à ce principe mais elles n'infirmant pas l'idée que le créancier gagiste ou hypothécaire n'est pas propriétaire du bien engagé.

La loi permet ainsi au créancier muni d'un nantissement de créance de recevoir les intérêts de cette créance à charge de les imputer sur la dette qui lui est due (art. 2081 C.Civ.). Mais, la chose a été soulignée²⁵⁰, cette possibilité ne remet pas en cause le fait que le gage confère au gagiste la détention précaire de la chose, non sa propriété (art. 2079 C.Civ.). Quant au capital de la créance gagée, dans l'hypothèse où elle vient à échéance avant la créance garantie, le débiteur et le créancier doivent le percevoir ensemble (art. 2075-1 C.Civ.)²⁵¹.

La loi permet également au créancier gagiste qui n'est pas payé à l'échéance de demander au tribunal que le gage lui soit attribué en paiement, après estimation par experts (art. 2078 al. 1^{er} C.Civ.). La jurisprudence et la doctrine admettent que les pactes commissaires ou les clauses de voie parée prévues après la conclusion de la sûreté ne sont pas nulles²⁵². On considère, en effet, que le débiteur n'est plus en position de faiblesse²⁵³. Ces deux hypothèses d'attribution ou d'appropriation du bien par le créancier ne remettent pas en cause le fait que pendant le temps où il est titulaire d'un gage ou d'une hypothèque, le créancier a un pouvoir de disposer

²⁵⁰. V. *supra* : n° 66.

²⁵¹. V. *infra* : n° 555-2 et s.

²⁵². La solution peut même protéger les intérêts du débiteur puisque le pacte commissaire lui évite des frais de procédure : V. Paris, 20 déc. 1983, *D.* 1984, IR, 175. -- V. égal. J.-P. BERTREL, Les privilèges (Etude de certaines techniques de nature à mettre en échec les privilèges), *Banque*, n° 437, mars 1984, p. 305 et s. ; spéc. p. 307-309.

²⁵³. M. ZUIN, *Les aspects nouveaux du droit des sûretés ayant pour objet les créances mobilières*, Paris II, 1982, p. 131. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Paris, LITEC, 1997, n° 907, p. 727 ; n° 524, p. 435.

conditionnel qu'il ne peut pas mettre en œuvre à sa guise. Lorsqu'il s'approprie le bien dans le cadre de la procédure de l'article 2078 alinéa 1^{er} ou en vertu d'un pacte commissaire ou d'une clause de voie parée, le débiteur est défaillant et le créancier perd sa qualité de créancier gagiste ou hypothécaire pour devenir propriétaire du bien. Mais il ne cumule pas les deux qualités. L'exercice de son droit de disposer par le créancier nanti est donc bien subordonné à la passivité de celui dont il a reçu le bien. Il en va de même du droit de disposer du dépositaire irrégulier. Simplement la passivité du déposant à laquelle est subordonné son droit doit être entendue comme une passivité immédiate.

2°. - La passivité du déposant irrégulier

101. - Aux termes de l'article 1944 du Code civil « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution... »²⁵⁴. Or la règle a une portée générale : elle s'applique au dépôt irrégulier tout autant qu'au dépôt régulier.

Dans l'hypothèse d'un dépôt irrégulier, la prescription de l'article 1944 se traduit de la manière suivante. Si le déposant confie ses biens au dépositaire, c'est qu'il n'entend pas en user immédiatement, le dépositaire irrégulier peut donc en disposer. Mais le déposant irrégulier peut exiger à tout moment et *ad nutum* que ces biens lui soient restitués. Le dépositaire doit pouvoir satisfaire à cette exigence c'est-à-dire restituer les sommes à tout instant et à première demande²⁵⁵. En ce sens, il est tenu de ne disposer du bien qu'en cas d'inaction du déposant. Ce qui dénote, de nouveau, l'infériorité de son statut par rapport à celui d'un propriétaire.

102. - Cette subordination de l'action du disposant à l'inaction du propriétaire ou du créancier n'existe pas en matière de quasi-usufruit. Le quasi-usufruit, comme l'usufruit régulier, est affecté d'un terme assigné par le propriétaire ou par la loi et qui laisse sa liberté d'action au quasi-usufrUITIER (V. art. 617 C.Civ.)²⁵⁶. La situation du constituant d'un quasi-usufruit n'est cependant pas plus défavorable que celle du débiteur grevé ou du déposant irrégulier. L'existence de ce terme est contrebalancée par l'obligation qui lui est faite de dresser inventaire et de fournir caution de jouir en bon père de famille. En outre, une fois entré en jouissance du bien, ce disposant peut se trouver contraint d'en disposer, dans l'intérêt du nu-propriétaire.

²⁵⁴. Et le texte poursuit : « ... à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ».

²⁵⁵. Sur ce point : v. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 822, p. 675.

²⁵⁶. V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 768, p. 630-631.

**§ 2.- L'exercice impératif du droit de disposer
du bien d'autrui pour son propre compte**

103. - L'usufruitier peut ne pas user du bien grevé. Son droit s'éteint par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ou par le non usage du droit pendant trente ans (art. 617 C.Civ.)²⁵⁷. Mais, en réalité, l'usufruitier a souvent l'obligation d'user du bien. S'agissant du quasi-usufruitier, auquel on peut assimiler le dépositaire irrégulier, cette obligation de disposer du bien d'autrui relève de son obligation de conserver la substance du bien d'autrui (A). Car certains biens s'éteignent par la négligence de leur détenteur. Or tel est souvent le cas des biens qui font l'objet d'un quasi-usufruit. Le caractère impératif de l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte se découvre et avec lui le caractère exorbitant de ce droit s'atténue. Au fond, la situation contraignante du disposant est le signe de sa qualité de simple détenteur précaire du bien d'autrui (B).

Où le disposant du bien d'autrui pour son propre compte se différencie, à nouveau, du propriétaire du bien.

A. - Le fondement de la disposition impérative du bien d'autrui

104. - Un propriétaire peut être négligent, ne pas user ou mal user de son bien. Ce n'est que rarement qu'il se trouve dans l'obligation d'en jouir et lorsque l'hypothèse se présente, elle est justifiée par la protection de l'intérêt général (V. par exemple, l'obligation d'exploiter ses terres de telle ou telle manière). Au contraire, le quasi-usufruitier est souvent contraint d'exercer son droit dans l'intérêt du nu-propriétaire. L'usage qu'il fait du bien doit pourvoir à la conservation de sa substance. C'est ainsi que, tel un usufruitier, le quasi-usufruitier a le droit de jouir du bien *comme* le propriétaire ; ce qui signifie qu'il a aussi l'*obligation* d'en disposer comme le propriétaire (1°) en respectant son usage antérieur (2°) ou en suivant le comportement du bon père de famille (3°).

1°. - L'obligation de disposer comme le propriétaire

105. - Le droit du quasi-usufruitier de jouir du bien *comme* le propriétaire a un revers passif. Ce droit n'est pas seulement le droit de disposer du bien d'autrui, il est encore l'obligation d'user du bien *à la manière* du propriétaire.

106. - Lorsque l'article 578 du Code civil énonce que l'usufruitier a le droit de jouir du bien « *comme* » le propriétaire lui-même, il édicte que la disposition du bien

²⁵⁷. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 771, p. 632 -- C. ATIAS, *Droit civil - Les biens*, 3è éd., Paris, LITEC, 1993, n° 127, p. 158. -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 94, p. 180.

par le quasi-usufruitier doit ressembler à la disposition du propriétaire. Le droit de jouir du bien d'autrui n'est pas le droit d'en jouir *en* propriétaire. La jouissance de l'usufruitier n'est pas le droit de jouissance de l'article 544 du Code civil, c'est une jouissance qui doit prendre modèle sur celle du propriétaire²⁵⁸. C'est pourquoi, en exerçant son droit, l'usufruitier doit respecter la destination donnée au bien par le propriétaire et calquer sa jouissance sur la manière que le propriétaire avait d'user lui-même du bien²⁵⁹. Ici « l'obligation de conserver la substance apparaît [...] clairement comme une obligation de conserver la destination » du bien²⁶⁰. La seule limite imposée au droit de l'usufruitier réside donc dans cette obligation fondamentale de conserver la substance de la chose et non dans la catégorie des actes de disposition²⁶¹.

107. - Disposition et obligation de conserver la substance du bien (art. 578 C.Civ.) ne sont pas antinomiques et l'on ne peut pas poser comme principe que tout acte de disposition compromet la conservation d'un bien²⁶². La destination du bien peut commander sa disposition spécialement lorsque la chose est appréciée sous l'angle de son aptitude à produire des revenus. En ce sens, l'article 578 du Code civil est applicable au quasi-usufruitier. Et on peut raisonnablement penser que la limite au droit du dépositaire irrégulier de se servir de l'objet qui lui est confié doit également s'appuyer sur ce critère de la destination du bien. D'abord l'usage ou la jouissance englobe la disposition. Ensuite le respect de l'obligation de consommer le bien à la manière du propriétaire exige simplement de la part du disposant la prise en considération de la destination du bien.

Concrètement, le disposant doit se conformer à l'usage antérieur du bien ou, à défaut, au comportement du bon père de famille.

2°. - L'obligation de disposer selon l'usage antérieur du bien

108. - Le quasi-usufruitier qui a l'obligation de disposer du bien d'autrui n'a pas la liberté d'exercice dont jouit un propriétaire. Son obligation de disposer du bien d'autrui comme le propriétaire lui impose de respecter l'usage (au sens large du terme) antérieur du bien²⁶³ et lui interdit de modifier la destination de la chose²⁶⁴.

²⁵⁸. V. D. FIORINA, pour qui l'assimilation légale des droits de jouissance est un élément essentiel de la définition des pouvoirs de gestion de l'usufruitier et devrait constituer le modèle de ses pouvoirs. Le droit de jouissance de l'usufruitier y trouverait son contenu et sa limite : il s'exercerait comme celui d'un propriétaire sans pouvoir attenter à la substance de la chose (L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 24-25, p. 54-55 ; n° 46, p. 65).

²⁵⁹. En ce sens : Soc., 10 février 1955, *D.* 1955, J., 379 ; Civ. 1ère, 10 juillet 1963, *D.* 1963, J., 644. -- P. SAUTAI, L'usufruit des valeurs mobilières, Paris, Dalloz, 1925, n° 21, p. 30-31. -- E. DOCKÈS, Essai sur la notion d'usufruit, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 12, p. 493.

²⁶⁰. E. DOCKÈS, *loc. cit.*, n° 12, p. 493.

²⁶¹. D. FIORINA, *ibid.*, n° 19, p. 51.

²⁶². D. FIORINA, *ibid.*, n° 25, p. 55.

²⁶³. En ce sens à propos de l'usufruit : note sous Soc., 10 février 1955, *D.* 1955, J., 379.

Spécialement lorsque le bien grevé a pour principale utilité de générer des produits, la loi enjoint au disposant de jouir du bien en se conformant à la pratique antérieurement suivie par le propriétaire ²⁶⁵. Ainsi pour la coupe de bois taillis, l'usufruitier doit se conformer « à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires » (art. 590, al.1^{er}) ; pour les arbres tirés d'une pépinière, il doit respecter les « usages des lieux pour le remplacement » (art. 590, al.2) ; il profite des bois de haute futaie « en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires » (art. 591) ; il jouit « comme le propriétaire lui-même » des servitudes et autres droits (art. 597) et « de la même manière que le propriétaire » des mines et des carrières (art. 598). La jurisprudence a même admis que l'usufruitier qui renonce à son droit sur une partie des biens grevés ne modifie pas l'usage antérieur du bien ²⁶⁶.

Toutefois, lorsque l'exploitation conforme à l'usage antérieur revient à déprécier la chose ou lorsque le propriétaire a été négligent quant à la gestion de son bien, le quasi-usufruitier doit suivre l'attitude qu'adopterait un propriétaire normalement diligent placé dans la même situation.

3°. - L'obligation de disposer en bon père de famille

109. - Une obligation générale dicte à l'usufruitier la manière d'user du bien : tout usufruitier est tenu de jouir du bien grevé en bon père de famille (art. 601 C.Civ.) ²⁶⁷ et doit faire preuve de la même diligence qu'un propriétaire raisonnable. C'est la règle générale à laquelle il convient de se reporter lorsque l'exploitation conforme à l'usage antérieur revient à déprécier le bien. L'usufruitier doit exploiter le bien à la manière des propriétaires de choses semblables et selon l'usage général des propriétaires du moment ²⁶⁸. Il doit user du bien si le nu-propriétaire raisonnable placé dans la même situation en avait usé ²⁶⁹ soit pour recouvrer les revenus du bien soit pour empêcher le dépérissement ou la dégradation de sa substance ²⁷⁰. Et, en cas de dispense de fournir caution, l'usufruitier a une obligation encore plus étroite d'administrer en bon père de famille ²⁷¹.

²⁶⁴. En ce sens : F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 1680, p. 404.

²⁶⁵. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 756, p. 618-619 ; v. égal. n° 757, p. 536. -- C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 117, p. 146-147 ; v. égal. n° 18, p. 13. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1673, p. 399 et n° 1680, p. 404. -- D. FIORINA, *loc. cit.*, n° 47, p. 65-66.

²⁶⁶. Civ. 3^e, 30 janvier 1979, *Bull. Civ.* III, n° 28, p. 20 ; *Rev. trim. civ.* 1980, 132, obs. C. GIVERDON ; *D.* 1979, IR, 174 : Lorsque les bois de haute futaie ont été mis en coupe réglée, l'usufruitier est autorisé à en profiter, à la condition de se conformer aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, même s'il renonce à son droit d'usufruit sur une partie des biens grevés.

²⁶⁷. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 756, p. 618 -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 99, p. 188.

²⁶⁸. C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 117, p. 147.

²⁶⁹. En ce sens : A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *Rev. trim. civ.* 1957, n° 13, p. 12.

²⁷⁰. V. *supra* : n° 78 et s.

²⁷¹. Cour roy. Nancy, 17 février 1844, *S.* 1844, II, 162.

110. - Le quasi-usufruitier n'échappe pas à la règle.

L'usufruitier d'une créance est tenu de recouvrer la créance si elle est sur le point de se prescrire²⁷² et l'inaction du nu-propiétaire ne peut l'exonérer de sa responsabilité²⁷³. Au plus, s'il a quelque raison de s'abstenir de poursuivre, il doit, pour sauvegarder sa responsabilité, avertir le nu-propiétaire et le mettre à même de prendre les précautions qu'il estimerait utiles²⁷⁴. Il est également contraint d'accomplir les actes interruptifs de prescription de la créance et prendre ou renouveler des inscriptions hypothécaires si la créance est garantie par une hypothèque²⁷⁵. Et, plus généralement, si les circonstances l'exigent, il est dans l'obligation d'accomplir les actes conservatoires²⁷⁶ sous peine d'engager sa responsabilité et de devoir en rendre compte au nu-propiétaire.

De la même manière, l'usufruitier d'un fonds de commerce tenu d'en continuer l'exploitation doit utiliser les matières premières et vendre les marchandises²⁷⁷.

Cette obligation du quasi-usufruitier de disposer du bien du nu-propiétaire est la manifestation de son statut de simple détenteur précaire.

B. - La qualification de la disposition impérative du bien d'autrui

111. - L'obligation du disposant d'exercer son droit conduit à l'idée que la disposition, et en particulier l'aliénation, n'est nullement exclusive des notions d'administration et de conservation d'un actif patrimonial. En l'occurrence, la disposition accomplie par le disposant a la nature d'un acte d'administration ou d'un acte conservatoire (1°), même si le quasi-usufruitier n'est pas un véritable administrateur du bien d'autrui (2°).

1°. - La disposition du bien d'autrui, acte conservatoire et acte d'administration

112. - La notion de disposition renvoie toujours à la modification de l'ordonnement juridique puisqu'elle désigne tantôt le droit de disposer, tantôt l'acte de disposition, tantôt des actes de dispositions d'un type particulier.

²⁷². Req., 21 mai 1930, *D.H.* 1930, 346 ; *S.* 1930, I, 286 ; *D.P.* 1932, I, 111 ; *Rev. trim. civ.* 1930, 1106, obs. H. SOLUS. -- Dans le même sens : A. FRANÇON, *loc. cit.*, n° 21, p. 18. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 757, p. 619.

²⁷³. Req., 21 mai 1930, *D.H.* 1930, 346 ; *S.* 1930, I, 286 ; *D.P.* 1932, I, 111 ; *Rev. trim. civ.* 1930, 1106, obs. H. SOLUS. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 757, p. 619-620.

²⁷⁴. Note sous Req., 21 mai 1930, *D.P.* 1932, I, 111.

²⁷⁵. A. FRANÇON, *loc. cit.*, n° 19, p. 17.

²⁷⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 757, p. 619-620.

²⁷⁷. V. Com., 18 nov. 1968, *Bull. Com.* IV, n° 324, p. 293. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 735, p. 600-601.

112-1. - Dans un sens premier, la disposition est, en effet, le *droit de disposer* contenu dans le droit subjectif, soit le droit qui permet d'accomplir des actes juridiques sur les biens dont on a la maîtrise (le droit d'aliéner un bien ou de céder un droit, de grever d'un droit réel le bien, d'éteindre un droit etc.).

Dans sa seconde acception, la disposition sert à nommer l'*acte juridique* accompli sur un bien, c'est-à-dire l'acte qui n'est pas purement matériel mais qui développe des effets pris en considération par le droit.

La rapidité pousse même souvent à réserver cette appellation au seul acte d'aliénation d'un bien, c'est-à-dire à l'acte juridique par lequel un bien passe d'un patrimoine dans un autre patrimoine. Dans un sens tout aussi pointu, l'acte de disposition est encore perçu comme désignant l'acte juridique qui a une *incidence économiquement* importante sur le patrimoine ou le capital du propriétaire.

112-2. - Dans cette dernière acception, l'acte de disposition côtoie les qualifications d'acte d'administration et d'acte conservatoire. Et le critère de cette distinction tripartite n'est pas à proprement parler juridique. D'un point de vue purement juridique, en effet, tous ces actes - de disposition, d'administration ou conservatoires - sont des actes juridiques puisqu'ils modifient l'ordonnement juridique. Dans ce sens, ils sont donc tous des actes de disposition. Le critère qui permet de les distinguer les uns des autres est donc plutôt économique.

Des trois actes visés, l'acte conservatoire semble être le moins délicat à définir. Il désignerait l'acte urgent, celui qui est requis par défiance et dans le but de prévenir la réalisation d'un risque ou d'éviter une perte imminente. Il a donc pour effet de sauvegarder une situation et de laisser les choses en l'état²⁷⁸. Au contraire, la frontière entre l'acte d'administration et l'acte de disposition est floue et souvent délicate à tracer. Mais, le facteur économique exerce de plus en plus une influence déterminante sur la qualification de l'acte juridique²⁷⁹, il aide à délimiter leurs domaines respectifs.

Notamment en matière d'administration de valeurs mobilières (celles qui relèvent de la masse commune ou du patrimoine mobilier du mineur), l'administrateur est en droit d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la gestion d'un patrimoine ; ce qui disqualifie les actes de disposition en actes d'administration²⁸⁰. Alors que d'un point de vue juridique, en matière de gestion de valeurs mobilières, presque tous les actes constitueront des actes de disposition ; d'un point de vue économique un acte de disposition pourra être qualifié d'acte d'administration²⁸¹. L'acte de disposition sera celui qui porte atteinte au capital ou au patrimoine ; quant à l'acte

²⁷⁸ R. VERDOT, De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition », *Rev. trim. civ.* 1968, n° 1, p. 449 et *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Préf. P. Kayser, *Bibl. dr. priv.*, t. 40, L.G.D.J. 1963, n° 360-361, p. 262.

²⁷⁹ R. VERDOT, De l'influence..., *loc. cit.*, n° 2, p. 450 ; n° 29 et s., p. 466 et s.

²⁸⁰ R. VERDOT, De l'influence..., *loc. cit.*, n° 30 et s., p. 467 et s.

²⁸¹ V. R. VERDOT, De l'influence..., *loc. cit.*, n° 37, p. 471-472.

d'administration, il relèvera de la gestion normale du bien, qu'il commande ou non l'aliénation du bien ²⁸².

Mais que recouvre le capital ? M. P. CATALA tente de répondre en posant la frontière qui sépare le revenu et le capital. Le revenu serait une valeur économique, un bien, perçu sans altération du capital, ce qui s'investit en biens de consommation (en services : spectacles, voyages, loisirs ; en choses qui ne se détruisent pas par le premier usage ; voire même en objets coûteux promis à une dépréciation rapide par usure ou moins-value et qui ne sont point, ou peu, matière à héritage : équipement ménager, véhicules) ²⁸³. De la perception de ce revenu relèverait l'acte juridique (de disposition au sens juridique du terme) d'administration.

112-3. - C'est pourquoi la jouissance (ou l'usage *lato sensu*) des biens et l'acte d'administration accompli sur les biens, ne sont pas synonymes. La jouissance (ou l'usage *lato sensu*), comme le droit de disposer qu'elle renferme, se rapporte au *contenu* (juridique) du droit ; alors que l'acte d'administration concerne l'incidence économique de la *mise en œuvre* du droit ²⁸⁴. Un acte d'administration est l'une des façons de mettre en œuvre le droit de disposer compris dans le droit de propriété. L'exercice du droit de disposer peut aussi aboutir à la réalisation d'un acte de disposition (par exemple la vente d'un immeuble) ou d'un acte conservatoire (par exemple le renouvellement d'une inscription hypothécaire). Un acte juridique constituant tantôt un acte de disposition, tantôt un acte d'administration ou un acte conservatoire, la catégorie des actes de disposition au sens économique du terme est plus étroite que la catégorie des actes de disposition au sens juridique du terme.

Cette polysémie de la disposition développe ses effets sur le terrain de la disposition du bien d'autrui pour son propre compte.

113. - A côté de son droit de disposer du bien, le disposant a l'obligation de conserver la substance du bien d'autrui. Cette obligation lui impose d'accomplir les actes d'administration ou les actes conservatoires sur le bien, qui souvent se confondent.

²⁸². V. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif*, Lyon, 1981, n° 498 et s., p. 682 et s. -- Comp. sur les fondements de la conception extensive de l'acte d'administration : R. VERDOT, thèse préc., n° 321 et s., p. 238 et s.

R. VERDOT définit l'acte de disposition comme « l'acte de rendement tendant à obtenir le bénéfice le plus important possible, dans des conditions anormales et en courant des risques sérieux, ou bien l'acte de la destruction, épuisant en totalité ou en partie le bien ou le droit sur lequel il porte, accompli dans une intention libérale, sous l'empire de la nécessité ou même par négligence » (Thèse préc., n° 352, p. 256). L'acte d'administration entendu comme un acte de gestion (distinct de l'acte de simple administration accompli sans le consentement du propriétaire ou par ce dernier étroitement surveillé et contrôlé : thèse préc., n° 369 et s., p. 267 et s.) serait « l'acte d'exploitation légale, normale et raisonnable, accompli avec le consentement du propriétaire du patrimoine administré, donné préalablement ou postérieurement à son accomplissement ; il procure un revenu moyen, soit immédiatement, soit plus tard, mais sans risque sérieux pour le patrimoine administré » (Thèse préc., n° 367, p. 266).

²⁸³. P. CATALA, La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne, *Rev. trim. civ.* 1966, n° 4, p. 188-189 ; n° 12, p. 193-194.

²⁸⁴. V. *supra* : n° 9 et s.

Ainsi, le recouvrement de la créance du nu-propiétaire est un acte d'administration puisque le paiement constitue un acte de mise en valeur normale d'un droit de créance²⁸⁵. Mais il est aussi un acte conservatoire si la créance est sur le point de se prescrire²⁸⁶. Et il n'est un acte de disposition au sens strict du terme que si la créance, non échue, rapporte des intérêts élevés régulièrement servis et que son paiement ultérieur est garanti par une sûreté solide²⁸⁷. Les actes d'exploitation d'une carrière, d'une mine etc. sont également constitutifs d'actes d'administration si le quasi-usufruitier respecte la manière qu'avait d'en user le propriétaire. Ils assurent la gestion habituelle du bien.

Lorsque le bien soumis au quasi-usufruit est une universalité, la même partition se fait jour, simplement on peut distinguer deux objets pour un même acte.

Les aliénations de titres accomplies par le quasi-usufruitier d'un portefeuille constituent des actes d'administration²⁸⁸. Plus précisément, l'acte d'aliénation porte sur un bien particulier mais du point de vue de l'universalité il constitue un acte d'administration²⁸⁹, sous cette condition que son obligation de restituer l'équivalent lui impose de remployer les fonds perçus de la disposition du bien d'autrui²⁹⁰. En aliénant des titres l'usufruitier gère le portefeuille. On peut même penser que les aliénations de titres accomplies par le quasi-usufruitier d'un portefeuille auront la nature d'actes conservatoires si le cours de titres laisse présager le risque éminent d'une chute de leur valeur.

La gestion du fonds de commerce et même sa conservation suppose que le stock de matières premières et de marchandises soit vendu²⁹¹. Cette aliénation relève de l'administration du fonds mais, dans le même temps, elle a la nature d'un acte conservatoire si les biens sont périssables, comme par exemple les denrées ou les biens qui risquent de devenir obsolètes et dont l'arrivée de la date de péremption rend imminente la disposition.

Le fait que le quasi-usufruitier accomplisse un acte d'administration sur le bien d'autrui lorsqu'il en dispose ne signifie pas pour autant qu'il soit un administrateur du bien d'autrui.

²⁸⁵. A. FRANÇON, *loc. cit.*, n° 21, p. 18.

²⁸⁶. Req., 21 mai 1930, *D.H.* 1930, 346 ; S. 1930, I, 286 ; *D.P.* 1932, I, 111 ; *Rev. trim. civ.* 1930, 1106, obs. H. SOLUS. -- Dans le même sens : A. FRANÇON, *loc. cit.*, n° 21, p. 18. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 757, p. 619-620.

Si l'usufruitier de la créance avait quelque raison de s'abstenir de poursuivre, il devrait, pour sauvegarder sa responsabilité, avertir le nu-propiétaire et le mettre à même de prendre les précautions qu'il estimerait utiles (Note sous Req., 21 mai 1930, *D.P.* 1932, I, 111).

²⁸⁷. A. FRANÇON, *loc. cit.*, n° 21, p. 18.

²⁸⁸. Civ. 1ère, 2 juin 1993, *Defr.*, 1993, n° 35638, p. 1274, note P. BUFFETEAU ; *D.* 1993, J., 613, note D. R. MARTIN ; *Rev. trim. civ.* 1995, p. 395, obs. F. ZENATI.

²⁸⁹. En faveur de cette distinction : F. ZENATI, obs. sur Civ. 2è, 2 juin 1993, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 396.

²⁹⁰. Civ. 1ère, 2 juin 1993, *Defr.*, 1993, n° 35638, p. 1274, note P. BUFFETEAU ; *D.* 1993, J., 613, note D. R. MARTIN ; *Rev. trim. civ.* 1995, p. 395, obs. F. ZENATI.

²⁹¹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 735, p. 601.

2°. - Le disposant, utilisateur et conservateur du bien d'autrui

114. - L'obligation de disposer du bien en bon père de famille semble faire du quasi-usufruitier un administrateur du bien d'autrui²⁹². Or il en est plutôt un conservateur.

114-1. - Accomplir un acte d'administration est une chose ; acquérir la qualité d'administrateur du bien d'autrui en est une autre.

L'acte d'administration renvoie au sort du bien, indépendamment du point de savoir si l'acte profite directement au propriétaire du bien. Ainsi, le quasi-usufruitier est-il amené à accomplir des actes d'administration sur le bien du nu-propriétaire parce qu'il doit faire preuve de diligence. Mais le disposant n'a pas reçu un mandat de gestion de la part du nu-propriétaire. L'acte d'administration qu'il effectue ne correspond pas à l'accomplissement d'un devoir ou d'un pouvoir d'administrer le bien d'autrui²⁹³. Il correspond à l'exercice d'un droit, fût-il canalisé dans le souci de conserver la substance (et la destination) du bien. Le disposant du bien d'autrui agit donc aussi et principalement pour son propre compte.

Si l'on assimile l'usufruitier à un administrateur du patrimoine d'autrui, on s'attache à la nature des actes qu'il peut accomplir ; c'est le critère de la fonction de l'usufruit qui joue. Si l'on s'attache, au contraire, au propre régime juridique de l'usufruit, les pouvoirs de l'usufruitier vont avoir les contours de ses droits et de ses obligations ; c'est le critère de la substance de la chose qui s'applique. Or, l'usufruit est beaucoup moins attentif à la fonction du droit qu'à la substance de la chose. Lorsque l'on compare les droits de l'usufruitier avec les pouvoirs du tuteur qui gère le portefeuille de valeurs mobilières du pupille, on note leurs différences (art. 456, al. 4 C.Civ. et d. n° 65-961, du 5 nov. 1965, art. 4 à 7). En particulier, l'aliénation des titres est exclue des pouvoirs du tuteur²⁹⁴. Si la notion d'acte d'administration n'a pas la même signification selon que l'on est en présence de l'administration du patrimoine de personnes capables ou de l'administration du patrimoine de personnes incapables, c'est parce que la finalité de la gestion réside, pour l'une, dans l'obtention de revenus, et, pour l'autre, dans la protection d'un patrimoine²⁹⁵.

²⁹². V. H. SOLUS, obs. sur Req., 21 mai 1930, *Rev. trim. civ.* 1930, 1106-1107. -- C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 115, p. 144.

²⁹³. Par exemple, les actes accomplis par le gérant d'affaires ou le mandataire ne correspondent pas à l'exercice d'un droit.

²⁹⁴. D. FIORINA, *loc. cit.*, n° 11, p. 47 et n° 12, p. 48 ; v. égal. n° 21, p. 52.

²⁹⁵. V. L'administrateur du patrimoine de personnes capables cherche à obtenir un revenu moyen sans prendre de risque sérieux ; l'administrateur du patrimoine de personnes incapables agit dans le cadre d'une fonction de protection qui exclut tout risque pour le patrimoine administré et vise à procurer un certain avantage (R. VERDOT, *De l'influence...*, *loc. cit.*, n° 4, p. 451-452).

114-2. - En fait, le quasi-usufruitier est plus un conservateur²⁹⁶ qu'un administrateur des biens du nu-propriétaire. Ce dernier ne profite pas directement des revenus du bien ou du capital perçu par le quasi-usufruitier. Il en profite *a posteriori* et comme par ricochet puisque, s'ils ont été bien accomplis, les actes du quasi-usufruitier ont renouvelé la substance du bien que le disposant est, à terme, tenu de restituer. D'ailleurs, pour augmenter les chances de cette restitution, le disposant est parfois tenu de remployer la contre-valeur du bien dont il a disposé.

115. - Les règles relatives à l'exercice impératif de la disposition du bien d'autrui pour son propre compte concernent principalement le quasi-usufruit de choses autres que les espèces monétaires. Lorsque le droit du disposant porte sur les fonds d'autrui, il ne peut être question d'en contrôler et d'en imposer le remploi. Toutefois, même dans cette hypothèse, le disposant n'a pas un droit omnipotent. Il est contrôlé puisque l'exercice de son droit peut être jugé abusif.

§ 3. - L'exercice abusif du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

116. - L'obligation faite au disposant de conserver la substance du bien et d'en jouir comme le propriétaire lui-même est indissociable de son obligation d'en restituer l'équivalent ou la valeur. Si le disposant du bien d'autrui n'est pas complètement libre quant au principe et quant à la manière d'exercer son droit, cette contrainte se poursuit au-delà de l'acte d'aliénation du bien ou d'encaissement de la créance. Les restrictions posées à l'exercice de ce droit s'étendent à l'emploi que le quasi-usufruitier entend faire de la valeur perçue grâce à la disposition du bien d'autrui.

Dans le cas d'un portefeuille de valeurs mobilières, la jurisprudence l'a décidé, la disposition des titres est un acte d'administration s'ils font l'objet d'un remploi²⁹⁷. La règle s'applique aux universalités en général²⁹⁸. Et lorsque le quasi-usufruit porte sur un ou plusieurs biens isolés et notamment sur des fonds, leur remploi ou leur emploi peut être imposé par le juge sur la demande du nu-propriétaire. En cas d'abus de

²⁹⁶. Selon D. FIORINA, l'usufruitier n'est pas contraint d'adopter un mode de gestion « conservateur » ou « conservatoire » au sens économiquement péjoratif de ces mots. Il faut au contraire qu'il demeure libre d'organiser sa jouissance au mieux de ses intérêts, car il n'y a *a priori* rien d'antinomique entre une gestion fructueuse et une gestion prudente. Il ne peut pas être, seulement, conservateur... (*Loc. cit.*, n° 33, p. 59).

Sur l'idée selon laquelle l'usufruitier est gardien-conservateur ou dépositaire de la chose : C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 122-2, p. 152. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1681, p. 404 et références citées en note et n° 1683, p. 407-408. -- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 17^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1997, n° 104, p. 196.

²⁹⁷. Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Defr.*, 1993, n° 35638, p. 1274, note P. BUFFETEAU ; D. 1993, J., 613, note D. R. MARTIN ; *Rev. trim. civ.* 1995, p. 395, obs. F. ZENATI.

²⁹⁸. V. *supra* : n° 113 et s.

jouissance de sa part (A), le nu-propiétaire est, en effet, en droit de demander le prononcé d'une sanction à son encontre (B).

A. - La notion d'abus de jouissance du disposant du bien d'autrui pour son propre compte

117. - Le propriétaire peut exercer un contrôle sur la destination que le disposant entend donner et donne effectivement aux biens et aux fonds reçus ou perçus dans le cadre de son quasi-usufruit (2°). Ce contrôle est destiné à prévenir ou à sanctionner l'abus commis par le disposant dans l'exercice de son pouvoir dont on peut se demander s'il constitue un abus de jouissance ou un abus de droit de jouir (1°).

1°. - Abus de jouissance et abus de droit de jouir

118. - On a discuté du point de savoir si l'abus commis par le quasi-usufruitier dans la mise en œuvre de son droit peut constituer un abus de jouissance.

En matière d'usufruit régulier, l'usufruitier qui détruit ou vend le bien d'autrui réaliserait à n'en pas douter un abus de jouissance qui doit être sanctionné²⁹⁹. Au contraire, le quasi-usufruitier ne pourrait pas commettre un tel abus puisqu'il a le droit d'aliéner la chose ou de la détruire³⁰⁰. « Prononcer la déchéance de ce chef n'aurait pas de sens. *A priori* le quasi-usufruitier n'a commis aucune faute [...] Toute solution contraire priverait d'utilité l'article 587 du Code Civil... »³⁰¹.

Cette distinction ne nous semble pas justifiée.

Il n'est pas certain que le fait de reprocher au quasi-usufruitier un abus prive de toute utilité l'article 587 du Code Civil et le quasi-usufruit.

119. - En effet, d'un point de vue général, on a fait valoir qu'un droit ne peut pas faire l'objet d'un abus et qu'on ne peut pas exercer un droit de manière abusive parce que « le droit cesse où l'abus commence »³⁰². Néanmoins, le droit de propriété, qui renferme un pouvoir de jouir et disposer des choses (art. 544 C.Civ.), est une sphère d'activité. Hors de cette sphère, le sujet n'a pas de pouvoir de jouissance et de

²⁹⁹. P. SIRINELLI, Le quasi-usufruit, *L.P.A.*, n° 87 du 21 juillet 1993, n° 49, p. 11. -- Ainsi, la conclusion par l'usufruitier, d'un bail commercial sur des lieux destinés à un autre usage constitue en elle-même une altération de la substance de la chose soumise à usufruit et peut caractériser un abus de jouissance de nature à entraîner la déchéance de l'usufruit (Civ. 3è, 4 juin 1975, *Bull. Civ.* III, n° 194, p. 150).

³⁰⁰. V. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969, p. 131-132. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 733, p. 600. -- C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 113-a, p. 141. -- P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 48, p. 10.

³⁰¹. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 50-51, p. 11.

³⁰². Sur cette thèse de PLANIOL : v. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil - Introduction générale*, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, 4è éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 763 et s., p. 749 et s.

disposition. L'exercice de la propriété étant la réalisation de son contenu, l'exercice d'un pouvoir de jouissance ou de disposition hors de cette sphère n'est plus l'exercice du droit de propriété. Plus précisément, l'exercice du droit de jouissance étant la réalisation du *droit de jouir* contenu dans le droit de propriété, l'exercice d'un pouvoir de jouissance par le propriétaire hors de cette sphère d'activité n'est plus l'exercice de la propriété. Alors, on peut parler d'abus de droit³⁰³ et notamment d'abus du droit de jouir, attribut de la propriété.

En revanche, il est prématuré de reconnaître un abus du droit de jouir à l'endroit du quasi-usufruitier. Jusqu'à présent, tout s'oppose à ce que le droit du quasi-usufruitier soit un droit de propriété : l'étendue et les conditions d'exercice de son droit révèlent ses limites. Il en découle que la jouissance du propriétaire est un modèle pour le quasi-usufruitier mais que le droit de jouir du propriétaire n'est pas un attribut du droit du quasi-usufruitier. Aussi, peut-on concevoir que le quasi-usufruitier qui doit jouir de son droit sur le bien d'autrui *comme* le propriétaire lui-même et non *en* propriétaire, puisse en jouir de manière abusive. Il réalise alors un abus de jouissance et non un abus de droit de jouir au sens de l'article 544 du Code civil. L'abus qui peut lui être reproché n'est pas l'abus d'un propriétaire ; il n'est pas un abus de *droit* de jouissance. C'est un abus de jouissance, c'est-à-dire un abus *dans la manière* de jouir du bien d'autrui³⁰⁴. Le quasi-usufruitier doit agir sur le bien d'autrui et donc dans la sphère d'activité d'autrui à la manière du propriétaire mais non avec le droit d'un propriétaire. Au plus l'exercice qu'il fait de son pouvoir est-il apprécié au regard du droit du propriétaire.

120. - Le rejet de l'abus du droit de jouir et l'admission du principe d'un abus de jouissance prennent ainsi tout leur sens dès lors que l'on accepte la distinction de cet usufruitier et du propriétaire. Les circonstances qui font que l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte devient abusif ne coïncident pas avec celles qui font frein à la liberté d'exercice du droit de propriété. Le propriétaire dépasse les limites de son droit lorsqu'il empiète sur la sphère de liberté d'autrui. Le disposant commet un abus de jouissance lorsqu'en exerçant son droit de disposition il intervient de manière excessive dans la sphère d'exclusivité du propriétaire du bien précisément parce qu'il n'use pas de ce bien à la manière du propriétaire.

2°. - L'appréciation de l'abus de jouissance du disposant du bien d'autrui

121. - L'appréciation de l'existence d'un abus de jouissance commis par le quasi-usufruitier relève du pouvoir souverain des juges du fond. Et il ressort de l'examen des décisions rendues en matière de quasi-usufruit que ce type d'abus repose au

³⁰³. Rappr. sur la distinction des limites externes et des limites internes des droits : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 765, p. 751. -- V. égal. G. CORNU, *Droit civil*, Paris, P.U.F., Thémis, Droit Privé. Introduction - Les personnes - Les biens, 8^e éd., 1997, n° 148, p. 57 et n° 1084, p. 366.

³⁰⁴. Comp. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 794, p. 779.

moins sur la mise en péril des droits du propriétaire (a), la condition d'une dispense de caution étant plus discutée (b).

a) La mise en péril des droits du propriétaire

122. - La constatation d'un abus de jouissance suppose que le disposant (quasi-usufruitier) ait eu un comportement tel qu'il risque de mettre en péril les intérêts et les droits du nu-propriétaire³⁰⁵. Ont été jugés tels tous comportements susceptibles de remettre en cause la confiance du nu-propriétaire, comme une solvabilité insuffisante du disposant ; la crainte de malversation en raison d'une administration qui a cessé d'être loyale et fidèle ; des placements, sur simples billets, de sommes protégées par de bonnes hypothèques ; des placements qui dissimulent l'origine des fonds ; le risque de détournement des sommes au profit d'un enfant naturel qu'il a reconnu³⁰⁶ ; l'aliénation de nombreuses valeurs mobilières avant même que l'inventaire soit dressé et dès le lendemain du décès du testateur³⁰⁷ ; la vente de tous ses biens immobiliers pour rendre impossible tout recours éventuel du nu-propriétaire contre son patrimoine³⁰⁸. En revanche, si le disposant n'a opéré aucun changement dans sa situation et qu'il n'a accompli aucun acte de nature à autoriser la justice à modifier les conditions de son droit, il n'est pas obligé de fournir des garanties au nu-propriétaire³⁰⁹.

123. - L'appréciation de l'abus de jouissance apparaît bien objective lorsqu'elle consiste à vérifier l'insolvabilité du disposant, et subjective lorsqu'il s'agit d'observer les malversations que le disposant est susceptible d'accomplir non seulement sur le bien qu'il est en droit de consommer mais encore sur sa contre-valeur. En cas de dissipation résultant de fautes graves d'administration et du mépris absolu et complet pour les droits du nu-propriétaire³¹⁰, l'abus est manifeste. Néanmoins, le dol ou la faute du quasi-usufruitier n'est pas une condition nécessaire à la constatation d'un tel abus³¹¹. La restriction des droits de l'usufruitier n'est pas une pénalité : elle est une

³⁰⁵. V. P. SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, Paris, Dalloz, 1925, n° 67 et n° 68, p. 97-99. -- Cf. A. WAHL qui, considérant que l'article 618 du Code civil (la déchéance de l'usufruit pour abus de jouissance) déroge à la liberté des conventions, invite à interpréter de manière restrictive les événements qui peuvent donner lieu à cette mesure ; en particulier, une telle mesure ne devrait pas être prise lorsque le droit du nu-propriétaire, sans être encore méconnu par l'usufruitier, est simplement mis en péril (Note sous Civ., 7 déc. 1891, *S. Chronologique* 1891, I, 851).

³⁰⁶. Cour roy. Nancy, 17 février 1844, *S. 1844*, II, 162 et sur pourvoi : Req., 21 janvier 1845, *D.P. 1845*, I, 104 ; *S. 1845*, I, 129. -- Req., 26 mars 1889, *S. 1889*, I, 207 et s. ; *D.P. 1889*, I, 463 (1ère espèce).

³⁰⁷. Trib. civ. Lyon, 31 mars 1892, *D.P. 1894*, II, 133.

³⁰⁸. Req., 26 mars 1889, *D.P. 1889*, I, 463 (2è espèce).

³⁰⁹. Aix, 12 juin 1879, *S. Chronologique* 1879, II, 243. -- *Adde* : P. SAUTAI, thèse préc., n° 66, p. 96. -- Comp. Civ., 7 déc. 1891 (*D.P. 1892*, I, 68 ; *S. Chronologique* 1891, I, 851).

³¹⁰. Besançon, 12 déc. 1894, *Gaz. Pal.* 1895, I, 72.

³¹¹. V. Req., 26 mars 1889, *S. 1889*, I, 208 (l'usufruitier peut n'avoir pas eu l'intention de porter atteinte aux droits du nu-propriétaire). -- Cf. En matière d'usufruit de droit commun : l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour suprême, en date du 5 mars 1986, aux termes duquel les juges du fond ont le pouvoir d'apprécier s'il y a *faute* de l'usufruitier régulier et si la déchéance doit s'ensuivre (*D. 1987*, IR, 17).

mesure de sécurité destinée à garantir le nu-propriétaire contre l'insolvabilité de l'usufruitier³¹². En outre, il faut que cette mise en péril apparaisse postérieurement à l'entrée en jouissance du quasi-usufruitier ; le nu-propriétaire doit assumer les suites périlleuses d'une situation d'insolvabilité ou d'incapacité du quasi-usufruitier connue et acceptée³¹³.

Lorsque le disposant a été dispensé de fournir caution, l'appréciation de son abus de jouissance est plus délicate.

b) La condition discutée d'une dispense de caution

124. - La question peut être discutée de savoir si l'abus de jouissance exige également que le quasi-usufruitier soit dispensé de fournir caution et si, par conséquent, lorsqu'une caution a été fournie par l'usufruitier, l'hypothèse d'un abus de jouissance est exclue.

D'aucuns ont considéré que, la dispense de caution ayant été accordée à l'usufruitier précisément en vue du cas où le nu-propriétaire est intéressé à la demander, refuser d'appliquer cette dispense - même en cas d'insolvabilité de l'usufruitier ou de transformation de la chose objet de l'usufruit - serait l'annuler³¹⁴. Autrement dit, la dispense de caution exclurait la sanction de l'abus de jouissance. D'autres ont estimé que l'emploi de mesures conservatoires est autorisé dès lors qu'il y a insolvabilité de l'usufruitier et transformation de la chose objet de l'usufruit³¹⁵. D'autres, enfin, laissent aux tribunaux le pouvoir de révoquer la clause de dispense lorsque, plus généralement, les circonstances le justifient³¹⁶.

Cette dernière solution semble la plus satisfaisante.

³¹² P. SAUTAI, thèse préc., n° 66, p. 96.

³¹³ V. Civ., 7 déc. 1891 : dans cet arrêt, la Cour suprême reproche aux juges du fond de n'avoir pas relevé si les prétendus âge avancé, incapacité aux affaires et insolvabilité personnelle du débiteur n'existaient pas déjà au moment où l'usufruit des créances et autres capitaux a été constitué (*D.P.* 1892, I, 68 ; *S. Chronologique* 1891, I, 851). -- Req., 26 mars 1889, *S.* 1889, I, 206 ; *D.P.* 1889, I, 463. -- Civ., 27 juillet 1897, *D.P.* 1900, I, 581.

³¹⁴ Rapp. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. VI, *Biens*, Bruxelles-Paris, 1871, n° 516 et s., p. 639 et s. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 752, p. 611. -- Req., 28 oct. 1889, *D.P.* 1890, I, 67 ; *S.* 1890, I, 53. -- Comp. A. WAHL, note sous Civ., 7 déc. 1891, *S. Chronologique* 1891, I, 849-850.

V. Pau, 3 juillet 1876 (*S. Chronologique* 1876, II, 34) : l'arrêt semble ériger la dispense de caution accordée dans le titre comme un obstacle à la révocation de la dispense de caution, rien n'autorisant à penser que le constituant eût supprimé une dispense qu'il a accordée d'une manière absolue et sans aucune restriction. -- Besançon, 12 déc. 1894 : les juges ont ordonné à l'usufruitière de fournir une caution ou une garantie équivalente « tant parce qu'elle n'en a pas été dispensé par le titre constitutif qu'à raison de ses abus de jouissance » (*Gaz. Pal.* 1895, I, 75. Les mots en italique sont soulignés par nous). -- *Adde* P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 51, p. 11.

³¹⁵ C. DEMOLOBE, *Traité de la distinction des biens*, T. X, *De la distinction des biens - De la propriété - De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Paris, Durand-Hachette, 1854, n° 722 et s., p. 677 et s. -- C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. II, *Biens. Possession. Propriété. Servitudes*, par P. Esmein, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1961, n° 411, p. 650 et s.

³¹⁶ M. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, T. II, Dijon, 1839, n° 867 et s., p. 433 et s. -- M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, T. IV, *De la distinction des biens. De la propriété. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 2^e éd., Paris, Alex-Gobelet, 1828, n° 696 et s., p. 663 et s.

En premier lieu, la sanction de l'abus de jouissance est concevable dans l'hypothèse d'une dispense de caution. La dispense de caution n'entraîne pas pour l'usufruitier exonération de tout contrôle de la part du nu-propriétaire³¹⁷. On peut, en effet, penser que la dispense n'est accordée que dans la supposition que le disposant - débiteur de la restitution de l'équivalent - se conduira en bon père de famille et qu'elle ne peut lui profiter lorsqu'il manque à ses devoirs et trahit la confiance du nu-propriétaire³¹⁸. D'ailleurs, en cas d'abus de jouissance du quasi-usufruitier dispensé de caution ou d'emploi, les juges imposent à l'usufruitier des mesures conservatoires non pas dès l'origine, à la constitution de l'usufruit, mais lorsqu'il apparaît que ses agissements compromettent les droits des nu-propriétaires³¹⁹.

Pour autant, la sanction de l'abus de jouissance n'est pas un simple substitut de la caution.

En second lieu, la sanction de l'abus de jouissance remplit un autre office que celui de simple garantie. Il paraît souhaitable pour le nu-propriétaire de reprendre son bien en nature, par exemple un portefeuille de valeurs mobilières, lorsque l'équivalent monétaire du bien ne le satisfait pas. En d'autres termes, il est souhaitable de lui permettre de se protéger contre un comportement abusif de celui qui dispose de son bien, quand bien même il bénéficierait d'un recours contre la caution. Mieux vaut souvent faire cesser les agissements périlleux du disposant et préserver ce qui peut être sauvé du bien que substituer à ce bien une somme d'argent. C'est la raison pour laquelle la dispense de caution ne nous paraît pas devoir être érigée en condition de l'abus de jouissance de l'usufruitier ; il peut y avoir abus de jouissance y compris lorsqu'une caution est requise et fournie. La sanction de l'abus de jouissance est la sanction d'une confiance remise en cause.

B. - La sanction de l'abus de jouissance du disposant du bien d'autrui pour son propre compte

125. - Dans l'usufruit de droit commun, les juges du fond ont le choix de la sanction appliquée à l'usufruitier qui abuse de sa jouissance³²⁰. Le nu-propriétaire peut demander la cessation de l'usufruit (art. 618 C.Civ.)³²¹ ou la réparation du

³¹⁷. Poitiers, 9 mai 1887, *S. Chronologique* 1891, I, 849.

³¹⁸. En ce sens : Req., 21 janvier 1845, *D.P.* 1845, I, 104 ; *S.* 1845, I, 129. -- Note sous Besançon, 8 février 1875, *S. Chronologique*. 1877, II, 37. -- A moins que le nu-propriétaire n'ait eu connaissance de l'état d'insolvabilité ou de l'incapacité de l'usufruitier au jour de la constitution de l'usufruit et de la dispense de caution.

³¹⁹. V. Note 2 sous Trib. civ. Lyon, 31 mars 1892, *D.P.* 1894, II, 133. -- Trib. civ. du Loiret, 29 avril 1930, *D.P.* 1931, II, 146. -- Rapp. A. WAHL, note sous Civ., 7 déc. 1891, *S. Chronologique* 1891, I, 848 et s.

³²⁰. En ce sens : Civ. 3è, 5 mars 1986, *D.* 1987, IR, 17. -- Cette attitude serait conforme au texte de l'article 618 du Code civil qui énonce que « l'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance... » (A. ROBERT, obs. sur Civ. 3è, 5 mars 1986, *D.* 1987, IR, 17). Cependant, la possibilité évoquée peut aussi renvoyer aux autres modes d'extinction de l'usufruit qui figurent à l'article 617 du même code.

³²¹. Sur la déchéance pour abus de jouissance de l'usufruitier : F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1682, p. 406. -- C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 113-a, p. 141 ;

dommage causé à la chose ³²². Cette option doit être étendue à l'hypothèse du quasi-usufruit.

126. - Lorsque le disposant porte atteinte à la personne, aux biens ou aux droits du nu-propriétaire, la déchéance de son droit ou des mesures conservatoires peuvent lui être imposées.

La déchéance de l'usufruitier au cas d'abus de sa part peut être prononcée aussi bien lorsque l'usufruit porte sur des choses fongibles que lorsqu'il porte sur des immeubles ³²³. Et il n'est aucune raison de ne pas appliquer la même solution en cas d'usufruit sur des choses consommables. Or, si le juge peut prononcer l'extinction du quasi-usufruit, à plus forte raison peut-il limiter la jouissance du quasi-usufruitier ³²⁴, en le déclarant déchu de la dispense de fournir caution, en l'obligeant à fournir des garanties et à administrer le bien suivant certaines précautions et suivant certaines mesures de surveillance ³²⁵, en lui ordonnant de faire emploi des fonds perçus ³²⁶ etc.

Conclusion de la section I

127. - L'étendue du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'a donc pas l'ampleur du droit de propriété. Les restrictions posées à sa mise en œuvre semblent exprimer la survivance du droit de propriété d'autrui et conduisent à l'idée d'un partage de pouvoirs sur le bien consommé. L'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est conditionnel, souvent impératif et parfois abusif parce que celui dont le disposant reçoit le bien ne lui transmet pas sa qualité de propriétaire.

Cependant, ces signes peuvent n'être pas encore jugés suffisamment révélateurs de l'absence d'acquisition du bien d'autrui par le disposant. L'exercice du droit de disposer de la chose ou de la créance d'autrui produit, en effet, une conséquence radicale : il fait disparaître la chose ou la créance du patrimoine du propriétaire ou du créancier.

n° 127-5, p. 159. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 776 et s., p. 634 et s. -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 94, p. 180.

³²². Cette action est ouverte du jour où le fait a été commis et le préjudice éprouvé : v. Civ. 1ère, 10 juillet 1963, *D.* 1963, J., 644.

³²³. Req., 21 janvier 1845, *D.P.* 1845, I, 104 ; S. 1845, I, 129.

³²⁴. En ce sens : TROPLONG, rapport sur Req., 21 janvier 1845, S. 1845, I, 131.

³²⁵. Req., 21 janvier 1845, *D.P.* 1845, I, 104 ; S. 1845, I, 129 et le rapport de TROPLONG sur cette décision (S. 1845, I, 131). -- Pau, 3 juillet 1876, *S. Chronologique* 1876, II, 34. -- *Adde* : P. Sautai, thèse préc., n° 66, p. 95.

³²⁶. V. Req., 26 mars 1889, S. 1889, I, 208 ; *D.P.* 1889, I, 463 (2è espèce). -- Trib. civ. Lyon, 31 mars 1892, *D.P.* 1894, II, 133.

SECTION II.

**Les implications de l'exercice
du droit de disposer du bien d'autrui**

128. - Lorsque le disposant consomme *effectivement* le bien reçu d'autrui, il le faire sortir du patrimoine qui le renferme. Il est alors tentant d'affirmer que l'acte de disposition du bien d'autrui pour son propre compte est le signe ou la cause de l'acquisition de la propriété du bien d'autrui par le disposant. Pourtant, l'affirmation perd de sa vigueur lorsqu'on observe parallèlement que la nature du bien, le pouvoir d'autrui et la manière dont le disposant doit exercer son droit démentent la thèse du disposant-proprétaire. Ce triple examen fait apparaître l'infériorité du statut du disposant par rapport à celui d'un propriétaire et la persistance du droit du propriétaire initial sur le bien³²⁷. Pour tenter de concilier des conclusions contradictoires on peut certes avancer que le disposant, à défaut d'acquérir le bien d'autrui *ab initio*, l'acquiert au moment même où il exerce son droit, soit au moment même où il soustrait le bien à la maîtrise du propriétaire initial. Mais, le schéma n'est guère convaincant. Lorsque la chose d'autrui est aliénée par le disposant, celui auquel il la remet l'acquiert immédiatement ; et lorsque la créance est recouvrée par le disposant, elle s'éteint d'emblée par exécution. Dans ces conditions, on perçoit mal à quel instant le disposant se trouverait être propriétaire de la chose ou de la créance consommée.

En fait, l'examen de l'acte de disposition du bien d'autrui pour son propre compte vient renforcer les objections faites à la thèse de la propriété du disposant. Pour une double raison, cet acte n'implique pas l'acquisition de la propriété du bien d'autrui.

L'étude de la consomptibilité des biens, notamment, a déjà permis de mettre en lumière la coïncidence entre la jouissance ou l'usage d'un bien, d'une part, et la disposition du même bien, d'autre part. Ainsi, l'usufruitier qui est admis par la loi à jouir du bien d'autrui comme le propriétaire lui-même (art. 578 C.Civ.), est apparu comme le simple utilisateur du bien d'autrui lorsqu'il en dispose. C'est cette observation que vient confirmer et consolider l'examen de l'acte de disposition accompli sur le bien d'autrui et pour leur propre compte par le quasi-usufruitier, le dépositaire irrégulier et le créancier gagiste ou hypothécaire. Chacun de ces disposants utilise le bien d'autrui pour satisfaire ses intérêts personnels. Plus

³²⁷. V. *supra*.

précisément, la disposition du bien d'autrui est un moyen, pour eux, d'accroître leur actif patrimonial à titre définitif ou même simplement provisoire. Lorsqu'ils consomment la chose ou la créance d'autrui, ils participent en qualité d'*accipiens* à un paiement triangulaire (I) dont la réalisation répond aux conditions de validité du paiement en général (II).

Ainsi, la disposition d'un bien pour son propre compte n'est pas indissociable de l'acquisition du même bien.

§ 1. - *La réalisation d'un paiement triangulaire*

129. - Le disposant du bien d'autrui pour son propre compte donne l'impression d'être ou de devenir propriétaire du bien parce qu'il le consomme *pour son propre compte*. Pourtant, le fait d'*agir pour son propre compte* ne fait pas référence à la qualité ni aux moyens requis pour accomplir l'activité juridique. La formule renvoie plutôt à l'*effet* de l'acte juridique accompli par un sujet, soit à la fin poursuivie par ce sujet lorsqu'il agit. Agir pour son propre compte est une chose, agir sur son propre bien en est une autre. Ainsi, celui qui agit pour son propre compte agit à son profit, pour son compte personnel, fût-ce avec le bien d'autrui.

En l'occurrence, dire du quasi-usufruitier, du dépositaire irrégulier et du créancier gagiste ou hypothécaire qu'ils disposent du bien d'autrui pour leur propre compte, c'est signifier qu'ils accomplissent un acte de disposition sur le bien d'autrui afin d'en tirer un profit personnel. Ce qui ne préjuge pas de leur droit de propriété sur ledit bien. Car on peut être *accipiens* sans être propriétaire. C'est ce qui se produit en l'occurrence. Le disposant consomme la chose ou la créance d'autrui sans que ce bien ne transite par son patrimoine. Lorsqu'il aliène la *chose* d'autrui, il s'en sert pour opérer un paiement dont il est lui-même redevable. Et en évitant une dépense, il devient *accipiens* intellectuel (A). Lorsqu'il recouvre la *créance* d'autrui et provoque son extinction par exécution, il s'approprie sa contre-valeur. Et en encaissant cette contrepartie monétaire pour son propre compte, il devient un *accipiens* matériel (B). Dans tous les cas, le disposant profite du bien d'autrui en épuisant sa substance et sa valeur, sans jamais avoir acquis la propriété du bien.

A. - *Le paiement de sa propre dette avec la chose d'autrui*

130. - Plusieurs articles du Code civil admettent que l'on puisse accomplir, avec ses propres biens, la prestation dont un autre est débiteur. Ce faisant, il apparaît que dans un paiement, le patrimoine appauvri peut n'être pas le patrimoine débiteur (1°). Or, en révélant l'absence de coïncidence entre le lien d'exécution et le lien

d'obligation, le paiement de la dette d'autrui avec ses propres biens invite à accueillir l'hypothèse du paiement de sa propre dette avec la chose d'autrui (2°).

1°. - Le modèle du paiement de la dette d'autrui avec ses propres biens

131. - Les hypothèses de paiement de la dette d'autrui avec ses propres biens sont nombreuses³²⁸ puisque l'article 1236 du Code civil indique qu'une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée (al.1^{er}) (a) voire par un tiers qui n'y est point intéressé (al.2) (b).

a) Le solvens intéressé à l'obligation d'autrui

132. - Le coobligé et la caution sont des *solvens* tenus à la dette *avec* ou *pour* le débiteur ; ils sont donc intéressés à l'obligation d'autrui (1236 al.1^{er} C.Civ.). La solidarité³²⁹ et l'indivisibilité³³⁰ neutralisent la division de la dette par tête. L'un quelconque des codébiteurs - voire leurs héritiers si la dette est indivisible³³¹ - peut être contraint par le créancier de régler la totalité de la dette, y compris pour la part des autres débiteurs dont lui-même n'est nullement redevable à titre définitif³³². La caution peut pareillement être amenée à régler une dette née d'un contrat auquel elle n'est pas partie puisqu'elle s'engage auprès d'un créancier à le désintéresser en cas de défaillance du débiteur principal³³³. Dans toutes ces hypothèses, le patrimoine appauvri diffère du patrimoine débiteur et le paiement n'en est pas moins valable. La distinction du lien d'obligation et du lien d'exécution est même accentuée lorsque la caution est réelle³³⁴ puisqu'alors le *solvens* n'est pas tenu personnellement mais réellement³³⁵.

³²⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 953, p. 775 ; n° 968, p. 788 ; n° 971 et s., p. 790 et s. -- L'hypothèse de l'enrichissement sans cause est exclue de cette étude parce que le déplacement de richesse d'un patrimoine vers un autre patrimoine s'opère alors, par hypothèse, sans cause légitime.

³²⁹ V. art. 1218 C.Civ. -- F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1165, p. 933-935.

³³⁰ V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1168, p. 938.

³³¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1172, p. 940. -- V. égal. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés - La publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 11, p. 14 et n° 253, p. 234.

³³² F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1156, p. 925 ; n° 1168, p. 937. -- V. égal. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 11, p. 14 ; n° 250, p. 231 ; n° 253, p. 234. -- Il se peut même qu'un tiers qui n'est pas même tenu pour partie et à titre définitif à la dette s'oblige solidairement avec le ou les débiteurs (art. 1126 C.Civ.) (P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 11, p. 14).

³³³ Art. 2011 C.civ. : v. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 22, p. 29 ; n° 27, p. 35-36.

³³⁴ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 17, p. 21 ; n° 265, p. 248.

³³⁵ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 17, p. 21. -- Civ. 1^{ère}, 13 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1066, note D.R. MARTIN.

133. - Et le renvoi de l'article 1236 alinéa 1^{er} au coobligé et à la caution n'est pas exhaustif. Le texte énonce qu'une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée « *telle qu'un coobligé ou une caution* ». La coobligation et le cautionnement ne sont donc que des exemples parmi d'autres. Et on s'aperçoit, en effet, que diverses techniques juridiques permettent de véhiculer des opérations triangulaires d'exécution de la dette d'autrui.

Ainsi, un tiers peut s'obliger envers le débiteur primitif à régler sa dette, sans que ce débiteur ne puisse opposer cet engagement au créancier pour refuser de payer³³⁶. Un débiteur peut informer son créancier de ce que sa dette sera payée par un tiers *solvens* qu'il indique, sans qu'aucune obligation ne soit créée sur la tête de celui-ci (art. 1277 al. 1^{er} C.Civ)³³⁷. La délégation³³⁸ lorsqu'elle est imparfaite³³⁹ et la reprise cumulative de dette où le créancier intervient pour accepter le nouveau débiteur mais sans libérer le débiteur primitif³⁴⁰ produisent également l'effet d'une sûreté personnelle même si ce n'est pas toujours là leur finalité principale. La subrogation ou la substitution d'une personne à une autre au sein d'un rapport juridique (art. 1249) - en l'occurrence la substitution de celui qui a payé (subrogé) au créancier désintéressé (subrogeant)³⁴¹ - opère aussi un paiement triangulaire. Parce que, si la subrogation peut être analysée comme un mode de transmission des créances³⁴², le *solvens* est bien un tiers à l'obligation qu'il exécute. La subrogation est *un effet*, voulu par les parties ou par la loi, *d'un paiement*³⁴³. Autrement dit, la subrogation ne transfère pas la créance avant son paiement ; s'il y a un transfert de la créance sur la tête du subrogé, c'est *suite* au paiement qu'il a accompli. D'ailleurs, un tiers qui n'est tenu à aucun titre à la dette d'autrui et qui l'acquitte néanmoins, exécute cette obligation *dans le but* d'acquérir la qualité de subrogé et de bénéficier de la créance et de l'action subrogatoire qui s'y attache. A cette série d'hypothèses de paiement de la dette d'autrui, doit être ajoutée la technique de la stipulation pour autrui. D'aucuns diront qu'elle n'a même jamais pour but ou pour effet d'éteindre des obligations

³³⁶. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1209, p. 969.

³³⁷. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1209, p. 969. -- V. sur la distinction entre l'indication de paiement et la délégation de créance (la première ne donne aucun droit au créancier contre le tiers indiqué) : v. par exemple : Com., 16 avril 1996, *D.* 1996, IR, 132 ; Som., 333, obs. L. AYNÈS.

³³⁸. Par laquelle le tiers (délégué) s'oblige sur instruction du débiteur (délégant) à payer le créancier (délégataire) : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1339, p. 1066.

³³⁹. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1341, p. 1069. -- V. égal. n° 1342 et s., p. 1070 et s. ; n° 1347, p. 1073-1074. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 254, p. 235.

Dans la délégation parfaite, le créancier accepte l'extinction de l'obligation préexistante (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1326, p. 1054-1055). -- Cette technique qui substitue l'obligation nouvelle à l'obligation primitive est la novation (*Les obligations*, 1996, n° 1320, p. 1050) et plus précisément de la novation par changement de débiteur (art. 1271-2°).

³⁴⁰. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1209, p. 970.

³⁴¹. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1264, p. 1012-1013.

³⁴². F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1265, p. 1013 ; n° 1270, p. 1017 ; n° 1288, p. 1026-1027. -- *Adde* : obs. J. MESTRE sur Com., 6 et 12 juillet 1993, *Rev. trim. civ.* 1994, 358.

³⁴³. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1291, p. 1029.

préexistantes³⁴⁴. Pourtant elle peut être indirectement une technique de paiement de la dette d'autrui, par exemple lorsque lors d'une vente le vendeur (stipulant) obtient de l'acquéreur (promettant) l'engagement de verser le prix de vente à l'un de ses créanciers³⁴⁵. Ce droit naît directement sur la tête du créancier sans jamais avoir transité par le patrimoine du vendeur stipulant³⁴⁶ qui reste débiteur³⁴⁷.

Toutes ces techniques contribuent à la distinction du patrimoine appauvri et du patrimoine débiteur, même si ce n'est pas là leur finalité première. Un bien quitte le patrimoine d'un propriétaire pour éteindre une dette dont un autre est personnellement et définitivement débiteur. En d'autres termes, le lien juridique ou lien d'obligation initial disparaît du fait d'un lien matériel d'exécution qui ne lui est pas exactement superposé. Les qualités de débiteur et de *solvens* ne sont pas réunies sur la même tête. L'appauvri peut même n'être pas intéressé au paiement de la dette d'autrui.

b) Le *solvens* non intéressé à l'obligation d'autrui

134. - L'acquéreur d'un bien grevé d'un gage ou d'une hypothèque peut être contraint d'exécuter l'obligation d'autrui sans s'y être personnellement engagé. Puisque le créancier muni du gage, d'une hypothèque ou même d'un privilège spécial peut suivre le bien grevé en quelques mains qu'il se trouve. Aussi, de deux choses l'une. Ou bien le créancier saisit le bien et exerce son droit de préférence sur le prix de la vente forcée³⁴⁸. Ou bien, pour échapper à cette éviction, le nouveau propriétaire verse le prix d'achat du bien aux créanciers du vendeur³⁴⁹. Mais dans les deux cas, le nouveau propriétaire du bien paye la dette d'autrui sans s'y être personnellement engagé.

Plus généralement, l'article 1236 du Code civil prévoit que le *solvens* non intéressé à l'obligation d'autrui peut être motivé par une intention altruiste ou être animé d'une intention libérale à l'égard du débiteur. Le gérant d'affaires agit ainsi au

³⁴⁴. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1340, p. 1067. -- Et sur la notion de stipulation pour autrui : *ibid.*, n° 486, p. 406.

³⁴⁵. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 490, p. 409 ; n° 493, p. 411. -- Sur l'assureur (promettant) qui paie à la banque (bénéficiaire de la stipulation pour autrui) la dette du stipulant (l'emprunteur) : v. Obs. sur Civ. 1ère, 14 nov. 1995, *D.* 1996, J., 436, note M. BILLIAU.

³⁴⁶. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 501, p. 416.

³⁴⁷. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1209, p. 970.

³⁴⁸. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 421, p. 360. -- L'antériorité de la publication de son privilège ou son hypothèque par le créancier nanti sur la publication de son propre titre par l'acquéreur est l'une des conditions d'exercice du droit de suite. Le créancier doit en outre être titulaire d'une créance exigible et justifier d'un titre exécutoire (*Ibid.*, n° 422, p. 361). Il peut aussi opposer au créancier qui le poursuit l'extinction de la dette ou de l'hypothèque, l'exception de garantie dans l'hypothèse où le créancier est en une autre qualité garant de l'éviction éventuelle (par exemple en tant qu'héritier du vendeur) ou le bénéfice de discussion à un créancier muni d'une hypothèque générale (bien qu'il ne soit pas un débiteur accessoire) (*Ibid.*, n° 423, p. 362).

³⁴⁹. Il pourrait encore délaisser l'immeuble ou le purger de ses inscriptions (P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 421, p. 360 ; n° 425 et s., p. 364 et s.).

nom et en l'acquit du débiteur ³⁵⁰. Il paye ou exécute spontanément et délibérément une obligation pour le compte et pour l'utilité du débiteur (le géré ou maître de l'affaire) sans avoir reçu mandat de celui-ci ³⁵¹. Si sa gestion du bien d'autrui n'est pas purement gratuite - elle peut n'être pas totalement désintéressée puisqu'il peut être subrogé dans les droits du créancier ³⁵² - il paye bien pour le compte d'autrui sans être personnellement débiteur. Le *solvens* non intéressé à l'obligation d'autrui et animé d'une intention libérale, agit même en son nom propre et sans subrogation aux droits du créancier ³⁵³.

Si un propriétaire peut disposer de l'un de ses biens pour éteindre la dette d'autrui, cela signifie que le patrimoine appauvri peut n'être pas le patrimoine débiteur et, plus généralement, que la superposition exacte du lien d'obligation et du lien d'exécution n'est pas une nécessité. Ce qui permet d'accueillir l'idée que l'on peut payer une dette personnelle avec le bien d'autrui.

2°. - La situation du disposant du bien d'autrui pour son propre compte

135. - Le paiement de la dette d'autrui avec son propre bien démontre que le lien d'obligation et le lien d'exécution ne sont pas nécessairement superposés et surtout que le patrimoine appauvri peut n'être pas le patrimoine débiteur. Certes, la conclusion peut sembler un peu rapide dans la mesure où, dans plusieurs hypothèses de paiement de la dette d'autrui avec ses propres biens, il y a pluralité de liens d'obligation. Souvent, le tiers *solvens* a la qualité propre de débiteur, à l'instar du débiteur primitif. Un rapport de droit l'engage envers le créancier en vertu duquel il doit le désintéresser. De surcroît, cet engagement peut paraître totalement indépendant de l'obligation du débiteur primitif : il demeure parfois le seul lien d'obligation, l'obligation primitive ayant disparu ; et il est souvent soumis à des règles qui lui sont propres.

135-1. - Ainsi, au plan passif, le tiers *solvens* ne pourrait se prévaloir des exceptions que le débiteur primitif aurait pu lui-même opposer au créancier ³⁵⁴ à

³⁵⁰. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1220, p. 980-981.

³⁵¹. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 952, p. 775 ; n° 957, p. 779 ; n° 960-961, p. 780-781.

³⁵². L'action subrogatoire est ouverte au gérant et si sa gestion est utile, il sera indemnisé (V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 954, p. 776-777 ; n° 957, p. 779 ; n° 1264, p. 1012).

³⁵³. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1220, p. 980.

³⁵⁴. La novation interdit au débiteur substitué d'invoquer à l'encontre du créancier qui le poursuit, les exceptions qui tiennent à l'obligation primitive (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1136 et s., p. 1036 et s.). Parce que la stipulation pour autrui se greffe sur le contrat qui le lie initialement au stipulant, le promettant peut se prévaloir à l'encontre du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, des exceptions nées de son rapport avec le stipulant qui se rapportent à la dette dont le stipulant était redevable envers le bénéficiaire : soit les causes de nullité ou de résolution que le bénéficiaire aurait pu faire valoir contre le stipulant (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 501, p. 416 ; n° 1340, p. 1067-1068). Jusqu'à l'arrêt du 17 mars 1992 de la première chambre civile de la cour de cassation, aucun délégué ne pouvait opposer au délégataire les exceptions tirées du rapport

l'exception de la caution³⁵⁵ et du débiteur solidaire ou indivisible. Or cette inopposabilité peut être perçue comme attestant la démarcation du lien d'obligation nouveau par rapport à la dette primitive. De sorte que finalement le *solvens* paye avec son propre bien sa propre dette. Dans le même ordre d'idée, sauf s'il est caution³⁵⁶, le tiers délégué poursuivi par le créancier ne peut invoquer le bénéfice de discussion pour refuser de s'exécuter immédiatement, parce que son obligation n'est pas accessoire à celle du débiteur primitif³⁵⁷. L'indépendance de la dette du *solvens* est de nouveau soulignée. L'absence de caractère accessoire du nouveau lien d'obligation, signe de son indépendance par rapport à la dette primitive, est encore plus marqué pour le coobligé solidaire ou indivisible, puisqu'il est réputé redevable du tout dans ses rapports avec le créancier, et pour le débiteur substitué dans une novation puisque cette technique juridique implique la substitution d'une obligation nouvelle à l'obligation initiale qu'elle éteint.

L'autonomie du lien de droit tissé entre le tiers et le créancier se fait même jour du côté du sujet actif.

135-2. - Le créancier délégataire, partie à une novation par changement de débiteur ou tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, ne peut pas profiter, dans sa relation avec le nouveau débiteur, des accessoires ou des sûretés dont il bénéficiait éventuellement dans ses rapports avec le débiteur primitif³⁵⁸. En quoi l'obligation nouvelle ne serait pas constituée à partir de l'obligation préexistante. De même, le créancier à la délégation imparfaite ne peut intenter l'action en résolution du contrat qu'il a conclu avec le délégant qu'à l'encontre de ce dernier puisque le

entre le délégant et le délégataire - ni d'ailleurs celles issues de son rapport avec le délégant (Sur ce point, v. : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1209, p. 970 ; n° 1349, p. 1075-1076 ; n° 1357, p. 1080. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 256, p. 237). Mais dans cet arrêt du 17 mars 1992, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis que « sauf convention contraire, le délégué est seulement obligé au paiement de la dette du délégant envers le délégataire, et il se trouve déchargé de son obligation lorsque la créance de ce dernier est éteinte par la prescription ». Autrement dit, le débiteur délégué peut opposer au créancier délégataire l'exception de prescription qui frappe la dette du délégant envers le délégataire, dès lors du moins que le délégué s'était engagé à payer la dette même du délégant envers le délégataire (*D.* 1992, J., 481, note L. AYNÈS ; *J.C.P. Ed. G.* 1992, II, 21922, note M. BILLIAU ; *Rev. trim. civ.* 1992, 765, obs. J. MESTRE). La solution ne s'applique donc pas à la délégation parfaite qui fait d'ailleurs disparaître l'obligation originaire. Et elle est étroite puisque, dans le même temps, la chambre commerciale limitait la portée de cet arrêt en refusant au débiteur délégué le droit d'opposer au créancier délégataire, l'exception de compensation qui touche la dette du délégant envers le délégataire (*Com.*, 25 février 1992, *J.C.P. Ed. G.* 1992, II, 21922, note M. BILLIAU).

³⁵⁵. La caution peut refuser d'exécuter l'obligation en arguant des exceptions qui appartiennent au débiteur principal, celles qui sont inhérentes à la dette ou celles qui sont personnelles au débiteur (P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 28, p. 36-37 et note 1 sous ce numéro ; n° 165, p. 152-153). Tandis que le coobligé peut opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette et celles qui lui sont purement personnelles (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1156, p. 926 ; n° 1157, p. 927 ; n° 1072, p. 940-941).

³⁵⁶. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 28, p. 36-37 ; n° 127 et s., p. 121-123 ; n° 131 et s., p. 123-126.

³⁵⁷. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 256, p. 237.

³⁵⁸. Pour le promettant : v. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1209, p. 970. -- La délégation novatoire éteint aussi les garanties et sûretés attachées à la dette ancienne - *idem* ; n° 1336 et s., p. 1063 et s. - à moins que les parties ne décident de leur maintien : *ibid.*, n° 1338, p. 1064-1065.

débiteur délégué, lui, y est étranger³⁵⁹. L'obligation nouvelle n'est donc pas calquée sur la dette primitive. Enfin, l'autonomie de l'engagement que le nouveau débiteur prend à l'égard du créancier apparaît d'autant plus incontestable que l'obligation ancienne a disparu par délégation novatoire, le créancier délégataire acceptant alors de libérer le délégant et de n'avoir pour seul débiteur que le délégué³⁶⁰.

136. - Malgré tout, ces observations ne suffisent pas à démentir la distinction du patrimoine appauvri et du patrimoine débiteur.

L'exécution du débiteur coobligé, caution, délégué, substitué etc. entre les mains du créancier correspond bien à l'extinction du droit personnel de ce créancier sur le débiteur primitif. Car *la pluralité des liens d'obligation n'exclut pas l'unicité de créance*. La solidarité, l'indivisibilité et le cautionnement en témoignent³⁶¹ et le même schéma est perceptible dans les autres techniques de paiement triangulaire. Si, dans toutes ces hypothèses, plusieurs liens d'obligation coexistent à l'endroit d'un même créancier, ils sont *alternatifs* et non cumulatifs. Le créancier ne peut pas obtenir l'exécution complète de la prestation de la part de deux débiteurs. Il n'a qu'une créance dont il n'obtiendra qu'une exécution. De sorte que, finalement, lorsque le nouveau débiteur le paye, il fournit au créancier ce qu'il attendait de l'exécution de sa créance initiale. Et si, en accomplissant ce paiement, il éteint en même temps une dette dont il pouvait être préalablement redevable à l'égard du débiteur primitif³⁶², le nouveau débiteur *solvens* n'en éteint pas moins aussi la dette du débiteur primitif envers le créancier. Il dispose ainsi de ses propres biens pour payer la dette d'autrui. Dans ces conditions il est possible d'admettre qu'une dette soit exécutée par le débiteur lui-même mais avec le bien d'autrui.

137. - En l'occurrence, le patrimoine appauvri se distingue du patrimoine débiteur parce que le disposant exécute, avec la chose d'autrui, une obligation dont il est personnellement redevable. Lorsque le quasi-usufruitier conclut avec un tiers un contrat de vente de titres d'un portefeuille, d'animaux d'un troupeau, de marchandises d'un fonds de commerce etc., il en transfère la propriété à son cocontractant-acquéreur sans que ces biens n'aient préalablement transité par son propre patrimoine. Il éteint, avec les biens d'autrui, une obligation de donner née sur sa tête et issue du contrat de vente de titres, d'animaux ou de marchandises conclu avec le tiers. Et, dans le même temps, il encaisse la créance de prix pour son propre compte. Le dépositaire qui reçoit les fonds d'autrui avec l'autorisation d'en faire usage pour son propre compte, utilise également ces fonds pour éteindre ses propres

³⁵⁹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1349, p. 1076.

³⁶⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1341, p. 1069-1070. -- V. égal. n° 1326, p. 1054 ; n° 1351 et s., 1077 et s. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 254, p. 235.

³⁶¹ V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1156, p. 925. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés*, 1995, n° 27, p. 35-36 ; n° 256, p. 237.

³⁶² Ce qui n'est pas systématique. Le débiteur délégué, par exemple, peut n'être pas débiteur envers le débiteur délégant ; il peut effectuer une libéralité : v. Com., 21 juin 1994, *D.* 1995, Som., 91, obs. L. AYNÈS ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3803, n° 10 et s., p. 509, obs. M. BILLIAU ; *Rev. trim. civ.* 1995, 113, obs. J. MESTRE.

obligations monétaires à l'égard de tiers. On peut alors dire du disposant du bien d'autrui pour son propre compte qu'il est *accipiens* intellectuel. Il ne profite pas directement du bien en ce sens qu'il n'en reçoit pas la propriété et ne peut user de ses utilités matérielles. Mais il en profite personnellement puisque sa disposition lui évite d'avoir à faire sortir un actif de son propre patrimoine pour exécuter sa dette. Il fait une économie, même si cette économie est provisoire puisque le quasi-usufructier et le dépositaire de la chose d'autrui sont l'un et l'autre débiteur de restitution de l'équivalent ou de la valeur du bien consommé.

Dans d'autres hypothèses, le disposant use de la créance d'autrui en encaissant sa contre-valeur pour son propre compte.

B. - L'encaissement pour son propre compte de la créance d'autrui

138. - Certains mécanismes juridiques aboutissent à dissocier le patrimoine créancier et le patrimoine enrichi. L'*accipiens* encaisse alors la créance d'autrui.

C'est le cas du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui et, moins systématiquement, du créancier délégataire³⁶³. Le premier est, en effet, amené à encaisser la créance du stipulant. La stipulation pour autrui fait naître à son profit un droit personnel et direct contre le promettant³⁶⁴ et le contenu de ce droit n'est autre que tout ou partie de la prestation due par le promettant au stipulant en vertu du contrat de base qui les lie. Sous cet angle, la stipulation pour autrui réalise un paiement triangulaire par lequel l'*accipiens* encaisse une créance dont il n'est pas titulaire. Il se peut également que le créancier délégataire recouvre pour son compte la créance d'autrui. Lorsque les parties conviennent que le délégué désintéressera le créancier délégataire à concurrence du montant de sa dette envers le délégant, le créancier délégataire voit sa créance personnelle sur le délégant exécutée, il bénéficie de l'exécution de la créance du délégant sur le délégué si le délégué était débiteur du délégant.

139. - De nouveau, la distinction du lien d'obligation et du lien d'exécution se fait jour. Mais cette fois, c'est le patrimoine enrichi qui se différencie du patrimoine créancier. La contre-valeur de la créance est encaissée par un autre que le créancier. De cette manière, un *accipiens* encaisse la créance d'autrui pour son propre compte.

³⁶³. La solidarité active permet également à un individu de recouvrer la créance d'autrui. Chaque cocréancier solidaires a, en effet, le droit de réclamer au débiteur commun le paiement et l'encaissement de l'intégralité de la créance (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1148, p. 920 ; n° 1168, p. 937-938. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 11, p. 14 ; n° 253, p. 234). Alors qu'à titre définitif, cette créance est répartie entre les cocréanciers. Cependant, dans la mesure où il est censé représenter ses pairs, le créancier *accipiens* recouvre aussi cette créance au nom et pour le compte de ses cocréanciers.

³⁶⁴. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 493, p. 411 ; n° 501, p. 416.

Le quasi-usufrUITIER de créances se trouve dans cette situation puisqu'il recouvre lui-même, et pour son propre compte, la créance du nu-propriétaire. De même, le créancier hypothécaire³⁶⁵ et le créancier muni d'un gage sur un bien meuble corporel³⁶⁶ encaissent la créance d'autrui. En effet, dans ces deux dernières hypothèses, la saisie exécutoire ne donne pas lieu à l'attribution directe du bien au créancier. Le bien est vendu et le droit de préférence du ou des créanciers s'exerce sur la contre-valeur du bien engagé, c'est-à-dire sur la somme représentative du prix de vente. C'est la somme correspondant à cette créance de prix que le créancier saisissant perçoit. Seul le créancier muni d'un nantissement de créance bénéficie d'une saisie-attribution et se voit attribuer la créance elle-même (à concurrence de la somme due par le débiteur). De sorte qu'il s'agit là d'un véritable transfert de propriété de la créance saisie³⁶⁷. Mais, hormis cette exception, le quasi-usufrUITIER de créances de somme d'argent et le créancier muni d'un gage ou d'une hypothèque se présentent comme des *accipiens* matériels. Ils profitent directement du bien d'autrui dans ce sens où ils s'approprient sa contre-valeur et réalisent ainsi un gain, serait-ce provisoire puisque le quasi-usufrUITIER de créance est débiteur de restitution de la valeur de la créance recouvrée. Le créancier gagiste ou hypothécaire en profite à titre définitif puisque la vente forcée du bien a pour but de le désintéresser de sa créance sur le débiteur grevé.

Conclusion du § 1

140. - Sur le schéma d'un paiement triangulaire, la disposition du bien d'autrui pour son propre compte n'implique donc qu'un seul et même transfert de propriété et ce transfert de propriété n'est pas celui qu'on croit être *a priori*. La chose aliénée ne transite pas par le patrimoine du disposant ; elle passe directement du patrimoine appauvri dans le patrimoine du cocontractant du disposant. Tandis que la créance encaissée, sans advenir dans le patrimoine du disposant, s'éteint par le paiement de sa contre-valeur entre les mains de ce disposant.

§ 2. - La validité du paiement triangulaire

141. - Si, matériellement, la disposition du bien d'autrui est admissible dès lors qu'elle apparaît comme un paiement triangulaire qui tourne au profit du disposant-

³⁶⁵. M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 4^e éd., Paris, LITEC, 1996, n° 1217 et s., p. 377 et s. -- J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 408 et s., p. 287 et s.

³⁶⁶. M. DONNIER, *Op. cit.*, n° 699 et s., p. 223 et s. -- J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Op. cit.*, n° 257, p. 181 et s.

³⁶⁷. V. M. DONNIER, *Op. cit.*, n° 766, p. 244 ; n° 772, p. 245 ; n° 845 et s., p. 266 et s. -- J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Op. cit.*, n° 145 et s., p. 108 et s.

accipiens, il faut encore que juridiquement ce paiement soit valable. Car, par hypothèse, le disposant n'est pas le seul protagoniste en cause. Aux deux extrémités de la chaîne figurent le titulaire de la créance exécutée (le cocontractant du disposant ou le titulaire de la créance encaissée) et le propriétaire du bien consommé (le propriétaire de la chose aliénée ou le titulaire de la créance encaissée), les deux qualités étant réunies sur la même tête lorsqu'il y a disposition de la créance d'autrui. C'est pourquoi la validité de ce paiement triangulaire dont le disposant est *accipiens* suppose tout à la fois la *satisfaction* du créancier au paiement (A) et le *consentement* de celui dont le patrimoine est appauvri (B).

A. - La satisfaction du titulaire de la créance exécutée

142. - Lorsque le disposant aliène le bien d'autrui, il éteint la créance d'un tiers sur sa propre personne ; et lorsqu'il encaisse la créance d'autrui, il participe à l'extinction du droit personnel du titulaire de la créance envers le débiteur. Du moins cet effet extinctif se produit-il lorsque le créancier (le cocontractant du disposant ou le titulaire de la créance encaissée) est satisfait de cette exécution.

En effet, pour éteindre une créance, le paiement proposé par le débiteur doit satisfaire le créancier. Cette satisfaction est la condition nécessaire et suffisante de l'extinction de la créance.

La *satisfaction* du créancier est la condition suffisante de l'extinction de sa créance envers le débiteur parce que *la volonté* du créancier n'est pas requise pour l'extinction de l'obligation³⁶⁸. Le paiement n'est pas une convention³⁶⁹. La rencontre de volonté des parties a eu lieu en amont, pour faire naître l'obligation ; mais l'exécution est le fait du débiteur qui doit fournir au créancier l'objet de la prestation prévue dans le contrat générateur de l'obligation. Pour autant, si le paiement n'est pas une convention, il ne se résume pas non plus à la prestation concrète qui le réalise. On peut, certes, en douter si l'on considère que la procédure des offres réelles permet d'éteindre la créance contre le gré du créancier et que le débiteur propose une prestation correspondant à celle prévue par les parties³⁷⁰. Néanmoins, la satisfaction du créancier est la condition nécessaire de l'extinction de la créance. La situation issue de la procédure des offres réelles est une exception au principe selon lequel la satisfaction du créancier est la condition *sine qua non* de l'extinction de la créance. Dans cette hypothèse, c'est en raison de son mauvais vouloir que le créancier ne se trouve pas satisfait ; il refuse de recevoir une prestation qui par hypothèse est conforme à l'objet de l'obligation³⁷¹, mais rien ne permet de penser que l'offre faite

³⁶⁸ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Préf. J. Carbonnier, Bibl. dr. priv., t. 25, L.G.D.J. 1961, n° 106, p. 179.

³⁶⁹ N. CATALA, thèse préc., n° 86, p. 157.

³⁷⁰ L'article 1257 alinéa 2 du Code civil édicte que « les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de paiement lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier ».

³⁷¹ N. CATALA, thèse préc., n° 181, p. 263.

par le débiteur est ou n'est pas satisfaisante pour le créancier ³⁷². C'est pourquoi, dans cette hypothèse particulière, l'obligation disparaît sans avoir atteint son but (la satisfaction du créancier), en vertu de la seule réalisation de son objet (la prestation due) ³⁷³. Ainsi, la loi donne sa faveur à l'auteur de la consignation qui témoigne de sa volonté d'exécuter sa prestation ; elle affirme une présomption de validité de la consignation ³⁷⁴. D'ailleurs, les offres réelles suivies de consignation n'ont pas un effet d'extinction de l'obligation identique à celui d'un paiement véritable, seuls y sont attachés certains effets du paiement ³⁷⁵.

Puisque l'extinction de la créance ne tient qu'à la satisfaction du créancier, le *solvens* peut être un autre que le débiteur ³⁷⁶.

143. - Lorsque le quasi-usufruitier ou le dépositaire aliène la chose d'autrui pour son propre compte, il faut que cette chose satisfasse son propre créancier. Elle doit correspondre à l'objet de la prestation tel qu'il l'avait prévu avec son cocontractant.

Il doit en être de même lorsque le quasi-usufruitier ou le créancier gagiste ou hypothécaire encaisse la créance d'autrui pour son propre compte. Le paiement fait par le débiteur entre les mains du disposant doit satisfaire le titulaire de la créance. Ce qui ne veut pas dire que ce paiement soit une convention : il faut et il suffit que la prestation exécutée entre les mains du disposant corresponde à l'objet de la prestation tel que le titulaire de la créance l'avait envisagé avec le débiteur.

Si le créancier, dont le patrimoine se trouve appauvri, doit consentir à cette exécution entre les mains d'un autre (le disposant), ce consentement ne doit pas intervenir au moment de l'exécution mais *avant* le paiement.

B. - Le consentement du propriétaire du bien consommé

144. - *A priori*, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte se heurte à la prohibition des actes de disposition sur le bien d'autrui. L'acte de disposition du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas, en tant que tel, visé par le Code Civil. Aucun texte général ne le prohibe ³⁷⁷. Mais l'interdiction d'accomplir de tels actes trouve son fondement dans divers textes du Code civil directement ou indirectement relatifs au droit de propriété. L'article 1238 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner ». Les dispositions relatives aux

³⁷². M. COURROUY, La consignation d'une somme d'argent après les offres réelles est-elle un paiement ?, *Rev. trim. civ.* 1990, n° 6, p. 28.

³⁷³. N. CATALA, thèse préc., n° 181, p. 264.

³⁷⁴. M. COURROUY, *loc. cit.*, n° 6, p. 28.

³⁷⁵. M. COURROUY, *loc. cit.*, n° 12, p. 30.

³⁷⁶. V. N. CATALA, thèse préc., n° VIII, p. 19-20.

³⁷⁷. P. GUIHO, *Les actes de disposition sur la chose d'autrui*, *Rev. trim. civ.* 1954, n° 1, p. 2 et n° 4, p. 4. -- P. GUIHO estime qu'il est vain de rechercher les bases d'une théorie générale des actes de disposition sur la chose d'autrui dans les articles 1021, 1599 et 2129 car les points communs seraient difficiles à découvrir dans ces dispositions issues de préoccupations différentes et organisées différemment.

actes translatifs de propriété décident que « la vente de la chose d'autrui est nulle » (art. 1599), que « lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul » (art. 1021) ³⁷⁸, qu'il n'est permis qu'au propriétaire d'établir sur leurs propriétés des servitudes (v. art. 686). L'hypothèque de la chose d'autrui est également frappée de nullité absolue (V. art. 2124 et 2129) ³⁷⁹ et n'est pas susceptible de régularisation, même si par la suite le constituant acquiert la propriété ³⁸⁰. Parce que l'exclusivisme et l'absolutisme du droit propriété s'accommodent mal d'une expropriation privée, seul le propriétaire du bien serait admis à disposer de ses biens ³⁸¹.

Pourtant, si le domaine d'application de l'interdiction de disposer du bien *d'autrui* est circonscrit, son fondement en est aussi la limite.

145. - L'interdiction de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne trouve plus à s'appliquer lorsque le propriétaire du bien donne son consentement *a posteriori* ou avant l'acte de disposition ³⁸².

D'abord, le disposant peut régulariser la disposition en achetant le bien d'autrui dont il a disposé ³⁸³. Le propriétaire peut également ratifier l'acte ³⁸⁴. Et par la confirmation, il peut renoncer à se prévaloir du vice dont l'acte de disposition est entaché ³⁸⁵. Ensuite, et surtout, le propriétaire du bien peut donner son accord préalable à la disposition de son bien par un autre. Car le propriétaire est libre d'affecter son bien à l'usage qui lui plaît : il est maître de son bien ³⁸⁶. La disposition du bien d'autrui est donc admise et valable lorsque le propriétaire du bien, et *a fortiori* la loi, l'autorise. La prohibition des actes de disposition sur le bien d'autrui ne joue que lorsque l'acte de disposition est accompli à l'insu du propriétaire du bien et sans l'aval de la loi. Or, en l'occurrence, le disposant a la permission de la loi ou du propriétaire. Par exemple, le propriétaire qui grève son bien d'un quasi-usufruit

³⁷⁸. J. NALTET, *Du legs de la chose d'autrui*, Paris, 1922, p. 19 et s. -- C. FORMEY DE SAINT-LOUVENT, *De l'aliénation de la chose d'autrui dans le droit civil français*, Caen, 1904, p. 67 et s.

³⁷⁹. Civ., 24 mai 1892, D.P. 1892, I, 327 ; Req., 18 nov. 1896, D.P. 1897, I, 78. -- V. égal. G. CHANTEAUD, *Des sûretés réelles sur la chose d'autrui*, Paris, 1900, p. 15 et s.

³⁸⁰. V. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés - La publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 304, p. 280.

³⁸¹. V. not. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969, p. 159-160 ; p. 781. -- S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960, note 53, sous le n° 11, p. 30.

³⁸². Ainsi, selon M. BERRA, les seules véritables exceptions à ce que l'auteur appelle le principe de titularité (des droits) « proviennent de la théorie de l'apparence, de l'article 2279 du Code Civil et, dans une mesure plus limitée, de l'effet de la publicité foncière ». L'auteur précise toutefois que ces exceptions ne remettent pas en cause le principe de titularité ; elles s'expliquent avant tout par un effet acquisitif *lege* (D. BERRA, th. Préc., p. 805). L'intérêt des tiers justifie ces tempéraments qui ne touchent que les rapports des parties aux tiers.

³⁸³. G. CHANTEAUD, thèse préc., p. 89 et s. -- J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 11140, p. 88. -- Adde C. FORMEY DE SAINT-LOUVENT, thèse préc., p. 210.

³⁸⁴. V. par ex. l'article 1239 alinéa 2 du Code civil pour le recouvrement de la créance d'autrui. -- V. égal. L. DE CHAISEMARTIN, *Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui*, Paris, 1936, p. 50-51. -- C. FORMEY DE SAINT-LOUVENT, thèse préc., p. 140.

³⁸⁵. C. FORMEY DE SAINT-LOUVENT, thèse préc., p. 204 et s.

³⁸⁶. V. par ex. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Préf. M. Gobert, Bibl. dr. priv., t. 248, L.G.D.J. 1995, n° 94 et s., p. 77 et s.

ou apporte son bien en garantie de sa dette confère au quasi-usufruitier ou créancier nanti le droit d'en disposer dans certaines conditions. Le banquier dépositaire est également admis à disposer des fonds reçus du public en vertu de l'article 2 alinéa 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984.

146. - La validité du paiement triangulaire auquel le disposant participe en qualité d'*accipiens* suppose donc le consentement préalable du propriétaire du bien consommé. Avant le paiement triangulaire accompli par le disposant, le propriétaire de la chose aliénée ou le titulaire de la créance encaissée doit consentir à l'usage qu'il en fait pour son propre compte. Il doit lui donner la permission d'en disposer pour son profit personnel.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, lorsque le disposant use de son droit, le quasi-usufruit et le dépôt irrégulier ne s'éteignent pas par consolidation. L'acquisition de la qualité de propriétaire par le disposant devrait provoquer la confusion de qualités contraires sur sa tête et entraîner l'extinction de l'usufruit ou du dépôt ; or, ni l'un ni l'autre ne disparaissent à la disposition du bien. En matière de quasi-usufruit, on fait valoir que l'absence de consolidation résulte du fait que le quasi-usufruitier serait en réalité un propriétaire *ab initio* puisque l'objet de son droit est consommable et qu'il exercerait ainsi l'*abusus*³⁸⁷. Ce qui exclurait l'extinction du quasi-usufruit par consolidation. A vrai dire, la consolidation ne se produit pas parce que le disposant ne devient pas propriétaire.

Pour la même raison, le disposant ne commet pas un délit d'abus de confiance lorsqu'il dispose du bien d'autrui pour son propre compte³⁸⁸.

Ainsi, le droit civil et le droit pénal se complètent pour enseigner que le quasi-usufruitier ou le dépositaire irrégulier, comme le créancier nanti d'un gage ou d'une hypothèque, dispose du bien d'autrui sans en devenir propriétaire et sans le détourner. Il n'est pas nécessaire que la chose ou la créance d'autrui transite par le patrimoine du disposant pour que celui-ci puisse la consommer.

Si l'on ne sait pas encore ce qu'est exactement le droit du disposant du bien d'autrui pour son propre compte, on sait qu'à défaut d'être propriétaire ce disposant est un *accipiens* avec la permission de la loi ou du propriétaire du bien.

³⁸⁷. P. SIRINELLI, *Le quasi-usufruit*, L.P.A., n° 89 du 26 juillet 1993, n° 43, p. 10. -- D. BERRA, thèse préc., p. 131-132. -- H. Humbert, thèse préc., p. 92.

³⁸⁸. Ainsi, le contrat de dépôt irrégulier n'entre pas dans les prévisions de l'article 408 du Code pénal (C. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 9^e éd., Armand Colin, 1998, n° 192, p. 175. -- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1997, n° 137, p. 143), qu'il s'agisse du dépôt de fonds en banque (V. Crim., 28 janvier 1991, *Bull. Crim.*, n° 42, p. 105 ; *Gaz. Pal.* 1992, I, J., 14. -- Crim., 22 nov. 1978, *D.* 1979, IR, 215, obs. M. PUECH) ou d'un dépôt irrégulier constitué sur des marchandises (V. Paris, 28 janvier 1983, *Gaz. Pal.* 1983, I, J., 187, note J.-P. MARCHI). Il doit s'agir d'un véritable dépôt irrégulier (V. C. LARGUIER et P. CONTE, *idem.* -- V. égal. Crim., 13 déc. 1978, *D.* 1980, Som., 13, obs. M. VASSEUR. -- Crim., 30 mai 1996, *D. Affaires*, 1996, n° 24, p. 729).

Conclusion du CHAPITRE II

147. - Le contenu du droit du disposant n'ayant pas permis d'affirmer la qualité de propriétaire de ce sujet, on pouvait être tenté de rechercher le fondement de cette qualité dans l'exercice du droit. En effet, aussi limitée que soit l'étendue de ce droit, il est indéniable que sa mise en œuvre dépouille le propriétaire dont le disposant a reçu le bien. Or la perte de cette propriété devrait *a priori* s'accompagner de l'acquisition du bien par le disposant. Pourtant, l'observation de l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte dément cette conclusion.

Qu'on l'analyse en amont ou en aval, l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte creuse un écart important entre la situation du disposant et celle d'un propriétaire ou d'un créancier.

En premier lieu, dans la manière d'exercer son droit, le disposant doit respecter un certain nombre de prescriptions dont n'a pas à connaître un propriétaire ou un créancier. D'abord, son droit est conditionnel. Le disposant dépositaire irrégulier, créancier gagiste ou créancier hypothécaire, ne peut agir qu'en cas d'inaction du propriétaire du bien ; il ne peut disposer du bien d'autrui que si cet autrui n'entend pas lui-même en disposer ou s'il n'exécute pas la créance garantie. Quant au quasi-usufruitier, s'il est admis à disposer du bien sans craindre la concurrence du nu-propriétaire, en contrepartie, il doit avoir préalablement dressé inventaire et fourni caution de jouir en bon père de famille. En outre, l'exercice de son droit peut être impératif. Le quasi-usufruitier doit, en effet, user du bien à la manière du propriétaire. Il doit en disposer en considération de la destination assignée au bien par le nu-propriétaire et le non respect de la fonction du bien est passible de sanction puisqu'il correspond à une jouissance abusive du bien d'autrui. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte se mue presque en obligation.

En second lieu, l'exercice effectif du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'implique pas d'acquérir la propriété du bien. Le fait d'agir pour son propre compte signifie que les suites de l'acte juridique se produisent sur la tête de son auteur, mais il ne préjuge pas des moyens employés pour accomplir l'acte. C'est-à-dire que le lien d'exécution peut être dissocié du lien d'obligation. De cette manière, le disposant, en aliénant la chose (d'autrui), exécute une obligation de donner dont il était débiteur ; en encaissant la créance (d'autrui), il fait siennes les sommes dues au véritable créancier. La chose d'autrui passe directement du patrimoine du propriétaire dans celui de la personne à laquelle le disposant remet le bien en paiement d'une dette ; tandis que la contre-valeur de la créance d'autrui est payée au disposant, sans que la créance n'ait préalablement investi son patrimoine. D'ailleurs, la nature juridique du paiement se prête à la réalisation d'un paiement triangulaire. Et la prohibition des actes de dispositions sur le bien d'autrui ne trouve pas à s'appliquer dès lors que le propriétaire du bien - ou la loi - autorise l'acte de disposition.

Ainsi, le quasi-usufruitier, le dépositaire irrégulier et le créancier gagiste ou hypothécaire sont des *accipiens* dans un paiement dont l'objet est le bien d'autrui. Avec l'autorisation de la loi ou du propriétaire du bien, ils tirent profit du bien d'autrui sans jamais en devenir propriétaires. Leur droit de disposer se différencie à tous points de vue, du droit du propriétaire.

Conclusion du TITRE I

148. - L'examen du contenu et de l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte fait découvrir le défaut d'équivalence de ce droit avec le droit subjectif correspondant. Le disposant du bien d'autrui pour son propre compte ne profite pas de l'éventail des possibilités d'action d'un propriétaire et d'un créancier. Il ne bénéficie pas non plus de la liberté dont le propriétaire et le créancier jouissent dans l'exercice de leurs droits. Dans le même temps, celui dont le disposant reçoit le bien conserve des pouvoirs sur ce bien et contrôle la manière dont ce disposant use de son droit.

149. - Si le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas une manière d'acquérir la propriété du bien d'autrui, la question se pose de savoir s'il n'est pas un droit indivis. La négative s'impose.

Le disposant et l'autrui se partagent les pouvoirs sur le même bien, mais la concurrence de droits sur le même bien ne correspond pas au schéma de l'indivision. Le disposant n'est ni un propriétaire indivisaire ni un créancier conjoint. Dans l'indivision, « chacun est propriétaire et pleinement propriétaire »³⁸⁹ ; or, le disposant du bien d'autrui pour son propre compte n'a pas la plénitude des pouvoirs sur le bien. En outre, le coïndivisaire dispose d'une quote-part de la chose indivise et l'abstraction de cette quote-part manifeste la stricte égalité entre les coïndivisaires³⁹⁰. Une telle égalité de pouvoirs n'existe pas entre le disposant et la personne dont il reçoit le bien. Ensuite, tous les indivisaires profitent en commun de l'enrichissement des biens indivis³⁹¹. Cette distribution de la plus-value du bien n'existe pas à l'endroit de la disposition du bien d'autrui pour son propre compte puisque le disposant agit pour son propre compte et non pour le compte, fût-il partiel, de celui qui lui a remis le bien. Enfin, en matière d'indivision, le pouvoir qui s'attache à la propriété est reconstitué par l'accord unanime de tous les

³⁸⁹ C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 95, p. 110. -- V. égal. F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1311, p. 37. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 552, p. 402.

³⁹⁰ C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 101, p. 117. -- V. égal. F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1311, p. 37. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 552, p. 402.

³⁹¹ C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 108, p. 131-132. -- V. égal. F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1312-1, p. 41 et s. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 566 et s., p. 415 et s.

propriétaires³⁹². « Les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requièrent le consentement de tous les indivisaires... » énonce l'article 815-3 alinéa 1^{er} du Code civil. *Quid* pour ce qui concerne la disposition du bien d'autrui pour son propre compte ? Le disposant dispose sur ce plan d'une certaine autonomie, dès lors, qu'il agit dans le respect des intérêts du propriétaire.

Le droit du disposant concurrence le droit de propriété d'autrui, sans l'absorber ni l'égaliser. Peut-être est-il un droit démembré du droit de propriété d'autrui...

³⁹². C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 103, p. 119 et s. -- V. égal. F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1312-1, p. 41 et s. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 557 et s., p. 405 et s.

TITRE II.

LE DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE N'EST PAS UN DIMINUTIF DU DROIT SUBJECTIF

150. - Le partage de pouvoirs sur le bien détenu par le disposant et l'infériorité quantitative et qualitative du droit de disposer du bien d'autrui par rapport au droit de propriété et au droit de créance, invitent à analyser ce droit comme un diminutif du droit subjectif correspondant. Un tel statut expliquerait qu'il ressemble au droit de propriété ou au droit de créance sans l'égaliser.

Plausible, l'hypothèse n'en doit pas moins être vérifiée.

Ce contrôle doit être mené dans deux directions car il est deux façons d'entendre le terme « diminutif ».

Dans un premier sens, le mot peut servir à désigner le droit démembré d'un droit subjectif principal. Et dans un second sens, il peut désigner le droit qui reproduit, en réduction, un droit subjectif de référence. Le statut du droit d'usufruit illustre cette ambivalence. D'un côté, la doctrine le présente comme une fraction de droit subjectif ou comme la concession, à autrui, du droit de jouissance du propriétaire ou du

créancier³⁹³. De ce point de vue, l'usufruit est un droit démembrement du droit de propriété ou du droit de créance. D'un autre côté, l'article 578 du Code civil, qui définit le droit d'usufruit, énonce que l'usufruitier a le droit de jouir de la chose *comme* le propriétaire lui-même et non *en* propriétaire³⁹⁴. Le texte laisse ainsi entendre que l'usufruit est une imitation, amoindrie, de la propriété plutôt qu'une fraction de ce droit. De ce point de vue, le rapport de l'usufruit au droit subjectif est celui d'une copie à son modèle³⁹⁵.

On rencontre également la dualité de sens du terme *diminutif* à propos du droit d'usage et d'habitation puisque ce droit, concession à autrui d'un extrait du droit de jouissance du propriétaire, est qualifié par la doctrine de diminutif de l'usufruit³⁹⁶. On peut donc également se demander si ce droit constitue un fragment ou une réplique, atténuée, de l'usufruit.

Le débat peut sembler dénué d'intérêt. Puisque dans tous les cas, il s'agit de reconnaître l'existence d'un droit subjectif, diminutif du droit de propriété ou du droit de créance. Pourtant, la polysémie évoquée a son importance. Si les deux acceptions du terme *diminutif* désignent l'une et l'autre un droit subjectif réduit, elles ne reposent pas sur les mêmes qualités du droit subjectif.

Ainsi, une prérogative démembrée est par hypothèse une prérogative issue du droit subjectif. Elle puise son origine dans le droit de propriété ou dans le droit de créance et elle implique la divisibilité du droit subjectif. Au contraire, si le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est partiellement calqué sur un droit subjectif, le droit de propriété ou le droit de créance est son modèle. Et cette éventualité exige que le droit subjectif soit un genre susceptible de variantes, un pouvoir au contenu plus ou moins étendu en fonction de la finalité qui lui est assignée. Dans ces conditions, il importe peu que le droit subjectif soit ou non divisible ; il suffit qu'il soit une notion à consistance variable.

³⁹³. En faveur de la théorie du démembrement, v. par ex. : G. GOUBEUX (L'auteur considère qu'il n'est pas possible de distinguer un droit nouveau qui ne soit pas déjà compris dans la propriété. Et si l'acquéreur de la chose est obligé de supporter le droit réel concédé à un tiers, c'est qu'il n'a acquis du vendeur qu'une propriété amputée de ce droit : v. *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. D. Tallon, Bibl. dr. priv., t. 93, L.G.D.J. 1969, n° 81, p. 132 ; v. égal. à propos des servitudes : n° 288, p. 387). -- A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, T. I, *Introduction générale - Institutions civiles et judiciaires - Personnes et famille*, par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957, n° 81, p. 55. -- A. HERVIEU, *De la limitation des droits réels*, Caen, dactyl., 1981. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. IV, *Les biens - La publicité foncière*, par P. Théry, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998, p. 247 ; v. égal. n° 810 et s., p. 252 et s. -- J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 24^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1996, par. 164, p. 279. -- Adde : M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. civ.* 1997, n° 24, p. 603. -- C. AUBRY et C. RAU définissent les démembrements de la propriété comme « des droits de jouissance sur une chose dont un autre que le titulaire est propriétaire, qui ont le caractère de droits réels ou s'apparentent à des droits réels » (*Droit civil français*, T. II, *Biens. Possession. Propriété. Servitudes*, par P. Esmein, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1961, n° 400, p. 633).

³⁹⁴. V. *supra* : n° 17-2.

³⁹⁵. V. C. LARROUMET, *Droit civil*, T. II, *Les biens - Droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, n° 442, p. 248.

³⁹⁶. V. par ex. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 789, p. 642. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, par P. Théry, préc., 1998, n° 850, p. 269.

La réponse à la question de savoir si le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un diminutif du droit subjectif dépend donc de la définition du droit subjectif. Seul l'examen de cette définition peut donner la réponse à la question de savoir si le droit subjectif est ou n'est pas divisible ou variable et donc s'il est ou n'est pas susceptible de donner naissance à un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

151. - Dans le silence des textes, la doctrine a construit la notion de droit subjectif. Elle a précisé son contenu ainsi que son objet et sa nature juridique, de telle sorte que le droit subjectif semble, sur le plan théorique, bien cerné.

151-1. - En premier lieu, les partisans du droit subjectif le définissent généralement comme un pouvoir juridique individuel³⁹⁷. Ils mettent l'accent sur le fait que le droit subjectif est un *pouvoir* qu'ils désignent tour à tour comme un pouvoir de vouloir, un pouvoir d'agir, une maîtrise, une disposition etc.³⁹⁸. Ils soulignent également que le droit subjectif est un pouvoir *juridique* parce qu'il est reconnu et protégé par le droit objectif - consécration qui le distingue d'un pouvoir de fait et en particulier de la possession. Ils notent, enfin, le caractère *individuel* ou *exclusif* du pouvoir qui compose le droit subjectif et souligne ainsi le fait qu'il appartient en propre à un individu ou qu'il produit un effet d'exclusion des tiers.

Si le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte a le statut de diminutif d'un droit subjectif, c'est à partir du droit de propriété ou de créance d'autrui qu'il sera formé. En raison de la dualité de sens du terme « diminutif », il sera constitué de la maîtrise qui compose le droit subjectif ; à moins qu'il ne forme un droit subjectif de maîtrise réduite, calqué en partie sur le pouvoir contenu dans un droit subjectif complet. En outre, ce droit de disposer aura la nature d'un droit patrimonial, puisque dans la théorie classique du droit subjectif, le droit subjectif qui s'applique à un bien a une nature patrimoniale.

151-2. - En second lieu, la doctrine compartimente la catégorie des droits subjectifs en deux groupes de droits de natures différentes, selon le critère de l'objet auquel les uns et les autres se rapportent. Ainsi, les droits subjectifs relatifs à des éléments de la personne comme le droit au nom, le droit à l'image etc. sont des droits extrapatrimoniaux ou non pécuniaires ; ceux qui touchent aux biens comme le droit de propriété, le droit créance ou contre autrui, et les droits sur la chose d'autrui, sont

³⁹⁷ J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, n° 351 et s., p. 327 et s. -- M. F. C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, T. I, *Sources du droit romain actuel - Rapports de droit*, trad. fr. par Ch. Guenoux, Paris, 1855, p. 7. -- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, par F. Chabas, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 155, p. 253. -- Selon J. DERRUPPÉ, « le droit subjectif est avant tout un pouvoir que la société reconnaît à l'individu » (*La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels*, Toulouse, 1951, éd. com. 1952, n° 248, p. 281. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). -- V. égal. A. COLIN et H. CAPITANT, *Introduction générale*, par L. Julliot de la Morandière, préc., n° 33, p. 27.

³⁹⁸ V. *infra* : n° 188 et s.

des droits patrimoniaux. Cette subdivision majeure repose sur l'idée que la personne, contrairement aux choses, ne peut être l'objet ni d'un commerce ni d'une évaluation. La disposition étudiée étant relative au bien d'autrui, elle trouverait sa place dans la seconde catégorie de droits, celle des droits pécuniaires.

Mais la définition doctrinale du droit subjectif n'est peut-être pas une référence aussi claire et aussi solide qu'il y paraît. L'analyse classique du droit subjectif renferme un certain nombre d'anomalies qui font douter de son exactitude. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte diminutif du droit subjectif étant, par hypothèse, construit à partir du droit subjectif ou par référence au droit subjectif, les contradictions de la théorie du droit subjectif doivent être relevées avec attention.

152. - L'approche classique du droit subjectif est confuse. La place et le statut du droit subjectif y sont mouvants et la distinction des droits subjectifs patrimoniaux ou extrapatrimoniaux laisse dubitatif.

D'abord, dans cette théorie, le droit subjectif est tout à la fois un pouvoir-*source* d'exclusion, d'une part, et un *objet* de pouvoir et d'exclusivité, d'autre part. En effet, elle présente le droit subjectif tout à la fois comme un droit et comme un bien. En tant que droit, il est un pouvoir du sujet *source* d'exclusion ; en tant que bien, il est un *objet* de pouvoir et d'exclusivité du sujet. Ensuite, lorsqu'il porte sur une chose, le droit subjectif est un bien sur un bien, puisqu'il est lui-même un bien et que, par hypothèse, il porte sur un bien. En somme, le titulaire d'un droit subjectif relatif à un bien possède deux biens pour une seule chose : la chose elle-même et le droit qui la soumet ³⁹⁹. Enfin, cette théorie classe les droits subjectifs en deux grands groupes qui se distinguent... par leur nature juridique, puisqu'ils sont dits tantôt patrimoniaux tantôt extrapatrimoniaux. Autrement dit, selon la théorie classique, les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux ont pour seul point commun d'être *subjectifs*. Pour le reste certains constituent des biens, d'autres n'en sont pas. Mais la question surgit alors de savoir ce que recouvre exactement la notion de droit subjectif. Est-elle une qualification juridique ? une nature juridique ? Quel est son contenu ? La notion de pouvoir qui pouvait sembler caractériser sans difficulté le droit subjectif est floue voire insaisissable. Lorsque le droit subjectif est patrimonial, le pouvoir est une *source* d'exclusion et un *objet* de l'exclusivité de son titulaire ; lorsque le droit est extrapatrimonial, il est une *source* d'exclusion qui se confond avec le sujet. La construction doctrinale du droit subjectif laisse donc ouverte la question de sa définition. Et l'hypothèse d'un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte diminutif d'un droit subjectif commande de la réexaminer.

Or, l'étude du droit subjectif révèle qu'il renferme bien un pouvoir de disposition mais que ce pouvoir de disposition ne peut servir à fonder le droit de disposer du

³⁹⁹. V. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif*, Lyon, 1981, 2 vol., dactyl., n° 4, p. 13 ; n° 73, p. 114 ; n° 518, p. 711.

bien d'autrui pour son propre compte. D'abord, le droit subjectif ne peut pas être amputé de ce pouvoir parce que, de manière générale, il ne peut pas être démembré : il est un et indivisible (*Chapitre I*). Ensuite, il n'est pas possible de construire un droit subjectif nouveau et autonome réduit à un pouvoir de disposition partiel puisque le droit subjectif n'est pas élastique : il est unique et irréductible (*Chapitre II*).

Chapitre I. - L'unité du droit subjectif

Chapitre II. - L'unicité du droit subjectif

CHAPITRE I.

L'UNITÉ DU DROIT SUBJECTIF

153. - Le recours à l'idée du démembrement permettrait d'expliquer la concurrence de deux pouvoirs sur le même bien, en l'occurrence la coexistence, sur la chose ou sur la créance, du pouvoir du disposant et du pouvoir résiduel du propriétaire ou du créancier. Il est, en effet, généralement admis que le démembrement d'un droit subjectif provoque un partage de prérogatives sur le même bien parce qu'il fragmente le droit qui s'appliquait jusqu'alors sur ce bien. Le droit de propriété ou le droit de créance se diviserait, ici, entre le disposant et celui dont il reçoit la chose ou la créance.

Ce qui supposerait que, d'une part, le droit subjectif renferme un pouvoir de disposition et que, d'autre part, ce pouvoir de disposer soit dissociable du droit subjectif.

S'agissant de la première condition, l'analyse du droit subjectif fait apparaître que la disposition participe bien de sa définition. Cet attribut majeur du droit subjectif est celui par lequel le titulaire du droit peut exercer une activité juridique et modifier, dans une certaine mesure, l'ordonnancement juridique. Quant au fait de soustraire cette disposition du droit subjectif, la question se fait plus délicate. En effet, on peut d'emblée éprouver quelques réticences à admettre l'extraction de la disposition du droit subjectif et le rabaissement de cette disposition au simple statut de diminutif d'un droit subjectif principal, fût-il lui-même un droit subjectif. En particulier, l'importance qualitative du pouvoir de disposer et la gravité des actes qu'il permet d'accomplir sur les biens peuvent être perçues comme interdisant son extraction du droit subjectif, sauf à dépouiller le titulaire du droit subjectif du meilleur de son droit. Sans le pouvoir de disposition, le droit subjectif ne pourrait pas survivre.

Pourtant, un double constat autorise à passer outre cette difficulté. Il est très généralement admis que l'usufruit se fonde sur le démembrement de la jouissance incluse dans le droit de propriété. Or la concession de la jouissance rend plausible la concession de la disposition puisque la jouissance englobe la disposition. En effet, la jouissance est l'usage des biens sous toutes ses formes et la disposition est l'une des

manières d'user d'un bien ⁴⁰⁰. La concession de la jouissance d'un bien à autrui devrait pouvoir se cantonner à la concession de la seule disposition du bien. Certes, l'importance de la disposition peut être jugée comme faisant à elle seule obstacle à son démembrement. Néanmoins, la constitution de l'usufruit à partir du droit de jouissance de la propriété est la preuve de la divisibilité du droit subjectif. La jouissance et la disposition figurant au même titre dans la définition légale de la propriété, pourquoi ne pas admettre que la disposition d'un bien puisse, elle aussi, profiter à un autre qu'au propriétaire ?

En réalité, la spécificité de la disposition n'est pas la cause de son indissociabilité du droit subjectif. L'obstacle à un tel démembrement réside dans la structure même du droit subjectif. On conçoit mal la division du droit subjectif et son partage au profit de deux sujets distincts parce que le droit subjectif forme un tout indivisible. Il est plein et entier, ou il n'est pas. Son unité interdit sa division. Le droit subjectif est, en effet, une sphère d'exclusivité et dans cette sphère, le titulaire du droit subjectif est libre d'agir. Ainsi, le pouvoir conféré par le droit subjectif est la conséquence de l'exclusivité reconnue au titulaire du droit subjectif. Et puisqu'il s'exerce dans cette sphère de liberté, il est absolu.

L'impossibilité de diviser le droit subjectif pour créer un droit de disposer démembrement tient donc à son exclusivisme (*Section I*) et à son absolutisme (*Section II*).

Section I. - L'exclusivisme du droit subjectif

Section II. - L'absolutisme du droit subjectif

SECTION I.

L'exclusivisme du droit subjectif

154. - La doctrine majoritaire voit dans le droit subjectif un pouvoir qui permet à l'individu d'exclure les tiers de sa sphère d'activité. En réalité, l'exclusivisme n'est pas un simple caractère du droit subjectif, son rôle est plus important : il dessine la structure-même du droit subjectif, il est l'essence-même du droit subjectif. Paradoxalement, la démonstration de cet exclusivisme renvoie aux thèses négatrices du droit subjectif. Ces thèses soulignent l'importance et le rôle que joue le droit objectif dans le système juridique. Elles permettent notamment de mettre en

⁴⁰⁰. V. *supra* : n° 12 et s.

évidence que l'effet d'exclusion des tiers prêté au droit subjectif par la doctrine classique est la manifestation d'une exclusion imposée par les normes objectives. Ainsi, le droit subjectif est construit par application du droit objectif. L'exclusivisme constitutif du droit subjectif n'est, en réalité, que le reflet de l'exclusion objective d'un certain nombre d'individus (I).

Les partisans du droit subjectif n'ont pas totalement méconnu cette approche du droit subjectif, mais ils y ont fait écho d'une manière feutrée ou minoritaire. La théorie classique du droit subjectif prend acte de l'idée d'exclusion des tiers à travers la notion d'opposabilité et, ce faisant, elle réduit cette exclusion à un simple effet du droit subjectif. En revanche, les partisans de l'obligation passive universelle ont le mérite d'avoir cherché à intégrer l'exclusion des tiers dans la structure même du droit subjectif. La thèse personnaliste a, en particulier, analysé le droit de propriété par référence aux relations qui se nouent entre les individus soumis aux normes objectives. Malheureusement, parce qu'elle fait, dans le même temps, l'amalgame entre l'exclusion impérative des tiers et l'obligation personnelle des débiteurs, la thèse a reçu un accueil modéré de la part de la doctrine classique qui, de ce fait, préfère s'en tenir à la notion d'opposabilité (II).

La position objectiviste et la thèse personnaliste ne sont donc pas si éloignées l'une de l'autre. Toutes deux accordent une place importante à l'exclusion des tiers dans le fonctionnement du système juridique. Et leur examen successif aide à saisir la véritable structure du droit subjectif. Avant d'être un pouvoir, le droit subjectif est une sphère d'exclusion des tiers, un espace de liberté. S'agissant du droit subjectif sur un bien, il est une exclusivité du sujet par rapport à ce bien (III).

§ 1. - *L'apport des thèses négatrices du droit subjectif*

155. - On s'est posé la question de savoir s'il peut exister en dehors du propriétaire et de la chose matérielle qui lui appartient une autre chose douée d'une existence propre, immatérielle mais réelle, et sur laquelle pourrait s'exercer l'action humaine ⁴⁰¹, c'est-à-dire un droit subjectif. De l'avis de certains, parler de cette « autre chose » serait une manière de dire imagée et commode dont une partie de la

⁴⁰¹. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *Rev. trim. civ.* 1905, n° 16, p. 452. -- Dans le même sens, F. DE VISSCHER considère que « nos sens nous permettent d'avoir avec les choses des rapports physiques ; mais nous ne connaissons aucun sens capable d'ouvrir notre conscience à de mystérieuses relations juridiques avec elles [...] Notre situation matérielle vis-à-vis des choses n'acquiert une signification juridique que si nous la remettons en relation sociale d'opposition avec nos semblables » (« Du 'jus abutendi' », *Rev. trim. civ.* 1913, p. 338).

doctrine aurait été dupe ⁴⁰². La notion juridique de droit subjectif serait une notion artificielle ⁴⁰³.

Pour expliquer la situation juridique des individus, il suffirait d'avoir recours à la notion de droit objectif ⁴⁰⁴. En d'autres termes, le système juridique se satisferait de deux types d'éléments : le droit objectif, d'une part, et les individus et les choses, d'autre part. Le droit subjectif serait un intermédiaire superflu et inutile, presque encombrant.

Paradoxalement, quoiqu'excessifs en ce qu'ils refusent toute utilité au droit subjectif, ces griefs aident à appréhender la notion contestée. Par le recours à la notion de droit objectif et l'affirmation de sa toute puissance dans le système juridique, les thèses négatrices du droit subjectif permettent de tracer la structure de ce que la doctrine subjectiviste dénomme « droit subjectif ». A propos de la relation des individus au droit objectif, la thèse objectiviste émet l'idée que les premiers sont tenus de se conformer aux normes de prescription ou de prohibition posées par le droit objectif ; ces commandements ou ces défenses objectives assurent l'exclusion des tiers de l'exercice d'une activité donnée accompli par un individu particulier. Quant à la relation des individus entre eux, l'exercice de leurs activités respectives suppose et repose sur l'abstention des autres conformément aux règles objectives. Les adversaires du droit subjectif soulignent ainsi la soumission de chaque individu au droit objectif (A) et ils tempèrent l'importance des relations des individus entre eux (B). Ce faisant, ils mettent en évidence une structure qui existe dans les situations que la doctrine classique dénomme « droits subjectifs ».

A. - L'exclusion objective

156. - Lorsque plusieurs individus sont susceptibles de nourrir des prétentions similaires et d'exercer des pouvoirs de fait concurrents sur une même chose ou dans une même situation, il faut déterminer ceux qui ne sont pas admis à passer à l'action. Ce dispositif d'exclusion repose sur l'application des normes objectives (1°) et trouve un terrain privilégié d'épanouissement à l'endroit de la propriété (2°).

⁴⁰². M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES fait ce reproche à M. Planiol (*Ibid.*, n° 16, p. 452).

⁴⁰³. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Ibid.*, n° 16, p. 452. -- V. également L. DUGUIT (*Traité de Droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, 3^e éd., Paris, 1927, par. 2, p. 18 ; v. aussi par. 20, p. 220-221 ; par. 12, p. 140 ; par. 17, p. 198 et n° 28, p. 297) qui considère que l'homme a toujours eu besoin d'expliquer le visible par l'invisible, de placer derrière le phénomène qu'il constate directement une entité invisible, une entité métaphysique qu'il ne voit pas, dont il fait le support et la cause efficiente du phénomène qu'il constate.

⁴⁰⁴. V. notamment : L. DUGUIT, *Op. cit.* -- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e éd. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

1°. - L'omnipotence des normes objectives de défense et de commandement

157. - Les adversaires de la théorie du droit subjectif considèrent que le droit objectif, tout puissant, neutralise le droit subjectif ⁴⁰⁵.

157-1. - D'abord, ils rejettent l'idée que l'individu puisse naître avec des droits et se trouver dans une situation impliquant la titularité de droits subjectifs ⁴⁰⁶. En quelque sorte, et à la supposer acquise, l'affirmation de l'existence du droit subjectif serait contradictoire. Le droit subjectif ne pourrait pas être antérieur au droit objectif ⁴⁰⁷, la présence d'autres individus et la relation avec ceux-ci serait le préalable nécessaire à leur acquisition. L'individu ne pourrait avoir de droits qu'après être entré dans la société ⁴⁰⁸.

Ils contestent également la perception du droit subjectif comme un pouvoir de vouloir. Le droit subjectif ne pourrait pas être entendu comme le pouvoir propre d'une volonté de s'imposer comme telle à une autre volonté ⁴⁰⁹. Pour pouvoir déterminer en quoi consiste le droit subjectif conçu comme un pouvoir de vouloir, il faudrait connaître la nature intime de la volonté humaine ⁴¹⁰. Les volontés individuelles étant d'égale valeur, une volonté ne pourrait pas l'emporter sur une autre volonté ⁴¹¹. Si le sujet actif peut exiger et si le sujet passif doit céder à l'exigence, ce ne serait pas en vertu de la puissance de volonté du sujet actif, mais en vertu de la règle de droit qui prévoit une obligation pour le sujet passif et qui la lui impose. Le fondement du droit subjectif serait dans la règle de droit qui vient prévoir et imposer ce qui peut être exigé ⁴¹². Ce qui expliquerait que la volonté puisse être paralysée ou recherchée chez un tiers, chargé de pouvoir, sans que le droit ne soit atteint ⁴¹³.

⁴⁰⁵ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 19 et s., p. 208 et s. -- V. aussi F. GÉNY, Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit, *Rev. trim. civ.* 1922, n° 13, p. 805-806. -- H. KELSEN, *Op. cit.*, n° 33, p. 253. -- Selon M. HAURIOU, les droits individuels ne sont pas des droits subjectifs et réellement ils sont à l'individu, non pas à la personne ; ils constituent le statut objectif de l'individu plutôt que son patrimoine subjectif (*Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 70).

⁴⁰⁶ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 19, p. 212-213.

⁴⁰⁷ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 20, p. 220-221.

⁴⁰⁸ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 19, p. 212.

⁴⁰⁹ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 20, p. 223-224. -- Dans le même sens : R. BONNARD (*Le contrôle juridictionnel de l'administration - Etude de droit administratif comparé*, Bibliothèque de l'Institut international de droit comparé VI, Paris, 1934, n° 13, p. 41 ; n° 16, p. 49).

⁴¹⁰ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 2, p. 16.

⁴¹¹ Si l'on envisage le droit subjectif d'un point de vue négatif (au sens passif), considère L. DUGUIT, la notion de devoir ne peut désigner une volonté subordonnée à une autre volonté puisqu'une règle qui aurait cette puissance ne pourrait être fondée que sur un principe supérieur religieux ou métaphysique mais en aucun cas scientifique (*Op. cit.*, par. 6, p. 78 ; par. 13, p. 143-144 ; par. 20, p. 217-218, p. 220-221, p. 223-224 ; par. 28, p. 296 ; par. 41, p. 434, p. 440). -- BONNARD conteste pareillement les théories qui font de l'idée de puissance de volonté un élément du droit subjectif et qui suggèrent que la volonté du titulaire du droit s'impose à d'autres volontés (*Op. cit.*, n° 13, p. 41-42). Il relève en outre que ces conceptions ne fournissent pas un criterium précis pour reconnaître l'existence du droit subjectif.

⁴¹² R. BONNARD, *Op. cit.*, n° 16, p. 49.

⁴¹³ Ce qui confirme la thèse de JHERING selon laquelle le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre non à *vouloir* mais à *profiter*, le but du droit étant la jouissance, l'utilité, l'intérêt (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, trad. fr. par O. de Meulenaere, Paris, 3^e éd., 1878, par. 70, p. 323. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). Ce à quoi se rallie DABIN

Les opposants du droit subjectif considèrent même que le concept de droit subjectif est inutile.

157-2. - Selon les objectivistes, le droit objectif serait suffisant puisqu'il est l'ensemble de normes juridiques qui place les individus dans une situation purement objective et règle de façon positive ou négative leur conduite. Les commandements et les défenses ordonnés aux individus d'agir à l'endroit d'une chose ou d'une situation donnée, sont posées par les normes objectives⁴¹⁴ et il ne faudrait pas admettre que la défense faite aux uns constitue la concession d'un droit subjectif aux autres⁴¹⁵. Ce n'est ni un droit subjectif ni le sujet bénéficiaire d'une situation qui mettraient les individus dans une situation purement objective et leur commanderaient d'agir ou de s'abstenir⁴¹⁶, c'est le droit objectif qui leur adresserait défenses ou commandements.

L'ordre d'importance de l'individualisme et du droit objectif se trouve donc inversé. On ne part plus de la possibilité d'une maîtrise matérielle d'un individu sur une chose pour en aménager le respect au moyen de normes objectives ; on déduit des actions et des abstentions qu'ordonne le droit objectif : la maîtrise de l'un des individus sur la chose⁴¹⁷. Le droit objectif n'est pas au service des individus en assurant, en l'occurrence, le respect de la maîtrise d'un individu sur une chose. Cette maîtrise est la résultante des commandements et des défenses objectifs adressés aux autres individus.

Dans ces conditions, l'individu dont la doctrine classique dit qu'il a un droit subjectif, se trouve en fait dans une position telle que le droit objectif ne lui adresse ni commandement ni défense et l'autorise à exercer sa liberté dans une certaine sphère d'évolution, par rapport à un bien ou plusieurs biens particuliers ou dans une situation donnée. Alors que dans le même temps, les autres sont exclus de cette sphère d'activité.

Les individus se trouveraient donc dans des situations purement objectives. Aucun rapport juridique autre que leur soumission au droit objectif ne serait nécessaire et ne les lierait à un autre élément du système juridique.

en affirmant que « la volonté n'est jamais que le *moyen d'exercice* du droit, qui, essentiellement, se définit par l'*avoir* et la maîtrise consécutive, non par l'*agir* » (*Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 104-105).

⁴¹⁴. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 10, p. 106 ; par. 20, p. 213 ; par. 24, p. 263-264. -- Dans le même sens : H. KELSEN, *Op. cit.*, n° 4, p. 6 et p. 21-22 ; n° 6, p. 42 et s. -- H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Préf. P. Roubier, Paris, réédition Dalloz, 1991, n° 6, p. 9 ; n° 10, p. 13.

En outre, le droit enjoint aux *détenteurs du pouvoir social* de prêter leur concours à la réalisation du droit (H. MOTULSKY, *ibid.*, n° 11, p. 14).

⁴¹⁵. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 24, p. 264.

⁴¹⁶. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 20, p. 215-217. -- Comp. R. BONNARD (*Op. cit.*, n° 3-3°, p. 13 ; n° 15, p. 46) selon qui « l'essence du droit subjectif est que son titulaire a le pouvoir d'exiger quelque chose d'un tiers » (*Ibid.*, n° 14, p. 43), simplement le fondement du droit subjectif serait dans la règle de droit qui vient prévoir et imposer ce qui peut être exigé (*Ibid.*, n° 16, p. 49).

⁴¹⁷. *Contra* : R. BONNARD (*Ibid.*, n° 14, p. 43).

En particulier, lorsqu'il est question de l'activité exercée par un individu sur une chose, il n'existerait pas de relation juridique, ou de droit subjectif, entre l'individu et cet objet.

2°. - L'exemple de la propriété objective

158. - Selon DUGUIT et Kelsen, la situation d'un propriétaire est purement objective⁴¹⁸ ; le fait qu'un individu soit dans une situation de domination exclusive sur une chose, qu'il ait le droit de disposer d'une chose, signifie en fait que les autres sont juridiquement et objectivement obligés de tolérer l'acte de disposition accompli par cet individu et sommés de n'y porter atteinte d'aucune manière⁴¹⁹. Dans la thèse objectiviste, le propriétaire qui se sert de sa chose et qui est le « gérant », est *en fait* dans la possibilité d'user de la chose, d'en jouir, d'en disposer conformément au but auquel est affecté la chose. Et il en irait de même s'il n'était pas propriétaire. Il y a une possibilité de fait, il n'y a pas l'exercice d'un droit⁴²⁰.

La notion de propriété existe donc chez les objectivistes mais elle n'est pas un droit. Elle est l'utilité, la richesse, en bref la chose elle-même⁴²¹ protégée par le droit. Ce que les subjectivistes désigneraient comme l'objet du droit de propriété⁴²².

Dans tous les cas, l'activité de l'individu est une activité de fait et son seul rapport au droit est de reposer sur l'abstention des autres telle que l'impose le droit objectif.

B. - Les relations entre personnes

159. - La soumission des individus aux normes objectives a pour effet de tisser un lien entre les individus eux-mêmes. Néanmoins ce lien reste social et ne devient pas juridique. Le seul lien de droit existant dans la théorie objectiviste est le lien vertical de soumission des individus au droit objectif (1°). En général, les partisans de cette thèse rejettent l'idée de sujet de droit qui est elle-même attachée à la notion de droit subjectif. Ils rejettent toute idée d'individualisme et avec elle l'individualisation d'un sujet parmi tous. Individualisation qui, dans la théorie

⁴¹⁸. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 41, p. 445, p. 448.

Selon cet auteur, on est plus près de la réalité lorsqu'on voit dans la propriété non pas une situation juridique subjective mais une situation de droit objectif, une situation légale, c'est-à-dire une situation dont l'étendue et l'objet sont déterminés par le droit objectif, une situation d'ordre général et permanent, une situation qui implique un ensemble d'impératifs positifs ou négatifs pour celui qui détient la chose. Si la propriété est une situation objective, elle n'en est pas moins une richesse, une réalité économique, non pas une réalité juridique (*Ibid.*, par. 41, p. 448).

⁴¹⁹. H. Kelsen (*Op. cit.*, n° 29, p. 176-177 ; par. 41, p. 446). Au mieux, s'agissant des droits sur les biens, la relation à la chose préciserait la relation entre personnes (*Idem*).

⁴²⁰. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 41, p. 445-446 (Les mots en italique sont soulignés par nous).

⁴²¹. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 41, p. 445-448. -- Comp. : M. HAURIOU, *Op. cit.*, p. 65.

⁴²². C'est la raison pour laquelle, selon M. F. ZENATI, la propriété objective est impuissante à traduire la volonté créatrice du droit ou le pouvoir d'agir juridiquement, qui caractérise la situation du propriétaire (Thèse préc., n° 537, p. 732).

subjectiviste, a au moins la vertu de simplifier la présentation du système juridique (2°).

1°. - L'affirmation du lien social

160. - L'exclusion, telle que les objectivistes l'analysent, repose sur les relations entre personnes, mais celles-ci ne sont appréhendées que d'un point de vue social. En même temps qu'ils mettent en relief l'importance du droit objectif dans le règlement des situations des individus, les négateurs du droit subjectif soulignent l'importance des relations entre les personnes dans l'application du droit objectif. L'exercice d'une activité donnée par un individu est permis à la condition que ceux qui l'entourent se conforment aux règles objectives. En ce sens, l'activité d'un seul repose sur l'abstention de tous les autres. Mais ce lien horizontal entre individus n'est pas juridique.

161. - S'agissant de l'exercice d'une activité sur un bien, la propriété par exemple ne sera pas la configuration d'un unique rapport à l'objet ; elle aura plutôt les traits d'une relation aux autres individus par rapport à cet objet. C'est par l'*intermédiaire* de l'exclusion objective et de l'abstention effective de tous les *autres* par rapport à la chose, qu'un individu peut régulièrement exercer son pouvoir sur cette chose et acquiert la qualité de propriétaire. Mais il n'existe aucun rapport juridique direct entre l'individu et la chose. Ce lien est une simple relation de fait. Finalement, la thèse objectiviste a une approche négative des situations juridiques. Plutôt que d'individualiser, parmi tous, une personne titulaire d'un pouvoir juridique, la thèse objectiviste englobe tous les individus *soumis* aux commandements et aux défenses du droit objectif. Là où les adeptes du droit subjectif voient un individu, la thèse objectiviste traite d'une infinité d'individus.

2°. - Le refus de l'individualisation du sujet

162. - Indépendamment de la controverse philosophique et politique de l'individualisme et du socialisme, la confrontation de la thèse objectiviste et de la thèse subjectiviste fait naître la question de l'individualisation. L'individualisation dont il s'agit ne renvoie pas à la nécessité philosophique ou politique de considérer l'homme dans son individualité. Elle désigne l'identification d'un individu parmi tous, celui précisément qui échappe aux normes objectives de prescription ou de prohibitions. Or cette individualisation remplit une fonction de simplification qui manque à la thèse objectiviste.

Alors que le droit objectif, général et abstrait, s'applique à une *infinité* d'individus *déterminables*, le droit subjectif permet d'identifier le sujet qui, parmi tous et dans une situation donnée, est dispensé de se conformer à la norme objective prohibitive ou de prescription. En singularisant le sujet qui échappe aux

commandements et aux défenses objectives, le droit subjectif désigne *juridiquement* celui qui, au sein d'une infinité d'individus et dans une certaine sphère d'évolution, peut valablement profiter d'une chose ou d'une activité et y exercer sa puissance, notamment en disposant ou en modifiant cet ordonnancement juridique. Le droit subjectif remplit bien une fonction de simplification et de sécurité du commerce juridique indéniables⁴²³ : il désigne *un* individu là où les normes objectives visent une infinité de sujets moins un. D'ailleurs les partisans de l'omnipotence du droit objectif n'ont pu totalement faire fi de cette nécessité d'individualiser un individu parmi tous.

163. - Les contradicteurs de la théorie du droit subjectif ne sont pas parvenus à éluder complètement le fait que, sous l'angle de son application, le droit objectif devient subjectif.

H. Kelsen, qui fait primer le droit objectif sur le droit subjectif, attribue un caractère individuel aux commandements et défenses objectives. Il réintroduit cette dimension subjective dans sa conception de l'ordre juridique, en retenant que, dans une situation juridique, il y a *un* sujet de droit. Ce sujet serait un sujet passif, à savoir l'individu contraint par la norme objective à un certain comportement, celui qui peut par sa conduite, soit violer soit exécuter l'obligation constitutive d'un commandement ou d'une défense⁴²⁴. Il eût été plus simple d'attribuer la qualité de sujet de droit à l'individu à l'égard duquel une multiplicité de conduites ordonnées par le droit objectif doit être respectée⁴²⁵. Enfin, en considérant que le droit subjectif ne constitue que le réflexe de cette conduite obligatoire des autres individus ; qu'il ne fait que réfléchir une obligation ; que l'un et l'autre ne forment qu'une seule et même donnée⁴²⁶, Kelsen attribue un caractère individuel aux commandements et défenses objectives et admet, dans une certaine mesure, l'existence du droit subjectif.

Sans effacer l'autorité du droit objectif, L. Duguit lui-même recentre quelque peu le débat sur l'individu. Il rejette la notion d'obligation juridique et celle de sujet de droit support du droit subjectif⁴²⁷, mais il reconnaît que l'individu se trouve dans une situation juridique subjective⁴²⁸. Il admet que la norme juridique est individuelle dans son application, parce qu'elle s'applique uniquement à des volontés individuelles, leur adresse des ordres ou des prohibitions, limite leur sphère d'action,

⁴²³. V. R. BONNARD : « Les systèmes purement objectifs ne rendent pas compte comme il convient de cette participation de l'individu à la vie du droit » (*Op. cit.*, n° 13, p. 41).

⁴²⁴. Selon H. Kelsen, cet individu n'est en aucune manière le sujet mais bien plutôt l'objet de la conduite obligatoire (*Op. cit.*, n° 29, p. 173 ; n° 33, p. 225). -- Dans le même sens : R. BONNARD, *Op. cit.*, n° 3-3°, p. 13 ; n° 14, p. 43 ; n° 16, p. 48.

⁴²⁵. H. Kelsen, *Op. cit.*, n° 29, p. 173. -- Il ne fait référence au sujet actif que de la manière qui suit : le sujet de droit serait une unité de droits et d'obligations ; ce que l'on dénomme habituellement la personne physique ne serait pas un individu qui a des obligations ou des droits mais une construction juridique créée par la science du droit, une unité d'obligations et de droits prévues par des normes juridiques et qui ont pour contenu la conduite d'un individu déterminé (*Ibid.*, n° 33, p. 224-225 ; p. 230-231).

⁴²⁶. « Si l'on appelle " droit " la relation entre un individu à l'égard duquel un autre individu est obligé à une certaine conduite, et cet autre individu, ce droit n'est qu'un réflexe de cette obligation » (H. Kelsen, *Op. cit.*, n° 29, p. 172-173 et note 1 sous ce numéro ; n° 32, p. 217 et s.).

⁴²⁷. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 29, p. 308 ; par. 41, p. 441 ; par. 42, p. 451.

⁴²⁸. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 41, p. 441.

et détermine les rapports des individus entre eux ⁴²⁹. Il reconnaît que l'individu est entouré de normes juridiques, de voies de droit aussi, qui lui sont ouvertes et qui tendent à lui garantir certains avantages en réprimant certains agissements et ce dans des conditions déterminées par le droit objectif ⁴³⁰. La relation entre individus par rapport à une situation ou à une chose données ne demeure donc pas purement sociale. Elle devient juridique.

C'est ce lien qui existe entre, d'une part, le rapport entre individus, et, d'autre part, la relation d'un individu à une situation donnée, que la théorie du droit subjectif intègre sous le couvert de l'opposabilité et de l'obligation passive universelle.

§ 2. - *L'exclusion objective dans la théorie du droit subjectif*

164. - Les défenseurs du droit subjectif le perçoivent comme la relation unique d'un sujet à un objet ou à un autre sujet. Ils mettent l'accent sur le fait que le titulaire du droit subjectif possède un pouvoir juridique et insistent sur la relation existant entre le sujet de droit et l'objet ou la personne sur lesquels il exerce son pouvoir. En revanche, l'exclusion objective mise en avant dans la thèse objectiviste est généralement évoquée lorsqu'il s'agit de désigner l'effet que produit ce droit sur les tiers. L'opposabilité est alors la notion qui fait écho à l'idée d'exclusion objective.

Cette approche classique du droit subjectif permet d'affirmer que le droit réel se résume à un pouvoir de domination sur un bien, contrairement au droit personnel qui associe deux sujets. Corrélativement, le pouvoir demeure la notion commune à tous les droits, qui s'exerce tantôt sur une chose tantôt envers autrui. Seule la thèse personnaliste bouleverse cette classification en intégrant l'exclusion objective dans la structure du droit subjectif. Elle ne remet pas en cause le pouvoir inhérent au droit subjectif ni la différence d'objet auquel se rapportent les droits personnels ou réels. Elle complète plutôt le contenu du droit en intégrant dans la structure du droit les rapports qu'entretient son titulaire avec les tiers. Le droit réel deviendrait personnel parce que construit sur les rapports du titulaire du droit avec les tiers, ceux-ci étant tenus d'un devoir de non immixtion dans son activité.

Cependant la thèse personnaliste est éclipsée par la notion d'opposabilité. Les personnalistes ayant attribué au devoir d'abstention des tiers (l'obligation passive universelle) la nature juridique de l'obligation personnelle d'un débiteur, ils ont eux-mêmes contribué à évincer l'idée de l'exclusion objective des tiers de la structure du droit subjectif.

Ainsi, dans la théorie du droit subjectif, l'exclusion objective des tiers est généralement placée à l'extérieur du droit subjectif par le biais de la notion

⁴²⁹. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 20, p. 214 ; p. 223-224.

⁴³⁰. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 29, p. 307.

d'opposabilité (A) ou maladroitement intégrée dans la définition du droit subjectif sous la dénomination d'obligation passive universelle (B).

A. - L'opposabilité

165. - La notion d'opposabilité rend compte du fait que l'exclusion des tiers est commune à tous les droits (1°) mais elle tend à présenter cette exclusion comme un effet du droit subjectif et du pouvoir qu'il renferme (2°).

1°. - L'exclusion est commune à tous les droits subjectifs

166. - On sait que la distinction des droits réels et des droits personnels selon le critère de l'absolutisme ou de la relativité du droit est approximative. Elle postule que le droit réel seul serait absolu parce qu'il pourrait être opposé par le titulaire à toute autre personne ; tandis que le droit personnel serait relatif puisqu'il est un droit contre une seule personne. Or, nul ne le conteste, dans la mesure où le droit personnel peut être imposé au respect de tous les autres, il est aussi absolu qu'un droit réel⁴³¹. L'opposabilité est une notion inhérente au droit subjectif ; elle est nécessaire à l'existence des droits subjectifs. Sans devoir pour chacun de respecter les prérogatives de ses semblables, celles-ci n'auraient absolument aucune valeur⁴³².

La révélation du caractère absolu ou opposable du droit de créance n'empêche pas de maintenir la distinction entre le droit réel et le droit personnel. D'une part, le droit réel continue d'être défini comme un droit direct sur une chose, pendant que le droit personnel désigne le droit contre autrui. D'autre part, l'obligation de respect des tiers à l'endroit du droit subjectif est définie comme la *qualité* reconnue à un élément de l'ordre juridique - tels que les droits subjectifs⁴³³ - par laquelle il *rayonne* indirectement hors de son cercle d'activité directe⁴³⁴. L'exclusion des tiers est ici perçue comme un effet du droit subjectif et non comme un élément constitutif du droit subjectif.

⁴³¹ J. LIMPENS, De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, 1961, t. 2, n° 27 et s., p. 101 et s. -- J. DUCLOS, *L'opposabilité - Essai d'une théorie générale*, Préf. D. Martin, Bibl. dr. priv., t. 179, L.G.D.J. 1984, n° 131, p. 159-160 ; n° 135, p. 167. -- F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 3è éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 348, p. 303.

⁴³² J. DUCLOS, thèse préc., n° 129, p. 156-157 ; n° 132, p. 162-163 ; n° 133, p. 164 ; n° 134, p. 165.

⁴³³ Le terrain de l'opposabilité s'étend au-delà du domaine des droits subjectifs. Elle se manifeste également à l'endroit des droits dits extrapatrimoniaux, des faits juridiques, les actes juridiques conventionnels ou juridictionnels et des situations juridiques (J. DUCLOS, thèse préc., spéc. n° 4, p. 26 ; n° 12-2, p. 35). Par exemple, l'opposabilité répercute dans le milieu juridique la disparition du droit subjectif ou de la situation juridique voulue par les parties à la convention (*Ibid.*, n° 48, p. 73). L'opposabilité peut même se retourner contre celui qui échappe à l'exclusion objective. Lorsque deux individus passent une convention qui crée, modifie, transmet ou éteint une situation juridique ou un droit subjectif, les tiers peuvent l'opposer aux parties comme un simple fait juridique pour leur imposer le respect des conséquences qui en découlent pour elles (*Ibid.*, n° 57 et s., p. 81 et s. ; spéc. n° 59, p. 85).

⁴³⁴ J. DUCLOS, thèse préc., n° 2-1, p. 22.

2°. - L'exclusion est un simple *effet* du droit subjectif

167. - Comme à travers l'opposabilité c'est notamment l'exclusivité commune à tous les droits subjectifs qui est désignée, il peut sembler inutile de recourir aux thèses négatrices du droit subjectif pour expliquer le concept de droit subjectif et le phénomène de l'exclusion des tiers de la sphère d'activité d'un sujet. A vrai dire, cet examen n'est pas superflu.

L'opposabilité du droit subjectif ne fait qu'une place secondaire à l'exclusivité du sujet en ce sens où, telle que la doctrine classique la définit, l'opposabilité est un *effet* ou une conséquence du pouvoir juridique constitutif du droit subjectif. L'exclusion des tiers émane du droit subjectif, elle n'est que la résultante du pouvoir que contient le droit subjectif. C'est grâce au droit subjectif que l'individu peut exclure les tiers de sa sphère d'activité. En d'autres termes, dans la définition du droit subjectif, l'exclusivité passe après la notion de pouvoir. Elle relève du régime du droit subjectif. Or les objectivistes ont fait ressortir cette idée que l'individu exerce une activité donnée parce que les tiers ne sont pas dans une position telle qu'il leur soit permis de l'exercer. Alors l'exclusion des tiers relève de l'essence même du droit subjectif. C'est par l'existence de ce devoir d'abstention que le droit subjectif prend forme et vient remplacer une situation de pur fait.

Les personnalistes ont accueilli cette idée en érigeant l'obligation passive universelle en caractéristique et composant commun à tous les droits.

B. - L'obligation passive universelle

168. - Les partisans de l'obligation passive universelle soutiennent l'idée que les droits reposent sur des relations de personne à personne, y compris lorsqu'ils se rapportent à une chose. Ce faisant, ils admettent l'idée que le devoir d'une infinité d'individus de ne pas s'immiscer dans l'exercice d'une activité donnée participe de la définition du droit subjectif. Ils introduisent l'exclusion des tiers dans la structure-même du droit subjectif (1°). Pourtant, la thèse personnaliste a été critiquée. Sa défaillance tient au fait d'avoir rabaissé et cantonné cette obligation, après l'avoir érigée en élément constitutif du droit subjectif. Les disciples de l'obligation passive universelle lui ont, en effet, attribué la nature juridique de l'obligation du débiteur dans un droit personnel, confondant un devoir général de soumission au droit objectif avec un engagement spécial d'exécution pris à l'égard d'une personne en particulier (2°).

1°. - L'introduction de l'exclusion dans la structure du droit subjectif

169. - La thèse personnaliste voit une obligation non seulement dans le droit de créance mais encore dans le droit de propriété, le droit d'usufruit et les autres droits réels. KANT⁴³⁵ et ROGUIN⁴³⁶ ont fait naître l'idée, PLANIOL et ses disciples l'ont diffusée et développée.

Ainsi, PLANIOL écrit : « Un droit réel est [...] un *rapport juridique, établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs*. Ce rapport est d'ordre obligatoire, c'est-à-dire qu'il a la *même nature que les obligations proprement dites*. L'obligation imposée à tous autres que le titulaire du droit est *purement négative*, elle consiste à s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler la possession paisible que la loi veut assurer à ce dernier. Le droit réel doit donc être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire, dans lequel le sujet actif et simple et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est illimité en nombre et comprend toutes les personnes qui entrent en relation avec le sujet actif. C'est le rôle effacé imposé à ces dernières, qui empêche de les apercevoir et de se rendre compte de la nature du rapport qu'elles contribuent à former. Comme on ne leur demande qu'une abstention, qui est l'état normal, elles disparaissent et on ne voit plus que le titulaire du droit en possession de la chose qui lui est attribuée. De là, l'idée vulgaire du rapport direct d'une personne avec une chose, idée superficielle, fausse comme conception juridique »⁴³⁷.

Les disciples de PLANIOL ont développé cette thèse. « Il n'y a de droit que de personne à personne et non de personne à chose », écrit QUERU⁴³⁸.

⁴³⁵. A propos du droit réel, KANT écrit : « La définition réelle se formulerait donc ainsi : *le droit sur une chose* (mots soulignés par l'auteur) est le droit de faire un usage privé d'une chose que je possède (originellement ou de par un accord contractuel) en commun avec tous les autres. En effet, cette possession commune est l'unique condition sous laquelle il est seulement possible, que j'exclue tout autre possesseur de l'usage privé de la chose, car sans présupposer cette possession commune, on ne peut concevoir, comment moi, qui ne suis pas en possession de la chose, je puis être lésé par d'autres qui la possèdent et en font usage. *Par mon arbitre seul je ne puis obliger personne à s'abstenir de faire usage d'une chose à propos de laquelle il n'aurait autrement aucune obligation ; je ne le puis donc que par l'union des arbitres de tous dans cette possession commune* (mots soulignés par nous). Autrement il faudrait concevoir le droit sur une chose comme si la chose avait envers moi une obligation et il faudrait en dériver enfin le droit s'opposant à tout autre possesseur de celle-là ; ce qui est une manière de se représenter la question tout à fait absurde [...] Il n'y a donc en s'exprimant avec rigueur et à la lettre, aucun droit (direct) sur une chose, mais on appelle ainsi uniquement le droit de quelqu'un envers une personne, qui avec tous les autres (dans l'état civil) est en communauté de possession » (*Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, trad. fr. 1971 par A. Philonenko, Préf. M. Villey, Paris, Vrin, 5^e éd. 1993, par. 11, p. 137).

⁴³⁶. E. ROGUIN, *La règle de droit*, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, 1889, n° 25-26, p. 51 et s. ; n° 106-126, p. 207-243. -- *Adde* du même auteur : *La science juridique pure*, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, 1923, t. I, n° 125, p. 178-180 et t. III, n° 921 et s., p. 637 et s.

⁴³⁷. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. I, *Introduction générale*, Paris, 1896, n° 2158-2160, p. 686-687 (les mots en italique sont soulignés par nous). -- *Adde* : M. PICARD (*Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. III, *Les biens*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, n° 37 et s., p. 42 et s.). Quoique cet auteur considère que le sujet passif n'est pas un nombre de personnes illimité (car de nombreux hommes ne seront jamais en rapport avec le bénéficiaire du droit) mais un *sujet passif indéterminé*, c'est-à-dire tout sujet qui s'opposera à la revendication du propriétaire (*Ibid.*, n° 39, p. 44).

⁴³⁸. R. QUERU, *Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, Caen, 1905, p. 14 ; p. 316.

Pour les personnalistes, l'obligation de ne pas faire qui pèse sur les tiers à la propriété, au droit d'usufruit ou autre droit réel correspond à l'obligation de faire ou de ne pas faire qui grève un ou plusieurs débiteurs dans le droit dit personnel. Tous les droits présentent le caractère commun d'une restriction de liberté imposée à tous ou à quelques uns au profit de tous ou de quelques uns⁴³⁹ et cette obligation est tout à la fois juridique et sociale⁴⁴⁰.

C'est ainsi que la théorie personnaliste attribue une place importante à l'exclusion objective dans la structure du droit et qu'elle est amenée à concevoir le droit de propriété et le droit réel comme des espèces particulières de droit personnel.

170. - En effet, la théorie personnaliste rend caduque la distinction classique du droit réel et du droit personnel puisque, dans cette théorie, le droit réel est l'obligation imposée à tous, sauf au sujet actif, de s'abstenir d'un acte ou d'un ensemble d'actes relatifs à une chose matérielle⁴⁴¹. C'est un rapport juridique entre une personne et toutes les autres qui garantit la possession d'une chose corporelle extérieure, pour une jouissance exclusive⁴⁴². Le droit de propriété n'est donc plus un droit sur la chose ; il a la structure d'un lien de personne à personne. Le sujet actif est le propriétaire et le sujet passif tous les autres hommes, tenus implicitement - en vertu des lois acceptées comme telles - de s'abstenir d'accomplir relativement à la chose un acte quelconque contre le gré du propriétaire⁴⁴³. Ce qui conduit à l'abandon de la distinction traditionnelle du droit réel et du droit personnel. Les choses ne peuvent être que l'objet et jamais le sujet - même passif - du droit⁴⁴⁴. La distinction classique du droit réel et du droit personnel doit laisser la place à la distinction des droits absolus et des droits relatifs⁴⁴⁵. Les premiers n'auraient pour objet⁴⁴⁶ qu'une abstention due par tous, à l'exception du titulaire du droit, et, en

⁴³⁹ H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Paris, 1900, p. 258.

⁴⁴⁰ R. QUERU, thèse préc., p. 14-15 ; p. 100 ; p. 172 ; p. 327-328.

⁴⁴¹ E. ROGUIN, *La règle de droit*, préc., n° 145, p. 269. -- H. MICHAS, thèse préc., p. 182, p. 201.

⁴⁴² C. PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, Paris, 1909, p. 67.

⁴⁴³ H. MICHAS, thèse préc., p. 226.

⁴⁴⁴ R. QUERU, thèse préc., p. 14 ; p. 171.

⁴⁴⁵ E. ROGUIN, *La règle de droit*, préc., n° 106-126, p. 207-243 ; *adde* n° 25-26, p. 51 et s. -- R. QUERU, thèse préc., p. 175. -- B. MINEI conteste cette distinction posée entre les droits absolus et les droits relatifs, aux lieu et place de la distinction classique des droits réels et des droits personnels, au motif qu'il n'existe pas de différence entre le devoir qui incombe aux tiers de respecter le droit réel et celui qui les force au respect du droit de créance. En ce sens, les droits dits relatifs sont aussi des droits absolus (*Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, Paris, 1912, n° 188, p. 283-284). Cet auteur conserve donc la distinction entre le droit réel et le droit personnel. Le premier est un pouvoir que la société reconnaît au titulaire du droit *sur* une chose et le second un pouvoir que la société reconnaît *sur* une personne - affirmer que le droit existe *contre* le débiteur ou *contre* la chose ferait penser qu'il n'existe pas contre les tiers (*Ibid.*, n° 204, p. 308-309). En dépit de cette critique, l'auteur affirme plus loin que le débiteur serait dans la même situation juridique qu'un tiers quelconque et occuperait, dans le droit de créance, exactement la même position que celle que le possesseur tient dans le droit réel (*Ibid.*, n° 234-235, p. 252-257). -- Rapp. L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Toulouse, 1912.

⁴⁴⁶ L'objet du droit n'étant pas entendu comme la chose à l'occasion de laquelle le droit naît ou s'exerce mais comme le fait, positif ou négatif, dont la réalisation intéresse les personnes figurant dans le rapport de droit (E. ROGUIN, *La règle de droit*, préc., n° 23 et s., p. 48 et s. et *La science juridique pure*,

vertu de cette obligation passive universelle, ils assureraient au sujet actif un pouvoir sur une chose, leur individualité, leur activité, leur propre corps, celui d'autrui ou des objets inanimés ⁴⁴⁷. La propriété serait le droit absolu par excellence ⁴⁴⁸. Quant aux droits relatifs, ils pourraient avoir un contenu positif ou négatif et garantiraient au créancier, à l'égard d'une ou plusieurs autres personnes, l'existence d'un certain état d'activité ou d'inaction ⁴⁴⁹.

La thèse personnaliste souligne donc l'importance des relations de personne à personne dans la construction du droit et, par conséquent, le caractère social du droit ; pourtant, ainsi définie, elle n'est pas la panacée.

2°. - L'ambiguïté de l'obligation passive universelle

171. - On a justement reproché aux défenseurs de la thèse personnaliste de confondre l'obligation passive personnelle et l'obligation passive universelle alors que ces deux types d'obligation n'ont pas le même contenu ni la même nature.

Assimiler l'obligation passive universelle à l'obligation du débiteur c'est confondre le rapport externe du droit (les relations du titulaire du droit avec les tiers) et le rapport interne du droit (le lien créancier-débiteur ou le pouvoir de domination sur la chose) ⁴⁵⁰. La preuve en est, le droit réel est différent du droit de créance par son côté interne, c'est-à-dire par son contenu et par son objet ⁴⁵¹. Le côté interne du droit réel serait le pouvoir de domination sur la chose ⁴⁵² et le côté interne du droit de créance, envisagé du même point de vue, consisterait essentiellement dans l'attribution à un sujet de droit d'une certaine prestation à accomplir par une autre personne, que cette prestation soit un fait ou une abstention ⁴⁵³. Le débiteur est, en effet, redevable d'une prestation qui ne pèse sur nul autre que lui et qui consiste à effectuer un fait positif - une tradition, un ouvrage - ou négatif - une abstention. Cette obligation au sens strict du terme ne se confond pas avec le devoir universel des tiers de respecter une situation juridique dont ils ont connaissance et dont le

t. III, préc., n° 941, p. 663. -- H. MICHAS, thèse préc., p. 134. -- R. QUERU, thèse préc., p. 195. -- C. PRODAN, thèse préc., p. 40).

⁴⁴⁷. E. ROGUIN, *La règle de droit*, préc., n° 25, p. 51 ; n° 106, p. 207 et *La science juridique pure*, t. III, préc., n° 941, p. 662 et s. ; n° 1050 et s., p. 794 et s. -- *Adde* : R. QUERU, thèse préc., p. 227.

⁴⁴⁸. E. ROGUIN, *La science juridique pure*, t. I, préc., n° 147, p. 274 et t. III, n° 1091, p. 837. -- R. QUERU, thèse préc., p. 196 ; v. égal. sur les droits absolus dérivés comme l'usufruit : *Ibid.*, p. 226.

⁴⁴⁹. E. ROGUIN, *La règle de droit*, préc., n° 106, p. 207 et *La science juridique pure*, t. III, préc., n° 1155 et s., p. 913 et s. -- R. QUERU, thèse préc., p. 196, p. 213, p. 227.

⁴⁵⁰. Selon J. DUCLOS, à l'endroit du droit de créance, la thèse personnaliste aboutit à confondre le domaine de l'opposabilité ou l'opposabilité du droit personnel aux tiers, d'une part, et le domaine de la relativité ou l'effet obligatoire du droit personnel, d'autre part (thèse préc., n° 130, p. 159 ; n° 135, p. 166-167 ; n° 144, p. 175 ; n° 152, p. 182 ; n° 154, p. 183-184 ; n° 170, p. 196). -- L. RIGAUD, thèse préc., p. 11, p. 308-309, p. 342-343, p. 395 et s. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 55, p. 86-87. -- F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 1996, n° 132, p. 162, p. 163, p. 168 ; n° 348, p. 303. -- V. égal. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1992, n° 37, p. 32.

⁴⁵¹. L. RIGAUD, thèse préc., p. 343 ; v. égal. p. 395 et s.

⁴⁵². L. RIGAUD, thèse préc., p. 341. -- Comp. M. PICARD (*Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. III, *Les biens*, préc., n° 39, p. 44-45).

⁴⁵³. L. RIGAUD, thèse préc., p. 342.

débiteur est d'ailleurs également tenu. Elle n'en a ni le contenu ni la nature. En particulier, lorsque l'obligation du débiteur réside dans une abstention, celle-ci ne doit pas être entendue comme la défense faite au débiteur de s'immiscer dans la sphère d'action du créancier, mais comme l'interdiction faite au débiteur d'effectuer un acte que le droit objectif et l'opposabilité ne l'empêchent pas nécessairement d'accomplir. D'ailleurs, l'obligation du public de respecter les droits d'autrui est purement passive ⁴⁵⁴, aucune créance au sens patrimoniale du terme n'en est le reflet. L'obligation passive universelle n'est pas comptabilisable, contrairement à l'obligation du débiteur qui est patrimoniale ⁴⁵⁵. En outre, l'obligation passive universelle s'attache au droit de créance indépendamment de l'obligation purement personnelle dont il est porteur.

Il faut noter que si les personnalistes placent sur le même plan l'obligation passive universelle et l'obligation personnelle du débiteur, certains ont plus subtilement distingué de l'obligation passive universelle, une notion qui échappe aux griefs avancés à l'encontre de l'obligation passive universelle : le devoir des tiers de souffrir l'activité de fait du titulaire du droit.

Pour ces auteurs, le devoir de non-immixtion est un *pati* qui n'est pas partie intégrante de l'obligation passive universelle et qui ne forme pas une dette ; ce *pati* est extra-juridique et extérieur à la structure du droit ⁴⁵⁶. Alors que l'obligation dite passive et universelle est une obligation de *non facere*, une dette, de même nature que l'obligation du débiteur dans le droit personnel, mais dont le débiteur est une masse d'individus.

Cependant, même cette distinction est confuse. En premier lieu, le devoir de non immixtion est placé, par les personnalistes, à l'extérieur de la structure du droit subjectif. En second lieu, cette vision ne fait que reporter la critique sur la question de savoir s'il est possible de dissocier l'obligation passive universelle et le devoir de non immixtion. Une telle dissociation semble difficile à soutenir. Le devoir des tiers de supporter l'activité du titulaire du droit implique l'obligation de tous de ne pas porter atteinte à cette activité. Le *pati* ou devoir de non immixtion implique le *non facere* que les personnalistes voient dans l'obligation passive universelle.

Finalement, l'obligation passive universelle et l'obligation du débiteur ont pour seul point commun d'être des relations de personne à personne, mais les personnalistes ont eu le mérite d'introduire dans la théorie du droit subjectif la thèse selon laquelle le droit subjectif est la résultante de l'application du droit objectif aux comportements individuels.

⁴⁵⁴. M. HAURIOU, *Op. cit.*, p. 168.

⁴⁵⁵. L'obligation passive universelle « ne diminue en rien les facultés légales des hommes qui se la doivent mutuellement, elle ne figure pas par suite dans leur patrimoine, comme un élément passif [...] Ce n'est qu'une des formes du respect de la liberté d'autrui » (D. FERRU, *La notion de servitude*, L.G.D.J. 1973, p. 100). -- L. RIGAUD, thèse préc., p. 208 et s.

⁴⁵⁶. H. MICHAS, thèse préc., p. 201-202. -- R. QUERU, thèse préc., p. 206 et s., p. 220.

172. - Une seconde critique, moins convaincante, a pu être avancée à l'encontre de la théorie personnaliste : l'obligation passive universelle étant commune à tous les droits, elle ne pourrait être la caractéristique d'un droit ⁴⁵⁷.

La conclusion nous semble inverse. Même si la catégorie des droits sur les biens ne peut pas être occultée par la catégorie juridique des droits personnels et même si l'obligation passive universelle n'est pas l'obligation purement personnelle appliquée aux droits sur les biens, le fait que l'obligation d'abstention des tiers soit commune à tous les droits suggère bien d'admettre sa participation à la structure du droit subjectif en général ! Les droits sur les biens, dits droits patrimoniaux, et les droits extrapatrimoniaux sur les éléments de la personne auraient pour point commun cette structure. Et c'est précisément le mérite de la théorie personnaliste que d'avoir érigé l'exclusion objective des tiers en élément constitutif des droits et spécialement du droit de propriété et d'avoir ainsi indirectement contribué à l'idée que l'exclusivisme est l'essence du droit subjectif. Le droit subjectif est exclusivisme et il se confond presque avec le sujet de droit.

§ 3. - *L'exclusivité du sujet de droit*

173. - Avant d'être un pouvoir juridique, le droit subjectif est une sphère d'exclusion des tiers telle que la décrivent les objectivistes. Sa structure se calque sur le double rapport mis en relief par les objectivistes : celui de la *relation* d'un individu aux autres individus, par rapport à un objet, en vertu de leur *soumission* au droit objectif. C'est la raison pour laquelle la notion de sujet de droit est au centre du système juridique et aide à la détermination du droit subjectif, même si la coïncidence entre le sujet de droit et le droit subjectif n'est pas totale (A).

Certes, les contradicteurs de la thèse personnaliste ne fondent pas seulement leur critique sur la confusion faite entre l'obligation personnelle d'un débiteur et le devoir de non immixtion des tiers, elle prend encore appui sur l'observation que ce devoir général d'abstention correspond à l'aspect externe et à la garantie du droit. Mais c'est confondre le droit subjectif et son contentieux. L'apparition du droit subjectif n'est pas concomitante de sa violation. Il ne se confond pas avec l'action destinée à sanctionner l'atteinte qui lui est portée (B).

⁴⁵⁷ L. RIGAUD, thèse préc., p. 208 et s. ; p. 217. -- S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960, n° 4, p. 10-11 ; v. égal. les auteurs cités par GINOSSAR en note 19, p. 10. -- D. FERRU, thèse préc., p. 100. -- Rappr. F. ZENATI, thèse préc., n° 55, p. 86-87.

Cf. M. FABRE-MAGNAN selon qui tous les droits sont des liens sociaux, des rapports aux autres (*Loc. cit.*, n° 1, p. 584 ; v. égal. sur le droit subjectif de propriété en particulier : n° 3, p. 585 ; n° 7, p. 588, n° 32, p. 608).

A. - La coïncidence du droit subjectif et du sujet de droit

174. - L'individualisation de l'individu qui échappe aux commandements et aux défenses des normes objectives aboutit à la notion de situations juridiques subjectives telle que ROUBIER l'entend, c'est-à-dire à une situation individuelle régie par le droit objectif et sur laquelle l'individu a une certaine emprise. Dans cette conception, le droit subjectif est donc profondément attaché au sujet de droit et on peut se demander s'ils ne se confondent pas (1°). D'autant plus que le sujet qui bénéficie de cette situation juridique à l'exclusion de tout autre individu, a, dans les limites de cette situation juridique, la liberté d'action (2°).

1°. - Le droit subjectif, sphère de liberté du sujet

175. - En vérité, la confusion entre le droit subjectif et le sujet de droit n'est pas totale : le droit subjectif dessine une sphère de liberté du sujet délimitée, d'un côté, par le sujet (*a*), et de l'autre, par un objet (*b*).

a) Le droit subjectif, situation juridique subjective

176. - ROUBIER substitue à la distinction du droit et des droits, la distinction des règles juridiques et des situations juridiques. Il entend par règles juridiques, les règles générales et abstraites qui gouvernent les relations juridiques dans une société. Et il définit les situations juridiques comme les situations individuelles et concrètes dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes les unes vis-à-vis des autres, sur la base des règles juridiques définies, et dont elles peuvent disposer comme d'un véritable bien ⁴⁵⁸. Ces situations juridiques sont de deux types. Les premières englobent les situations juridiques objectives ; elles comportent le plus souvent des charges et ne permettent pas à leurs titulaires de librement s'en désister (ce sont par exemple l'incapacité, la responsabilité, le mariage, la filiation etc.). Les secondes désignent les situations juridiques subjectives ou droits subjectifs, qui visent les prérogatives appropriées par les sujets et dont ils peuvent disposer comme de véritables biens (et de donner les exemples des droits de propriété, de créance, de succession, d'auteur) ⁴⁵⁹.

Le droit objectif laisse la place à la volonté individuelle dans la mesure où l'individu peut participer à la création de situations juridiques qui l'intéressent. Aux côtés des situations juridiques objectives, légales ou réglementaires, dans lesquelles le droit objectif s'impose et s'applique à l'individu lorsqu'il a un comportement prévu par la norme objective ⁴⁶⁰, les situations juridiques subjectives ou individuelles sont

⁴⁵⁸. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, n° 1, p. 2.

⁴⁵⁹. P. ROUBIER, *Op. cit.*, n° 1, p. 2.

⁴⁶⁰. Pour R. BONNARD, dans le cas des situations juridiques légales ou réglementaires, les individus sont simplement investis de situations juridiques, de plein droit, après réalisation de certains

souvent des situations prévues par le droit objectif, et dont la mise en place est provoquée par l'individu. De cette manière, l'individu peut parfois provoquer la naissance d'une exclusivité à son profit ⁴⁶¹.

Ainsi, lorsqu'ils traitent de ces situations juridiques et spécialement des situations juridiques individuelles ou droits subjectifs, les auteurs prônent l'individualisation du sujet qui profite de l'application des normes objectives. Ils centrent le débat sur l'individu et semblent prendre le contre-pied de la thèse objectiviste. Toutefois, parler de situations juridiques n'est pas signifier que la situation juridique d'un sujet est entièrement construite par lui. C'est en raison de son existence ou de son comportement, volontaire ou inconscient, que l'individu se trouve placé ou se place dans une situation telle que les normes objectives lui dictent ou ne lui dictent pas de prescriptions ou de prohibitions tandis qu'elles adressent aux tiers des prescriptions ou prohibitions similaires ou opposées : la situation juridique est une application du droit objectif à l'individu.

En revanche, il est vrai que la notion de « situation juridique individuelle » découvre la coïncidence du sujet de droit et du droit subjectif.

177. - Le droit subjectif se confond presque avec le sujet de droit lui-même puisque le sujet et son activité sont le centre d'intérêt du droit objectif. Cette coïncidence, accentuée, entre le sujet de droit et le droit subjectif, par le biais de la notion de situation juridique individuelle, exprime l'exclusivisme qui compose le droit subjectif et l'exclusivité qui profite au sujet. Si le sujet remplit les conditions requises par la loi, sa situation de fait devient un monopole d'activité et un droit subjectif. Tandis que les autres sujets en sont exclus. RIGAUD qui considérerait que l'obligation passive universelle dont profite le titulaire du droit réel ne peut servir à constituer ni à caractériser ce droit pour la triple raison qu'elle est commune à tous les droits, qu'elle n'est pas patrimoniale et qu'elle ne renseigne pas suffisamment sur

faits matériels ou après accomplissement de certains actes juridiques (*Op. cit.*, n° 13-14, p. 41-44). S'agissant des situations juridiques individuelles et spécialement celles qui sont issues des contrats, les stades sont inversés : les deux sujets entrent en relation avant que ne soit établie la situation juridique parce que c'est précisément pour l'établir qu'ils entrent en relation (*Ibid.*, n° 14, p. 44-45). -- L. DUGUIT semble adopter une position semblable à celle de R. Bonnard en distinguant les situations juridiques objectives (exemple : l'acquisition de la qualité d'électeur) et les situations juridiques subjectives (exemple : situation qui naît à la suite d'un contrat). Il précise que les premières sont générales et permanentes. Tandis que les secondes sont spéciales (elles ne concernent qu'une ou plusieurs personnes individuellement déterminées) et temporaires (lorsqu'est accompli l'agissement qui s'y rattache ou lorsqu'a été une fois exercée la voie de droit qui la sanctionne, elles disparaissent) (*Op. cit.*, par. 29, p. 312-313). -- V. égal. WINDSCHEID (*Pandektenrecht*, t. 1, par Kipp, Francfort, 8^e éd., 1900, par. 37, p. 130-131 et 9^e éd., par. 37, n° 3, p. 163) repris par DE VISSCHER (*Loc. cit.*, p. 340), L. DUGUIT (*Op. cit.*, par. 25, p. 276), DABIN (*Op. cit.*, p. 59) et D. BERRA (Thèse préc., p. 909).

Cf. H. KELSEN estime que, même en matière contractuelle, l'autonomie de l'individu n'est pas pleine et entière. Parce que le contrat est institué comme acte créateur de droit par le droit objectif, de sorte qu'en dernière analyse la détermination juridique émane précisément de ce droit objectif, et non du sujet de droit qui lui est soumis (*Op. cit.*, n° 33, p. 226-227).

⁴⁶¹. V. R. BONNARD : « Les systèmes purement objectifs ne rendent pas compte comme il convient de cette participation de l'individu à la vie du droit » (*Op. cit.*, n° 13, p. 41).

le contenu du droit réel ⁴⁶², reconnaissait lui-même son existence parce qu'il faut notamment faire ressortir que le droit réel s'exerce dans un ensemble social ⁴⁶³.

En somme, par l'abstention d'une infinité d'individus, une personne a un monopole d'action dans une situation juridique donnée. C'est en ce sens que l'exclusivisme du droit subjectif ou l'exclusivité du sujet est le revers de l'exclusion des tiers. A tel point que la situation juridique subjective, ou le droit subjectif ⁴⁶⁴, se confondrait avec le sujet de droit, si elle n'était limitée, pour une autre part, par un objet.

b) Le droit subjectif, projection du sujet sur un objet

178. - La sphère de liberté du titulaire du droit subjectif est, par définition, géographiquement délimitée. ROUBIER oppose les situations juridiques subjectives (ou droits subjectifs) aux situations juridiques objectives. Les premières, contrairement aux secondes, se rapportent à un bien. Le droit subjectif dessine, en effet, une sphère de libre activité délimitée, d'un côté, par la personne du sujet, et de l'autre, par un objet.

De manière générale, les situations juridiques subjectives ne sont pas des situations dans lesquelles le sujet peut agir librement sans limite. Le sujet qui, en raison de l'exclusion des autres individus, bénéficie d'une sphère de liberté échappe aux prescriptions ou aux interdictions du droit objectif *par rapport à un objet précis*. Et cet objet peut être matériel, immatériel, corporel ou moral, patrimonial ou non pécuniaire... Il peut s'agir d'une chose, d'une créance, du nom de la personne, des biens d'une succession, d'une œuvre littéraire et artistique, de l'image de la personne etc. C'est par rapport à cet objet que le sujet peut librement agir. Hors de cette relation, il ne dispose plus d'une liberté d'action.

⁴⁶². L. RIGAUD, thèse préc., p. 208 et s.

⁴⁶³. L. RIGAUD, thèse préc., p. 147. -- Adde J. OLIER reconnaît également qu'il n'est pas de droit possible en dehors de la vie sociale et que tout droit a un sujet passif qui, dans le droit réel, est l'ensemble des personnes vivant dans l'Etat et qui, dans le droit de créance est masquée par l'obligation de faire ou ne pas faire du débiteur (Distinction entre les droits réels et les droits personnels, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1896, 3°, B, p. 469). Tandis que DE VISSCHER, sans nier le droit subjectif, estime que « la propriété est un droit réel, c'est-à-dire un droit opposable à tous, et non un droit sur une chose » (*Loc. cit.*, p. 337). Pour illustrer son idée, F. DE VISSCHER écrit : « Je possède un terrain labourable de cinquante ares. Ce droit comporte un ensemble nettement déterminé de rapports juridiques avec mes concitoyens. Je puis, à l'exclusion de tous autres, cultiver ces cinquante ares, m'y promener, etc. » (*Ibid.*, p. 340). D'où son idée que « nos sens nous permettent d'avoir avec les choses des rapports physiques ; mais nous ne connaissons aucun sens capable d'ouvrir notre conscience à de mystérieuses relations juridiques avec elles [...] Notre situation matérielle vis-à-vis des choses n'acquiert une signification juridique que si nous la remettons en relation sociale d'opposition avec nos semblables » écrit F. DE VISSCHER (*Ibid.*, p. 338).

⁴⁶⁴. La notion de droit subjectif n'est pas une notion superflue. Le mot « droit » auquel on ajoute les adjectifs « objectif » et « subjectif », est plus clair que les expressions « situation de droit » ou « situation juridique subjective », ne serait-ce que par son usage enraciné (F. GÉNY, *loc. cit.*, n° 11, p. 802. Les mots ou expressions entre guillemets sont soulignés par l'auteur). -- Dans le même sens : O. IONESCU (*La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Paris, 1931, Bruxelles, 2^e éd., 1978, n° 5, p. 29).

La situation juridique ou droit subjectif ne se confond donc pas avec le sujet de droit ; elle se présente plutôt comme la projection d'un sujet sur un objet.

Si l'objet qui borne la sphère d'exclusivité du sujet est un bien, le droit subjectif apparaît clairement distinct du sujet de droit. Par exemple, la chose dans le commerce dont le sujet est propriétaire se différencie nettement de la personne humaine et de la personnalité juridique. Même lorsque son objet est extrapatrimonial, le droit subjectif se distingue du sujet. Ainsi, l'objet du droit moral de l'auteur est extérieur à l'auteur. Il est constitué par l'œuvre. Le droit moral de l'auteur protège, en effet, la personnalité du sujet telle qu'elle s'est exprimée et extériorisée dans l'œuvre⁴⁶⁵. Enfin, si l'objet qui borne la sphère d'exclusivité du sujet n'est ni un bien commun ni un bien original telle qu'une œuvre, mais une partie du sujet (son nom, son image par exemple), la situation juridique et le sujet de droit ne coïncident pas totalement. Dans cette hypothèse, le droit subjectif (ou la situation juridique subjective) porte sur le sujet de droit envisagé sous un certain aspect, celui de son individualité (son nom) ou de son image par exemple.

Ces situations juridiques subjectives ou droits subjectifs désignent donc la relation d'un individu par rapport à un objet, patrimonial ou extrapatrimonial, par l'intermédiaire des tiers. Et parce qu'il bénéficie de cette situation juridique à l'exclusion de tout autre individu, le sujet de droit a, dans les limites de cette situation juridique, la liberté d'agir.

2°. - Le droit subjectif, sphère d'action du sujet

179. - Dans la théorie du droit subjectif, l'exclusivité a un statut secondaire par rapport au pouvoir. Ou bien le droit subjectif est perçu comme le pouvoir qui appartient en propre à un individu. L'exclusivité surplombe alors le droit subjectif et l'adjectif « exclusif » désigne cette *qualité* qu'a le pouvoir d'être l'*objet* de l'exclusivité d'un sujet. Ou bien le droit subjectif est conçu comme un pouvoir qui exclut les tiers. L'exclusivité apparaît alors comme un *effet* du droit subjectif et elle exprime l'idée que le pouvoir est *la source* de l'exclusion des tiers. Dans tous les cas, elle passe au second plan derrière la notion de pouvoir inclus dans le droit subjectif⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵. V. *infra* : n° 227.

⁴⁶⁶. Ainsi, le doyen G. CORNU considère que l'absolutisme de la propriété est la cause de son exclusivité (*Droit civil, Introduction - Les personnes - Les biens*, 8^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, Droit Privé, 1997, n° 1034, p. 353). La solution est logique dans la mesure où l'auteur fait du pouvoir l'élément fondateur du droit subjectif. -- G. MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS n'évoque pas même l'exclusivisme du droit subjectif puisqu'il le définit comme une prérogative reconnue par l'ordre juridique au profit d'un particulier, en tant que personne et membre de la société, dans le but de déployer une activité utile à lui-même et au bien commun (L'évolution récente de la notion de droit subjectif, *Rev. trim. civ.* 1966, p. 235). -- Comp. : pour ce qui touche au droit de propriété, Mme FABRE-MAGNAN semble placer l'exclusivité et le pouvoir sur la chose sur un plan d'égalité. Elle considère, en effet, que « *la propriété est essentiellement la protection juridique contre autrui d'un pouvoir sur une chose* ». Comme tous les autres

Lorsque le droit subjectif est défini avant tout comme une exclusivité, ce rapport s'inverse.

Si l'exclusivité désigne le sphère d'activité constitutive du droit subjectif, elle n'est plus la qualité ou la conséquence du pouvoir juridique que peut conférer le droit subjectif ; elle en est la *cause*⁴⁶⁷. C'est parce que le sujet profite d'un espace juridique - la situation juridique individuelle ou droit subjectif - qu'il peut déployer ses pouvoirs. Le phénomène d'exclusion attaché au droit subjectif permet au sujet d'agir librement et comme il l'entend.

C'est ainsi que l'examen des conditions d'apparition du droit subjectif impose d'inverser le rapport du pouvoir à l'exclusivisme : le pouvoir que le titulaire du droit subjectif est autorisé à exercer découle de l'exclusivisme de ce droit subjectif et non l'inverse. C'est également la raison pour laquelle le pouvoir du sujet bénéficiaire d'un droit subjectif est juridique.

180. - Le pouvoir du sujet de droit sur l'objet de son droit constitue un pouvoir juridique, et ne demeure pas un simple pouvoir de fait, parce qu'il découle d'une exclusivité qui est juridique. L'exclusivisme caractéristique du droit subjectif est une application du droit objectif. Dans la mesure où cet exclusivisme est l'enveloppe du pouvoir du sujet de droit, par ricochet, ce pouvoir est lui-même permis par le droit objectif et il acquiert, de cette manière, la juridicité. On peut noter qu'il n'est pas seulement juridique par son origine et qu'il peut l'être également par son effet. Lorsque l'exercice du pouvoir conféré au sujet par le droit subjectif produit une modification de l'ordonnancement juridique, l'acte accompli est un acte juridique. C'est sous cette forme que le droit subjectif est un pouvoir de disposer.

L'exclusivité du sujet ou l'exclusivisme du droit subjectif conférant au sujet un pouvoir dans une sphère donnée, la relation aux tiers qui caractérise le droit subjectif ne peut pas être réduite à un aspect externe du droit et notamment à sa sanction et à sa garantie.

B. - Le contentieux du droit subjectif

181. - Le reproche a été adressé aux personnalistes de confondre l'obligation passive universelle avec les obligations proprement dites, alors qu'elle relèverait de

droits subjectifs, elle est nécessairement protégée contre autrui, mais elle se particularise par le fait qu'elle est un pouvoir sur une chose. Elle est un rapport aux choses et un rapport aux autres (*Loc. cit.*, n° 3, p. 585 ; n° 7, p. 588-589 ; n° 32, p. 608).

⁴⁶⁷. Dans ce sens, J. DABIN décrit la maîtrise (et le pouvoir de disposer qu'elle refferme) comme une *conséquence* logiquement nécessaire de l'appartenance (*Op. cit.*, p. 92). -- De même, MM. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET écrivent, à propos du droit de propriété, qu'il est un pouvoir d'interdire exclusif et absolu et que ce pouvoir d'interdire, dont l'opposabilité est absolue, procure, en *conséquence*, le pouvoir de disposer de la chose (De la propriété comme modèle, *Mélanges en hommage à André Colomer*, LITEC 1993, n° 16, p. 286-287 ; n° 17, p. 287). De cette manière, ils font de l'exclusion des tiers la cause du pouvoir du propriétaire sur son bien.

la sanction et de la garantie du droit et toucherait ainsi à son côté externe et non à son contenu juridique ⁴⁶⁸.

Si l'on peut regretter l'identification de l'obligation passive universelle à une obligation spéciale d'exécution, cette obligation universelle ne nous semble pas assimilable à la sanction et à la garantie du droit. De manière générale, l'action en justice se distingue de la construction du droit subjectif puisqu'elle relève de son contentieux (1°). L'action en responsabilité délictuelle et l'action en revendication sont ainsi ouvertes au titulaire du droit subjectif sur un bien dans le but de protéger la sphère de liberté d'action de ce sujet de droit (2°).

1°. - L'extériorité de l'action en justice par rapport au droit subjectif

182. - L'exclusivisme du droit subjectif est garanti par le droit au moyen de sanctions dont la mise en œuvre suppose, de la part de l'intéressé, l'exercice d'une action en justice. L'action en justice assure un rôle coercitif en prévenant l'empiètement des tiers sur les droits d'un individu, et, le cas échéant, elle pourvoit à la sanction de son auteur. Quant au point de savoir si elle participe de la définition du droit subjectif, le débat n'est pas nouveau et les réponses qui y sont apportées sont loin d'être uniformes. D'un point de vue historique, on peut penser que l'action a précédé le droit dit substantiel. A cet égard, le droit romain percevait le droit à travers l'action en distinguant les *actio in rem* et les *actio in personam* ⁴⁶⁹. Mais la substitution de la division moderne des droit réels et personnels à la distinction romaine des *actio in rem* et *in personam* peut être révélatrice d'un changement profond entre les deux termes ⁴⁷⁰. Sur ce point, la doctrine est partagée. Certains auteurs incluent l'action en justice dans la définition du droit subjectif ⁴⁷¹. D'autres

⁴⁶⁸ L. RIGAUD, thèse préc., p. 11 ; p. 228-230. -- Sous le prétexte qu'aujourd'hui tous les droits sont sanctionnés et garantis par la loi, on serait autorisé à conclure que tous les droits sont de la même espèce, dit M. HAURIOL, mais l'obligation du public de respecter la propriété en tant que celle-ci est légale n'est relative qu'à la sanction, elle n'est pas constitutive du droit de propriété (*Op. cit.*, p. 166-167). -- Rapp. F. ZENATI, thèse préc., n° 55, p. 86-87.

⁴⁶⁹ H. MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action en justice, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1964, t. 9, p. 215. -- *Adde* : Visant le droit romain de la période formulaire, M. P. HEBRAUD fait observer que l'action a parfois provoqué le juge à créer une règle de droit et à conférer un droit subjectif là il n'en était pas prévu à savoir dans les simples situations de fait - en quoi l'action précéderait le droit. La répétition jurisprudentielle d'une action a en effet permis de dégager abstraitement une règle que le prêteur a fini par introduire dans une formule, de telle sorte que, par la suite, l'exercice de cette action pouvait être considéré comme la mise en œuvre de la demande d'application de cette règle (P. HEBRAUD, Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 241-243). -- Comp. L. DUGUIT selon qui ce n'est pas l'action qui implique l'existence d'un droit, c'est parce qu'il y a une action qu'on a dit qu'il y avait un droit (*Op. cit.*, par. 41, p. 443).

⁴⁷⁰ P. HEBRAUD, *loc. cit.*, p. 240.

⁴⁷¹ V. entre autres : J. DERRUPPÉ définit le droit subjectif comme le « *pouvoir juridiquement protégé* que la société reconnaît à l'individu en vue de satisfaire certains intérêts de caractère individuel ou social, et exercé par une volonté autonome » (Thèse préc., n° 250, p. 283-284. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). -- THON écarte complètement l'idée d'intérêt et considère que le droit subjectif est essentiellement constitué par le pouvoir de mettre en mouvement l'action en justice (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878 cité par R. BONNARD, *Op. cit.*, n° 12, p. 38-39).

démontrent qu'elle est extérieure au droit subjectif ⁴⁷² voire même la qualifient de droit subjectif autonome, dont le sujet passif serait le juge. L'observation de la coexistence de l'action en justice et de ce que l'on dénomme droit subjectif peut fournir une directive de réponse.

183. - D'abord, si la sanction de l'exclusion des tiers a une origine objective comme l'exclusion elle-même, la ressemblance s'arrête là. La norme objective qui pourvoit à la sanction de l'opposabilité est distincte de celle qui prévoit l'exclusivité. La règle de droit qui confère le droit subjectif substantiel ne dit rien sur la situation processuelle ⁴⁷³. Et, inversement, ce n'est pas la règle processuelle qui consacre la situation juridique substantielle ⁴⁷⁴. La règle de droit qui, par définition, rattache un effet à une conduite ⁴⁷⁵ est rarement contenue dans un seul et même texte ⁴⁷⁶. D'ailleurs les sanctions sont souvent les mêmes et à des présuppositions différentes s'attachent des sanctions identiques ⁴⁷⁷. La sanction peut être différente pour des relations de même nature ou identique pour des rapports différents, de sorte qu'elle n'a pas d'influence sur la nature du rapport qu'elle garantit ⁴⁷⁸. Certes, c'est par renvoi de la règle substantielle à la règle processuelle que l'effectivité de l'exclusion des tiers est assurée. Mais l'action en justice est indépendante de son propre succès ⁴⁷⁹ et la demande en justice peut n'être pas recevable ⁴⁸⁰. A l'inverse, un individu ne peut recourir à une voie de droit pour obtenir d'avance la protection des manifestations de son activité ⁴⁸¹.

En outre, il existe un certain nombre d'actions en justices indépendantes de tout droit subjectif. Le droit public fournit de nombreux exemples de contentieux purement objectif. Ainsi, un administré peut souffrir d'une illégalité et avoir un intérêt à la voir sanctionner par le recours en excès de pouvoir ; dans ce cas l'action n'enveloppe pas un droit subjectif substantiel à la légalité. Le droit privé lui-même n'ignore pas le contentieux objectif. L'article 184 du Code civil permet ainsi à ceux qui y ont intérêt d'attaquer en nullité le mariage conclu en contravention à certaines

⁴⁷². V. R. BONNARD pour qui l'action en justice procède du droit subjectif. Elle se présente comme la mise en mouvement de l'intervention juridictionnelle à l'occasion de cette situation que constitue le droit subjectif (*Op. cit.*, n° 13, p. 42). -- V. aussi les auteurs cités par H. MOTULSKY (Le droit subjectif et l'action en justice, *Loc. cit.*, p. 225-226).

⁴⁷³. H. MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action en justice, *loc. cit.*, p. 220. -- L. DUGUIT distingue la règle de droit normative ou norme juridique proprement dite et la règle de droit constructive ou technique. Tandis que la première impose à l'individu une abstention ou une action, la seconde est établie pour assurer le respect et l'application des règles de droit normatives en créant, notamment, des voies de droit devant assurer la sanction de la norme juridique (*Op. cit.*, par. 10, p. 106 et par. 10, p. 107).

⁴⁷⁴. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique...*, *Op. cit.*, n° 37, p. 34.

⁴⁷⁵. H. MOTULSKY, *Ibid.*, n° 16, p. 18.

⁴⁷⁶. H. MOTULSKY, *Ibid.*, n° 17, p. 19.

⁴⁷⁷. H. MOTULSKY, *Idem.* -- Selon L. DUGUIT, si l'on prend le Code Napoléon pour exemple et en faisant abstraction du droit de famille, on trouve trois normes juridiques : la liberté des conventions, le respect de la propriété, l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui par une faute. Toutes les autres dispositions sont d'ordre technique ou constructif (*Op. cit.*, par. 10, p. 109).

⁴⁷⁸. H. MICHAS, thèse préc., p. 160.

⁴⁷⁹. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique...*, *Op. cit.*, n° 31, p. 34 et Le droit subjectif et l'action en justice, *loc. cit.*, p. 223.

⁴⁸⁰. H. MOTULSKY (Le droit subjectif et l'action en justice, *loc. cit.*, p. 224).

⁴⁸¹. L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 24, p. 265.

normes édictées dans l'intérêt de l'ordre public. De même, l'action en déchéance de l'autorité parentale vise au respect de la légalité abstraite dans la mesure où celui qui agit ne le fait pas à son profit mais à la seule fin de faire sanctionner une atteinte à la légalité ⁴⁸².

Enfin, l'action en justice ne paraît pas constituer en elle-même un droit subjectif autonome dont le sujet passif serait le juge ⁴⁸³. L'action en justice n'a nul besoin d'être individualisée puisqu'elle relève du droit objectif. En revanche, il peut être débattu du point de savoir si le sujet est apte à exercer l'action en justice, mais il est alors davantage question de capacité à agir en justice que de droit subjectif.

En l'occurrence, les actions en responsabilité délictuelle ou en revendication ne sont donc pas assimilables à l'obligation passive universelle ou à l'exclusivisme qui forme le droit subjectif.

2°. - La particularité du contentieux du droit subjectif

184. - Selon L. RIGAUD, l'obligation passive universelle servirait d'enveloppe protectrice à tous les droits ⁴⁸⁴ et il faudrait y rattacher non seulement les relations du titulaire avec les tiers et les obligations imposées aux tiers et dont le but est de faire respecter la situation du titulaire par rapport à la chose, mais encore l'action en revendication, l'action confessoire et négatoire et les actions délictuelles dérivant de l'article 1382 du Code civil ⁴⁸⁵. Or, l'apparition du droit et sa violation ne sont pas concomitantes mais, éventuellement, subséquentes. Les prescriptions ou défenses adressées aux tiers dans le but de faire respecter par voie d'abstention, de passivité ou d'action, la situation du titulaire par rapport à la chose, ne sanctionnent pas un comportement répréhensible des tiers. Elles le préviennent. Elles contribuent à la formation du droit objectif. Seules les actions en justice relèvent du contentieux du droit subjectif et de son enveloppe protectrice : elles permettent de sanctionner l'atteinte portée à un droit subjectif né, par hypothèse.

⁴⁸². H. MOTULSKY (Le droit subjectif et l'action en justice, *loc. cit.*, p. 220, p. 222) et v. les auteurs cités (*Ibid.*, p. 217-218) et *Principes d'une réalisation méthodique...*, *Op. cit.*, n° 37, p. 38-39. -- Dans le même sens : R. BONNARD (*Op. cit.*, n° 13, p. 43).

⁴⁸³. Cependant en ce sens : H. MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action en justice, *loc. cit.*, p. 226-227 et *Principes d'une réalisation méthodique...*, *Op. cit.*, n° 31, p. 35. -- Selon F. TERRÉ, le justiciable est investi d'un droit subjectif : l'action en justice est « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée » (art. 30 al. 1^{er} NCPC). « Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention » (art. 30 al. 2 NCPC) (*Introduction générale au droit*, 1998, n° 256, p. 275).

Contra : L. DUGUIT qui conçoit difficilement que de la violation du droit objectif naisse un droit subjectif (*Op. cit.*, par. 23, p. 259 ; par. 28, p. 303). -- Mais F. GÉNY ne voit pas où réside l'obstacle à ce que la méconnaissance d'un règle de droit engendre un moyen de la réprimer au profit de celui qui en est victime (*Loc. cit.*, n° 11, p. 800).

⁴⁸⁴. L. RIGAUD, thèse préc., p. 242.

⁴⁸⁵. L. RIGAUD, thèse préc., p. 308-309.

185. - L'action en revendication et l'action en responsabilité délictuelle sont les instruments de cette protection. Car l'atteinte au droit subjectif peut se produire de diverses manières. Les tiers peuvent heurter le droit subjectif en dégradant l'objet du droit ou en s'immisçant irrégulièrement dans la sphère de liberté du sujet de droit et en concurrençant son activité.

185-1. - Lorsque les tiers dépossèdent irrégulièrement le sujet de droit du bien dont il a l'exclusivité, l'action en revendication lui permet de faire reconnaître son droit de propriété et de se voir restituer la possession du bien⁴⁸⁶. Si les droits (subjectifs) de la personnalité ne bénéficient pas d'une telle protection, c'est qu'en l'occurrence l'objet de l'exclusivité du sujet est un aspect de sa propre personne ou de sa personnalité juridique et non un bien détachable du sujet. La revendication est attachée à la propriété des biens. D'ailleurs, en matière de propriété, l'action en revendication ne peut pas aboutir lorsque le bien disparaît⁴⁸⁷ et elle laisse place à la restitution de la valeur du bien.

De manière générale, lorsque les tiers portent atteinte au droit subjectif en dégradant l'objet du droit, soit en détériorant le bien (dommage matériel) soit en ne respectant pas l'aspect du sujet protégé par le droit subjectif (par exemple par une usurpation de nom), l'action en responsabilité délictuelle assure la protection du bénéficiaire du droit subjectif. Dans la seconde hypothèse, les dommages et intérêts versés à la victime ont pour but d'octroyer à la victime les moyens pécuniaires de se procurer un mieux être à sa convenance⁴⁸⁸.

185-2. - Enfin, les tiers peuvent empêcher le sujet d'exercer librement son activité sur l'objet de son droit en exerçant une activité concurrente dans sa sphère d'activité (c'est le cas des troubles anormaux de voisinage par exemple). Dans ce cas, l'action en responsabilité délictuelle permet au sujet lésé d'obtenir réparation de l'atteinte portée à la jouissance de son droit par le sujet, puisque l'exclusivité qu'il a sur un bien ou un élément de sa personne ou de sa personnalité juridique a pour fin de lui permettre d'exercer un pouvoir absolu sur cet objet et conforme à ses intérêts.

⁴⁸⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 506, p. 355. -- V. égal. F. ZENATI selon qui la propriété fonde l'action en revendication non pas parce qu'elle est exclusive mais parce qu'elle est l'exclusivité même (Thèse préc., n° 402, p. 545).

⁴⁸⁷. Par exemple, lorsque le bien est acquis par un tiers par le jeu de la possession acquisitive de la propriété du bien d'autrui : v. Civ. 1ère, 2 juin 1993, *D.* 1994, J., 582, note B. FAUVARQUE-COSSON (en l'occurrence les conditions de cette acquisition n'étaient pas satisfaites, car la possession était précaire).

⁴⁸⁸. A. SERIAUX, La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *Rev. trim. civ.* 1994, n° 3, p. 807.

Conclusion de la section I

186. - Dans ces conditions, le droit subjectif ne peut pas être scindé pour constituer un droit subjectif de disposition du bien d'autrui pour son propre compte.

Le droit subjectif est exclusivisme et cet exclusivisme est un obstacle à son démembrement. Ni l'un ni l'autre ne se divise. Le droit de jouir de l'article 544 du Code civil, qui englobe le droit de disposer des biens, est plein et entier ou il n'est pas. Au plus l'exclusivité peut-elle se partager : elle peut être plurale ou multipliée, comme dans l'indivision ou dans la copropriété. Mais, on l'a vu, le régime du pouvoir de disposer du bien d'autrui pour son propre compte s'oppose au schéma d'une propriété plurale⁴⁸⁹. Le disposant du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas un coïndivisaire ou un copropriétaire.

En outre, le droit de disposer inclus dans le droit de propriété et à partir duquel on voudrait créer un droit subjectif de disposition du bien d'autrui pour son propre compte est inséparable du droit de jouissance du propriétaire : l'exclusivisme du droit subjectif, et spécialement l'exclusivisme du droit de propriété, postule son absolutisme.

SECTION II.

L'absolutisme du droit subjectif

187. - L'exclusivisme du droit subjectif a pour corollaire son absolutisme. Or, l'absolutisme, comme l'exclusivisme, s'oppose au démembrement puisqu'il est plénitude⁴⁹⁰. C'est pourquoi le droit de disposer ne semble pas pouvoir être extrait du droit subjectif pour être transmis à un tiers.

Pourtant, on peut s'interroger sur la réalité de cet absolutisme qui semble malmené à plusieurs égards et notamment à l'endroit du droit de propriété.

L'article 544 du Code civil définit la propriété comme le droit de jouir et disposer des choses « de la manière la plus absolue... » et tempère aussitôt cette affirmation en ajoutant : « ... pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Le texte énonce donc que la propriété est, à la fois, le plus ample des

⁴⁸⁹. V. *supra* : n° 148.

⁴⁹⁰. V. F. ZENATI, thèse préc., n° 4, p. 13 ; n° 277, p. 370.

droits et un droit limité ⁴⁹¹. Il consacre l'absolutisme de la propriété mais contient le germe de ses limitations ⁴⁹². Le droit positif offre d'ailleurs de nombreux exemples de ces atteintes ou limites portées au droit du propriétaire ⁴⁹³. La doctrine modère aussi l'absolutisme du droit subjectif. Tout en enseignant que la propriété est absolue, elle admet sa divisibilité puisqu'elle accepte de l'amputer du droit de jouissance pour former le droit d'usufruit. Et elle décrit très généralement le pouvoir de disposition inclus dans le droit subjectif comme un pouvoir de vouloir, un pouvoir de choisir ou un pouvoir d'agir, c'est-à-dire - semble-t-il - comme un pouvoir physique ou intellectuel, qui peut être faible ou défaillant. Dans ces conditions que reste-t-il de l'absolutisme et de l'indivisibilité du droit subjectif ?

L'ambiguïté qui entoure l'absolutisme du droit subjectif commande d'examiner la qualification de *pouvoir* qui lui est appliquée par la doctrine (I). Cette observation révèle qu'il n'est pas soumis aux défaillances de la personne et qu'il n'est pas une aptitude (II) mais un pouvoir virtuel (III). L'idée que le droit subjectif est indivisible, plein, entier et immuable, se trouve confirmée. Dans sa sphère d'activité le titulaire du droit subjectif est libre d'agir et le droit de disposer que confère son droit subjectif ne peut pas lui être soustrait pour être transmis à un quasi-usufruitier, un dépositaire irrégulier ou un créancier gagiste ou hypothécaire.

§ 1. - Le droit subjectif confère un pouvoir

188. - L'acte de volonté peut être disséqué en trois étapes : la conception, la délibération et l'exécution. La conception correspond à la représentation d'un ou plusieurs actes à accomplir ou à ne pas accomplir ⁴⁹⁴. La délibération apparaît lorsque plusieurs représentations de mouvements s'opposent, l'attention se porte

⁴⁹¹ ... de sorte que chacun y puise ce que ses convictions lui suggèrent, son libéralisme ou son étatisme (C. ATIAS, « Droit de propriété ou condition du propriétaire », *AJPI*, 10 janv. 1996, Etudes, p. 9).

⁴⁹² J.-L. BERGEL, « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Beguet*, publié avec le concours de la ville de Toulon - Var, 1985, p. 17. -- DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 62, p. 477-478.

⁴⁹³ V. *infra* : n° 356 et s.

⁴⁹⁴ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 30, p. 316. -- C'est un acte d'intelligence et non une volition (*Ibid.*, par. 35, p. 360). -- Rappr. la notion de conscience définie par Mme D. LASZLO-FENOUILLET comme « la faculté, intuitive ou raisonnée, qu'a l'individu de déterminer sa morale personnelle, de fixer la conduite à adopter ou de juger ses actes en fonction de cette morale ». La conscience intervient alors *a priori* et *a posteriori*, en jugeant les actes passés ou en saisissant le futur (*La conscience*, Préf. G. Cornu, Bibl. dr. priv., t. 235, L.G.D.J. 1993, n° 10, p. 7). -- V. égal. M.-A. FRISON-ROCHE sur la distinction de la volonté et du consentement : « ... le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et *extériorisation* de la volonté, mais distinct de la volonté » (Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 2, p. 573-574) (Le mot en italique est souligné par nous). -- *Adde* sur la nécessité d'une volonté déclarée dans la genèse de l'acte juridique : A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Préf. R. Perrot, Bibl. dr. priv., t. 19, L.G.D.J. 1961, n° 1, p. 13 et s. ; n° 26, p. 37 et s. -- Ainsi, un salarié ne parlant pas français peut avoir une volonté mais ne pas avoir compris la signification et la portée de la transaction qu'il a signée. Ce qui révèle une absence de consentement : v. Soc., 14 janvier 1997, *D.* 1997, J., 612, note J. DJOUDI.

alors sur l'objet et sur le but ⁴⁹⁵. Et l'exécution est le mouvement corporel du sujet - par exemple la tradition - qui traduit à l'extérieur la volonté ⁴⁹⁶. La théorie potestative du droit subjectif et du droit de disposer reflète cette trilogie puisqu'elle analyse le droit subjectif, et à travers lui le droit de disposer, comme un pouvoir de vouloir (A), un pouvoir de choisir et d'agir (B) ou un pouvoir de vouloir, de choisir et d'agir (C).

A. - Le droit subjectif, pouvoir de vouloir

189. - La volonté peut être perçue comme une puissance créatrice de droit, une puissance réalisatrice de droit ou une puissance extinctive de droit. La thèse volontariste du droit subjectif la divise parfois dans ces fonctions et la répartit entre différents types de droit subjectif. D'autres fois, elle l'inclut, sous toutes ces formes, dans un même droit subjectif en la doublant éventuellement d'un ou plusieurs autres éléments tels que l'intérêt, le pouvoir de choisir ou d'agir ou l'action en justice.

190. - WINDSCHEID est de ceux qui annexent le pouvoir de vouloir à deux catégories de droits subjectifs. De l'avis de cet auteur, dans un premier sens, le droit subjectif serait puissance de volonté (*Willensmacht*). Il désignerait la faculté d'avoir un certain comportement consistant à faire ou à ne pas faire usage d'une norme de conduite édictée sur la base d'une situation concrète et mise à la disposition du bénéficiaire par le droit objectif. La volonté serait alors déterminante pour la mise à exécution de la norme déjà créée par le droit objectif en ce sens où, si son bénéficiaire en use, elle devient *son droit* ⁴⁹⁷. Dans une seconde signification, le droit subjectif serait souveraineté ou pouvoir de volonté (*Willensherrschaft*). C'est à cette catégorie de droit que se rapporterait le droit du propriétaire d'aliéner sa chose ou le droit du créancier de céder sa créance ⁴⁹⁸. Puisqu'en tant que souveraineté de volonté, le droit subjectif interviendrait en vue de la production de règles de droit nouvelles, de leur exécution, de leur suppression et de la modification des droits de

⁴⁹⁵. L. DUGUIT, *ibid.*, par. 30, p. 318. -- La décision prise constitue la volition proprement dite (L. DUGUIT, *ibid.*, par. 30, p. 323). -- Dans la plupart des cas, le moment de la délibération ne transparait pas et rien ne sépare la conception de l'exécution, le sujet pense l'acte et l'accomplit immédiatement (*Ibid.*, par. 30, p. 318).

⁴⁹⁶. L. DUGUIT, *ibid.*, par. 30, p. 323, par. 34, p. 348-349. -- En somme, « vouloir, c'est choisir pour agir » (RIBOT repris par DUGUIT - *ibid.*, par. 30, p. 318 - qui n'en cite pas l'ouvrage).

⁴⁹⁷. Le mot en italique est souligné par DABIN (*Op. cit.*, p. 59) qui reprend WINDSCHEID (*Pandektenrecht*, t. 1, par Kipp, Francfort, 8^e éd., 1900, par. 37, p. 130-131). D. BERRA (*Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969, p. 909) l'a rapporté en des termes identiques (WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1, par Kipp Frankfurt, 9^e éd., 1906, par. 37, n° 3, p. 163).

Cela dit, s'agissant de cette première catégorie de droits subjectifs, face à l'objection de la titularité de droits subjectifs par des personnes sans volonté ou à l'insu du titulaire, WINDSCHEID (*Pandektenrechts*, vol. 1, 7^e éd., 1891, p. 87 et s.) avait répondu que la volonté en cause n'était pas celle du titulaire du droit mais celle de l'ordre juridique (L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 25, p. 277 ; par. 44, p. 478).

⁴⁹⁸. WINDSCHEID (*Pandektenrecht*, t.1, par Kipp, Francfort, 8^e éd., 1900, par. 37, p. 130-131 et 9^e éd., par. 37, n° 3, p. 163) cité par DE VISSCHER (*Loc. cit.*, p. 340), L. DUGUIT (*Op. cit.*, par. 25, p. 276), J. DABIN (*Op. cit.*, p. 59) et D. BERRA (Thèse préc., p. 909).

la première espèce ⁴⁹⁹. Dans ce dernier cas, la volonté qui permet de supprimer une norme serait comprise dans un type de droit subjectif, celui-là même qui permet de la créer.

Sans opérer cette scission du pouvoir de vouloir, SAVIGNY ⁵⁰⁰ se rallie à la thèse volontariste du droit subjectif, ainsi que M. ZENATI selon qui la propriété est, comme la liberté, un pouvoir de vouloir et surtout un pouvoir de vouloir juridiquement ⁵⁰¹.

191. - D'autres auteurs ont repris la thèse volontariste de WINDSCHEID pour la combiner à celle de JHERING qui perçoit dans le droit subjectif un intérêt ⁵⁰². Ainsi, JELLINEK a mêlé la volonté et l'intérêt afin de donner un objet au vouloir et d'individualiser l'intérêt ⁵⁰³. Tandis que BRETHER DE LA GRESSAYE écrit : « la

⁴⁹⁹. WINDSCHEID (*Pandektenrecht*, t.1, par Kipp, Francfort, 8^e éd., 1900, par. 37, p. 130-131 et *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1, par Kipp Frankfurt, 9^e éd., 1906, par. 37, n° 3, p. 163) respectivement repris par DABIN (*Op. cit.*, p. 59) et par D. BERRA (Thèse préc., p. 909).

WINDSCHEID ne base donc pas sa distinction des droits subjectifs sur un critère fonctionnel lié à l'incidence de la volonté et qui aboutirait à dissocier les droits subjectifs acquisitifs ou créateurs de normes, les droits subjectifs réalisateurs de normes et les droits subjectifs extinctifs de normes. Il la fonde sur le critère du degré de liberté ou d'autonomie du bénéficiaire dans la manifestation de sa volonté, même si sous toutes ses formes la volonté est concédée, conditionnée et limitée par le droit objectif (WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, t.1, par Kipp, Francfort, 8^e éd., 1900, par. 37, p. 130-131 est cité par DABIN (*Op. cit.*, p. 59).

⁵⁰⁰. M. F. C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, T. I, *Sources du droit romain actuel - Rapports de droit*, trad. fr. par Ch. Guenoux, Paris, 1855, p. 7 ; p. 324 et s.

⁵⁰¹. F. ZENATI, thèse préc., n° 567, p. 780-781 et Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 317. -- Rapp. Raymond MARTIN selon qui la personne apparaît comme sujet de droit lorsqu'il est doué de la volonté de faire un acte juridique et lorsqu'il agit juridiquement (Personne et sujet de droit, *Rev. trim. civ.* 1981, n° 8, p. 790 ; n° 9, p. 791). -- *Adde* du même auteur : De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, *Rev. trim. civ.* 1975, n° 4, p. 54.

⁵⁰². Selon JHERING, le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre non à *vouloir* mais à *profiter* (*Op. cit.*, t. IV, par. 70, p. 323. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). L'auteur inclut, en effet, dans le droit subjectif deux éléments : l'un est matériel, il est le but du droit, l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit ; l'autre est formel, il est la protection du droit, l'action en justice : « Deux éléments constituent le principe du droit ; l'un *substantiel* dans lequel réside le but pratique du droit, et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit, l'autre *formel* qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir : la *protection* du droit, l'*action en justice* » (*Ibid.*, par. 70, p. 325-326. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

Rapp. R. BONNARD selon qui l'idée d'intérêt - conçu comme ce qui découle du besoin ou du désir d'obtenir un certain avantage - est aussi une condition d'existence du droit subjectif : l'intérêt de l'individu est « juridiquement protégé » parce que l'activité qui doit lui donner satisfaction est juridiquement obligatoire et parce que cette obligation juridique a été établie en vue de donner satisfaction à cet intérêt. Ainsi, il y a toujours intérêt à l'occasion d'un droit, même s'il peut arriver qu'un intérêt ne soit pas assorti d'un droit (l'individu peut alors solliciter la satisfaction de cet intérêt, il ne peut exiger cette satisfaction) (*Op. cit.*, n° 17, p. 49-51).

⁵⁰³. JELLINEK (*System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubingen, 2^e éd., 1905) repris par BONNARD (*Op. cit.*, n° 12, p. 37) écrit que « la conception du droit subjectif doit exprimer le rattachement de cet intérêt au titulaire du droit. Or ce rattachement s'opère grâce à l'idée de volonté, en faisant de l'intérêt l'objet de la volonté du titulaire du droit » (JELLINEK, *Ibid.*, p. 42 et s.). « Le droit subjectif est la puissance de volonté humaine qui, protégée et reconnue par l'ordonnement juridique, a pour objet un bien ou un intérêt » (JELLINEK, *Ibid.*, p. 44).

Cf. L. MICHOUD préconise d'abandonner l'idée que le fondement du droit subjectif se trouve dans la volonté. Selon lui, l'intérêt est l'élément fondamental du droit subjectif qu'il définit comme « l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre » (*La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, par L. TROTABAS, Paris, L.G.D.J., vol. I, 2^e éd. 1924, n° 45, p. 98 ; n° 48, p. 101-103. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). La volonté, élément externe et formel du droit, n'a pas

volonté est au service du bien des particuliers ou du bien de la société. Ce n'est pas la volonté qui commande mais le bien de l'homme » ; la volonté est l'élément nécessaire à la réalisation du bien ⁵⁰⁴. En subordonnant la volonté au bien de la société, l'auteur entend échapper aux critiques émises par DUGUIT à l'encontre de la thèse volontariste du droit subjectif. D'autres ont préféré exclure la volonté du contenu du droit subjectif et analyser le droit subjectif comme un pouvoir de choisir et d'agir.

B. - Le droit subjectif, pouvoir de choisir et d'agir

192. - JHERING attribue un double sens au droit de disposer : c'est à la fois un pouvoir de choisir et un pouvoir d'agir.

En effet, en premier lieu, le pouvoir de disposer désignerait certains modes de jouissance ⁵⁰⁵, ce que JHERING dénomme encore les « jouissances juridiques ou idéales » par lesquelles le propriétaire transporte à un tiers la jouissance réelle de la chose ou de son usage en échange d'une autre jouissance ou gratuitement ⁵⁰⁶. En vertu de ce pouvoir, le propriétaire pourrait faire deux espèces de dispositions. Les unes affecteraient le droit, en restreignant leurs effets au seul propriétaire, comme le louage ou la vente. Les autres atteindraient la chose et étendraient leurs effets à des tiers, comme la constitution d'hypothèques ou l'établissement de servitudes ⁵⁰⁷. En second lieu, et dans un sens qui ne semble pas avoir été relevé par les commentateurs ⁵⁰⁸, le droit de disposer, selon JHERING, serait le droit de choisir entre les différents modes de jouissance de la chose ⁵⁰⁹.

besoin d'être toujours présente, il suffit qu'elle soit apte à intervenir quand elle sera nécessaire, et cette nécessité ne se produira que si le droit est attaqué ou menacé (*Ibid.*, n° 74 a, p. 178-179).

⁵⁰⁴. J. BRÊTHE DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, n° 355, p. 331 ; n° 374, p. 343 ; n° 376-377, p. 344 et s.

D'autres auteurs ont considéré que, le droit subjectif étant issu du droit objectif, il contiendrait une part de volonté. Ainsi, selon Kelsen, le seul élément volontaire qu'on trouve à l'occasion de ce prétendu droit subjectif n'est et ne peut être que la volonté même incluse dans le droit objectif (Kelsen, *Hauptproblem...*, p. 663, *Allegem. Staatslehre*, p. 62 s. et p. 65 cité par R. BONNARD, *Op. cit.*, n° 12, p. 39). Et cette volonté semble être la volonté générale selon JHERING. Cet auteur écrit, en effet, que l'essence du droit objectif est la volonté générale et que c'est cette volonté qui érige en *règle* de droit les *idées* juridiques, celles du législateur dans les lois et celles du peuple dans les coutumes. Ainsi, le droit de l'individu doit rester en relation avec la *volonté générale*, de telle manière que la volonté individuelle ne peut s'exercer qu'à la condition d'être couverte par la volonté générale. La volonté individuelle ne peut dépasser les limites que lui assigne la volonté générale (JHERING, *Op. cit.*, p. 316-317). -- Encore ne doit-on pas nécessairement voir dans cette volonté générale une volonté de dominer. Hauriou explique que l'adhésion des sujets, même lorsqu'elle a lieu par volonté commune, n'est qu'un pouvoir juridique et non pas un pouvoir politique : elle ne commande pas, elle ne domine pas, elle se borne à conférer à ce qui est établi la valeur d'un consentement unanime, ce qui est essentiellement une fonction juridique (M. HAURIOU, *Op. cit.*, p. 35).

⁵⁰⁵. Selon JHERING, il y a jouissance d'un droit toutes les fois que ce droit produit effectivement pour l'ayant-droit les effets qu'il en attend (*Op. cit.*, par. 70, p. 329).

⁵⁰⁶. JHERING, *idem*.

⁵⁰⁷. JHERING, *Ibid.*, par. 38, p. 222.

⁵⁰⁸. Selon DE VISSCHER (*Loc. cit.*, p. 340) et D. BERRA (Thèse préc., p. 908), JHERING ne voit dans la disposition qu'un mode de jouissance de nos droits eux-mêmes.

⁵⁰⁹. Le droit de disposer a pour pivot le choix de la manière dont on entend jouir de son droit (sauf la *derelictio* - l'abandon de la chose - dont l'importance n'est point considérable) et dire qu'on est libre de

Cette dualité de sens du droit de disposer pose la question de savoir si JHERING entend désigner un seul et même pouvoir de disposer ou s'il distingue deux pouvoirs de disposer de niveaux différents, c'est-à-dire un pouvoir d'accomplir des actes juridiques qui relève du contenu du droit subjectif et un pouvoir de disposer supérieur au droit subjectif permettant de choisir entre les différents modes de jouissance juridique.

Il semble, en fait, que le droit de disposer-pouvoir de choisir et le droit de disposer-pouvoir d'agir forment un seul et même pouvoir. JHERING introduit, en effet, le droit de disposer dans le droit subjectif, y compris lorsqu'il le définit comme un pouvoir de choisir⁵¹⁰. Ce qui conduit à analyser ce droit de disposer en un pouvoir de libre disposition. « Dire qu'on est *libre* de disposer de sa chose équivaut à dire qu'on est *libre* de choisir la manière dont on entend en jouir », écrit-il⁵¹¹.

C'est la même idée que développe DABIN lorsqu'il décrit le droit subjectif.

193. - Comme JHERING semble le faire, DABIN mêle le choisir et l'agir dans un même pouvoir. Selon lui ce pouvoir est univoque puisqu'il s'agit d'un droit de disposer recouvrant une pluralité de modes de jouissance constitutifs de pouvoirs d'agir et laissés au libre choix du propriétaire.

En effet, selon DABIN, le droit subjectif renferme un pouvoir de libre disposition de la chose, qu'il dénomme « maîtrise »⁵¹². Cet élément désignerait une faculté de choisir dans la mesure où il embrasse une somme de possibilités de beaucoup supérieure à une simple faculté d'agir : la maîtrise incluse dans le droit subjectif permet au sujet non seulement d'*agir*, mais encore de *choisir*, entre l'action et l'abstention pure, ainsi qu'entre les diverses formes de l'action, jusqu'à la disposition de la chose ou du droit⁵¹³. C'est pourquoi « le droit subjectif n'est pas seulement faculté d'agir ; il est faculté d'agir *en maître* sur la chose qui fait l'objet du droit »⁵¹⁴. DABIN ajoute que le droit subjectif se confond avec la liberté puisqu'il est l'autonomie du sujet dans la disposition de la chose qui lui appartient⁵¹⁵. Ainsi, le droit subjectif et le droit de disposer qui s'y loge seraient tout à la fois un pouvoir de choisir et un pouvoir d'agir. Certains y ont même adjoint le pouvoir de vouloir.

disposer de sa chose équivaut à dire qu'on est libre de choisir la manière dont on entend en jouir (JHERING, *Op. cit.*, par. 70, p. 335).

⁵¹⁰. Il considère que *uti, frui et consumere* peuvent avoir le caractère de droits spéciaux ou se trouver réunies dans un seul et même droit, la propriété par exemple ; elles forment dans leur ensemble la majeure partie de ce que l'on appelle le *droit de disposer* qui a pour pivot le choix de la manière dont on entend jouir de son droit (*Idem*).

⁵¹¹. JHERING, *Idem* (Les mots en italique sont soulignés par nous).

⁵¹². J. DABIN, *Op. cit.*, p. 87-88.

⁵¹³. J. DABIN, *Ibid.*, p. 90. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur.

⁵¹⁴. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur. Le pouvoir de libre disposition est faculté d'agir en maître sur la chose, sous réserve, toutefois, des limitations ou des charges résultant de la loi ou de la volonté du titulaire (*Ibid.*, p. 87, p. 90).

⁵¹⁵. J. DABIN, *Idem*.

C. - Le droit subjectif, pouvoir de vouloir, de choisir et d'agir

194. - M. DERRUPPE conteste les conceptions volontariste et mixte du droit ⁵¹⁶ au motif que la volonté ne participe pas de l'essence du droit subjectif parce qu'elle n'intervient qu'au niveau de sa mise en œuvre ⁵¹⁷. Mais il insère finalement la volonté dans le droit subjectif ⁵¹⁸.

Dans le droit de propriété, le droit de disposer serait le pouvoir de vouloir ou pouvoir de choisir, c'est-à-dire le pouvoir par lequel le propriétaire choisit le *mode* d'exercice du droit, opte entre les différentes formes d'utilisation matérielles ou juridiques qui constituent le contenu du droit ⁵¹⁹. Et ces formes d'utilisation étant elles-mêmes composées des divers pouvoirs d'agir, de facultés ou d'actes d'usage, de consommation ou d'aliénation de la chose, le droit de disposer serait un pouvoir de vouloir et de choisir et un pouvoir d'agir. Ce qui fait dire à M. DERRUPPE que les droits subjectifs sont la consécration juridique des libertés individuelles qui elles-mêmes s'analysent en une faculté de choisir et en une faculté d'agir en vue de réaliser le but choisi ⁵²⁰.

195. - De même, M. IONESCU fait du pouvoir d'agir un composant du droit subjectif, tout en assimilant ce pouvoir d'agir à la volonté, force de réalisation du droit subjectif. Il note, en effet, que, s'il n'y a pas d'accord général quant aux éléments qui constituent le droit subjectif, il est toujours question du but du droit subjectif et de sa réalisation - et de la fonction du droit en général ⁵²¹. Et il approuve la combinaison de deux facteurs qui représentent la réalisation et l'essence du droit subjectif, à savoir la volonté (qui traduit la force de réalisation du droit subjectif, celui-ci se présentant comme un pouvoir de l'homme) et l'intérêt (qui exprime son contenu) ⁵²². M. IONESCU pense ainsi pouvoir s'arrêter sur la définition suivante : le droit subjectif « *est le pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi* » ⁵²³.

⁵¹⁶ J. DERRUPPE, thèse préc., n° 245 et s., p. 278 et s.

⁵¹⁷ J. DERRUPPE, thèse préc., n° 247, p. 281 et n° 248, p. 282.

⁵¹⁸ En effet, outre le fait qu'en reprochant à la théorie volontariste d'avoir cru que le droit subjectif était « *toujours un pouvoir de vouloir* » (J. DERRUPPE, thèse préc., n° 249, p. 282. Les mots en italique sont soulignés par nous) il considère que le pouvoir accordé au titulaire du droit subjectif *peut* être un pouvoir de vouloir, M. DERRUPPE affirme que le pouvoir de vouloir - dans lequel il voit un pouvoir de choisir entre l'exercice et le non exercice du droit (thèse préc., n° 249, p. 282 ; n° 282, p. 325-326) - « se retrouve dans tout droit subjectif et se confond avec lui ; il n'en caractérise aucun et ne constitue pas un droit spécial ».

⁵¹⁹ Pour M. DERRUPPE, le droit de disposer « s'analyse en une faculté de choisir entre plusieurs formes d'utilisation de la chose ; il n'intéresse que l'exercice du droit de propriété et non son contenu ; c'est un pouvoir de choisir, de décider du mode d'exercice du droit, analogue au pouvoir de décider de l'exercice ou du non exercice du droit mais les actes par lesquels se réalisent ces divers modes d'exercice font tous partie du contenu du droit » (thèse préc., n° 282, p. 325-326).

⁵²⁰ J. DERRUPPE, thèse préc., n° 249, p. 282.

⁵²¹ O. IONESCU, *Op. cit.*, n° 57 p. 96.

⁵²² O. IONESCU, *Ibid.*, n° 57 p. 97 ; n° 75 p. 128.

⁵²³ O. IONESCU, *Idem* (les mots en italique sont soulignés par l'auteur). -- Il affirme également que le droit subjectif est fondé, dans la conception juridique anglo-américaine, sur des valeurs morales et philosophiques. Il serait conçu comme une *liberté* (*liberty*), doublée d'un *pouvoir* (*power*) d'agir (*Ibid.*, n° 88 p. 141 et s. et spéc. n° 96 et 97, p. 147).

196. - La sphère de liberté dessinée par un droit subjectif permet au sujet d'agir librement dans les limites de ce droit. Autrement dit, comme l'énonce l'article 544 du Code civil, un propriétaire peut jouir et disposer de la chose qui lui appartient, de la manière la plus absolue pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Le droit subjectif étant une application du droit objectif, le sujet de droit subit les prescriptions des normes objectives en même temps qu'il bénéficie d'une sphère de liberté d'action. Lorsque le droit subjectif est analysé comme un pouvoir de vouloir, un pouvoir de choisir et un pouvoir d'agir, il semble bien désigner celui conféré par l'exclusivité constitutive du droit subjectif puisqu'il apparaît comme un pouvoir absolu du sujet. Encore faut-il l'analyser comme un pouvoir virtuel et non comme un pouvoir physique et/ou intellectuel. Car, l'examen du droit positif le prouve, le droit subjectif ne subit pas les défaillances du pouvoir de vouloir, de choisir et/ou d'agir de la personne.

§ 2. - Le droit subjectif n'est pas une aptitude

197. - L'examen du droit positif atteste que l'exclusivité constitutive du droit subjectif confère au sujet un pouvoir indifférent aux limites de la personne humaine ou de la personne juridique. En particulier, ce pouvoir absolu ne pâtit pas des faiblesses du pouvoir de vouloir (A) ni de l'absence de pouvoir de choisir et d'agir (B) du sujet de droit.

A. - L'indifférence du droit de disposer aux défaillances de la volonté

198. - Contrairement à l'homme majeur et capable, le mineur, le majeur incapable et la personne morale sont dénués de volonté. Le fait d'ériger la disposition constitutive du droit subjectif en un pouvoir de volonté, devrait donc conduire à les priver de la qualité de titulaires de droits. Pourtant le mineur, le majeur incapable (1^o) et la personne morale (2^o) ont des droits civils.

1^o. - L'incapable

199. - Nul ne conteste le fait que le mineur et le majeur incapable ⁵²⁴ peuvent être titulaires de droits subjectifs, bien qu'ils soient dotés d'une volonté seulement naissante ou altérée. Ce qui tend à démontrer que le droit subjectif est indépendant du pouvoir de vouloir du sujet de droit. On peut tenter de justifier l'attribution de

⁵²⁴ D. BERRA, thèse préc., p. 911. -- J. DABIN, *Op. cit.*, p. 60-61, p. 92-93, p. 104. -- L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 25, p. 277, par. 42, p. 453. -- JHERING, *Op. cit.*, par. 70, p. 319.

droits subjectifs-pouvoirs de vouloir aux personnes dénuées de volonté en arguant du fait que l'incapable peut être propriétaire, sa volonté existant en germe. Cette volonté serait simplement défaillante ou imparfaite mais prête à apparaître ou à réapparaître complète⁵²⁵. Entre temps, le droit subjectif se partagerait entre le mineur ou le majeur incapable et un autre sujet doté de discernement. Mais l'argument se heurte au constat que le Droit n'attache pas d'effet juridique aux diverses manifestations de ces volontés⁵²⁶. Prendre en considération une volonté en germe supposerait de n'apercevoir qu'un droit subjectif lui-même en germe et subissant les imperfections et les fluctuations de cette volonté jusqu'à disparaître rétroactivement en cas de non apparition ou de non réapparition de la volonté du mineur ou du majeur incapable⁵²⁷.

La titularité de droits subjectifs par les incapables ne permet pas d'analyser le pouvoir conféré par le droit subjectif comme un pouvoir de vouloir intellectuel ou physique, autrement dit comme un pouvoir réel. Et la reconnaissance des personnes morales renforce cette idée : bien que dénuées d'une volonté qui leur soit propre, elles sont propriétaires de biens et titulaires de droits.

2°. - La personne morale

200. - Si la volonté de l'homme participe de la définition du droit subjectif, celles que l'on dénomme « personnes morales » ne peuvent pas se voir conférer de droits subjectifs puisqu'elles ne sont pas des personnes naturelles ou physiques douées d'une volonté humaine⁵²⁸. Une telle attribution doit passer par le procédé de la fiction, par la théorie de l'organe ou par l'effacement de la personne morale derrière les hommes qui la composent.

Or, considérer que les biens formant le patrimoine des personnes morales et les droits exercés par leurs représentants, sont la propriété des individus qui composent l'être moral⁵²⁹ revient à négliger l'intérêt collectif du groupe qui se distingue des intérêts individuels dont il n'est pas la simple somme - à ce point qu'il leur est fréquemment opposé. De surcroît, cet intérêt n'est pas même l'intérêt du groupe tel qu'il est actuellement composé mais celui d'un groupe *permanent*⁵³⁰. Quant à la théorie qui voit dans la personne morale un organisme doué de volitions semblables à celles qui se produisent dans l'organisme humain⁵³¹, elle implique de démontrer

⁵²⁵. L. MICHOU, La notion de personnalité morale, *Rev. Dt. Pu. et Sc. Po.* 1899, p. 210-211 et *Op. cit.*, n° 46, p. 98-99.

⁵²⁶. L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 211 et *Op. cit.*, n° 46, p. 99.

⁵²⁷. L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 210 et *Op. cit.*, n° 46, p. 99.

⁵²⁸. L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 194 et *Op. cit.*, n° 6, p. 16 ; n° 32, p. 69. -- A. GOROVITSEFF, Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit, *Rev. trim. civ.* 1927, p. 5-6.

⁵²⁹. L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 23, p. 27 et *Op. cit.*, n° 16, p. 38 ; n° 24, p. 53.

⁵³⁰. L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 31 et *Op. cit.*, n° 29, p. 63-64.

⁵³¹. L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 195 et *Op. cit.*, n° 33, p. 70.

que cette volonté est libre comme la volonté humaine⁵³². Or cette théorie tait la différence *de nature*, essentielle, entre la volonté du groupe et celle de l'individu isolé. La première n'est que la résultante des volontés des individus, tandis que la seconde est une détermination libre qui appartient en propre à l'individu⁵³³. Enfin, le procédé de la fiction ne fournit pas meilleure explication⁵³⁴. Il est basé sur l'idée que l'homme seul est une personne réelle et que dans les autres cas le législateur *suppose* une personne fictive qu'il traite partiellement comme si elle était réelle⁵³⁵. Ce procédé *n'explique* donc pas le phénomène de la personne morale titulaire de droits subjectifs. La fiction « peut servir en droit à simplifier, à faciliter l'explication de certaines théories juridiques ; par elle-même elle ne résout rien, et là où manque une condition essentielle, elle est impuissante à la suppléer ». Si l'existence d'un droit ne se comprend pas sans un sujet qui en soit le titulaire, on n'explique pas cette existence en l'attribuant à un sujet fictif ; au contraire on avoue par là même qu'il n'a pas de sujet réel⁵³⁶. Et, en tous cas, cela ne permet pas de dire que les droits subjectifs dont est titulaire la personne morale sont des pouvoirs humains de vouloir, de choisir et/ou d'agir⁵³⁷.

201. - On pourrait ajouter que les personnes morales et les incapables ne sont pas les seuls sujets à avoir la qualité de propriétaires en dépit d'une volonté propre inexistante ou incomplète.

Le fait d'atteindre l'âge de la majorité fait présumer l'entendement et la maturité du sujet, mais la réalité peut s'avérer différente. L'homme adulte non placé sous tutelle, sous curatelle ou sous sauvegarde de justice, peut n'être pas raisonnable ; il n'en est pas moins titulaire de droits. En outre, la manifestation de volonté de l'individu n'est pas toujours nécessaire à l'acquisition et la conservation d'un droit. Certains droits subjectifs sont acquis à leur titulaire sans qu'il ait eu besoin de manifester la volonté d'en bénéficier voire même sans qu'il ne le sache⁵³⁸. Tels sont le droit à l'intégrité physique, le droit au nom, le droit à l'honneur etc.⁵³⁹. Et la

⁵³² L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 194 et *Op. cit.*, n° 32, p. 69.

⁵³³ L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 197, p. 199 et *Op. cit.*, n° 34, p. 72 ; n° 35, p. 75. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur.

L. MICHOU rejette aussi l'idée d'une fusion de la volonté des représentants avec celle des représentés, volontés fusionnées que le Droit protégerait et considérerait comme une volonté unique et persistante alors que ces volontés demeurent des volitions individuelles conformes entre elles (*Loc. cit.*, p. 203 et *Op. cit.*, n° 39, p. 83-85 ; n° 40, p. 86). D'ailleurs, lorsque l'unanimité n'est pas obtenue, si la contrainte de l'organisme devient nécessaire et la décision prise à la majorité est censée prise par tous, c'est précisément parce que la fusion des volontés n'existe pas (*Op. cit.*, n° 40, p. 87-88).

⁵³⁴ A. GOROVITSEFF a jugé le procédé « artificiel et dangereux » (*Loc. cit.*, p. 5-6).

⁵³⁵ L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 8-9 et *Op. cit.*, n° 6, p. 16 et s.

⁵³⁶ L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 10 et *Op. cit.*, n° 2, p. 7-8.

⁵³⁷ Cf. selon H. KELSEN, étant donné qu'obligations et droits subjectifs ne peuvent porter que sur des actes humains, l'ordre juridique ne peut imposer des obligations ou conférer des droits subjectifs qu'à des hommes (*Op. cit.*, n° 33, p. 234).

⁵³⁸ L. DUGUIT, *Op. cit.*, par. 25, p. 277.

⁵³⁹ J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil - Introduction générale*, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 216, p. 169 ; n° 226, p. 179. -- J. DABIN évoquait à ce titre le droit à la vie (*Op. cit.*, p. 61) et précisait que le sujet pouvait acquérir certains droits sans manifestation de volonté et sans même pouvoir y renoncer. Et d'en donner pour preuve l'hypothèse du droit qui n'est pas pur bénéfice pour son titulaire, comme la puissance paternelle (*Ibid.*, p. 61). Mais,

remarque vaut sur le terrain des droits patrimoniaux. Le légataire, dans l'ignorance du décès ou du testament, n'est pas moins titulaire d'un droit sans le connaître. De même, tant que son acceptation n'est pas sollicitée⁵⁴⁰, le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui peut aussi ignorer le droit né sur sa tête⁵⁴¹. Enfin, les manifestations de volonté de l'homme adulte et capable, ne sont elles-mêmes pas toutes prises en considération par le Droit⁵⁴². En droit français, l'offre, qui est manifestation unilatérale de volonté, peut engager son auteur en cas de retrait abusif mais elle ne le lie pas.

Le fait que le pouvoir conféré par le droit subjectif ne soit pas un pouvoir de vouloir réel ne signifie pas pour autant qu'il a la nature d'un pouvoir de choisir et d'agir réel.

B. - L'indépendance du droit de disposer par rapport au pouvoir de choisir et d'agir

202. - Comme la thèse volontariste du droit subjectif, la présentation du droit de disposer comme un pouvoir de choisir et/ou un pouvoir d'agir, recèle ses propres vices. D'abord, on peut trouver paradoxale l'introduction du pouvoir d'agir dans le droit subjectif, mais cette première critique doit être nuancée (1°). Ensuite, et surtout, le droit subjectif est indifférent au pouvoir de choisir (2°) ou au pouvoir d'agir (3°) du sujet de droit.

1°. - Le paradoxe de l'introduction du pouvoir d'agir dans le droit subjectif

203. - Le premier grief qui peut être avancé à l'encontre de l'introduction du pouvoir d'agir dans le droit subjectif n'emporte pas la conviction.

Il s'agirait de rejeter cette conception pour la raison que, si le droit renferme un pouvoir d'agir qui s'exerce sur le droit, il renfermerait le principe de sa propre mutation. En somme, il s'agirait de faire valoir que, si le sujet qui dispose de son droit ne peut pas en disposer une seconde fois, c'est parce que le pouvoir de disposition a été transmis avec le droit subjectif dont il fait partie⁵⁴³. Or soutenir que le pouvoir de renoncer à un droit se trouve compris dans le droit auquel on renonce postule que le droit se met en mouvement par lui-même et se commande à lui-même, qu'il s'exclut seul du patrimoine de son bénéficiaire et se place seul dans l'actif

comme l'administration légale ou la tutelle, elle se rapproche davantage d'une charge aménagée, conditionnée et limitée par le droit objectif, que d'un véritable droit concédé à un bénéficiaire.

⁵⁴⁰ J. DABIN, *Ibid.*, p. 61.

⁵⁴¹ Le droit est né à son profit dès l'apparition de l'engagement du promettant (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993, n° 498, p. 383), l'acceptation ayant pour seul effet de consolider le droit en interdisant sa révocation par le stipulant (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Ibid.*, n° 494, p. 381 ; n° 498, p. 384).

⁵⁴² Le droit « donne aux unes sa sanction, [il] la refuse aux autres » (L. MICHOU, *Loc. cit.*, p. 211 et *Op. cit.*, n° 47, p. 100-101).

⁵⁴³ D. BERRA qui le note n'est pas convaincu par cet argument (Thèse préc., p. 910).

patrimonial d'un autre titulaire. De sorte que le sujet ne serait plus maître de son droit et lui serait même inutile ⁵⁴⁴. Cette critique de l'autodestruction du droit est séduisante, mais elle suppose que le droit subjectif et son objet soient confondus.

Dès lors que l'on distingue le droit subjectif et son objet, l'inclusion du pouvoir de disposition dans le droit subjectif devient admissible. Si le droit surplombe la chose sans s'y fondre, il peut être exercé sur elle sans s'exercer sur lui-même puisqu'il s'applique à la chose. Au plus, le droit s'éteint avec la perte de son objet qu'il a lui-même provoquée ⁵⁴⁵.

En revanche, il est vrai que le droit subjectif peut exister indépendamment du pouvoir de choisir ou du pouvoir d'agir ; son existence n'est pas troublée par l'absence d'option ou le défaut d'action matérielle du titulaire.

2°. - L'indifférence du droit subjectif à la paralysie du pouvoir de choisir

204. - Une disposition légale ou conventionnelle peut verrouiller le pouvoir de choisir, de telle manière qu'un ou plusieurs modes d'utilisation de la chose ou de la créance ne soient pas ouverts au titulaire du droit, le droit subjectif n'en existe pas moins. Et ces hypothèses sont nombreuses. Par exemple : la loi interdit la modification des sites classés par leurs propriétaires ; l'article 631 du Code civil prohibe la cession et la location du droit d'usage ; la clause d'inaliénabilité interdit de disposer du bien qui en est frappé. Autant de modes d'utilisation de la chose que son propriétaire se voit ôter. Sans compter toutes les hypothèses légales ou conventionnelles d'affectation d'un bien qui enjoignent au propriétaire de l'utiliser dans un but ou au service d'une fin déterminés (par exemple, la donation avec charge). On peut même imaginer que la restriction du pouvoir de choisir soit naturelle et puise sa source dans la nature physique de la chose qui ne permet d'en faire usage que d'une seule manière (comme, par exemple, la consommation des denrées alimentaires).

Dans toutes ces hypothèses, le statut d'élément constitutif du droit subjectif reconnu par certains auteurs au pouvoir de choisir devrait déboucher sur la perte de son droit subjectif par le propriétaire voire sur l'impossibilité absolue de rattacher un

⁵⁴⁴. DE VISSCHER parle à ce propos de « théorie du suicide des droits » : « le droit renfermera en lui le principe de vie et de mort [...] Être ou ne pas être, le droit tendra aux deux fins à la fois » (*Loc. cit.*, p. 341). Et THON écrit que « ce qui est transféré ne peut être en même temps ce qui transfère » ; il compare l'aliénation d'un droit au jet d'une pierre et s'aperçoit que la force de celui qui jette se distingue de la pierre jetée puisqu'elle lui est extérieure (THON, *Reschtsnorm Und Subjectives Recht*, 1878, p. 327, cité par DE VISSCHER, *Idem*). Et DE VISSCHER juge irrelevante l'objection de JELLINEK selon laquelle le jet serait déterminé non seulement par la force motrice, mais par la nature de l'objet lancé (JELLINEK, *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, p. 55, n°1, repris par DE VISSCHER, *Idem*) ; si l'exercice d'une force est nécessairement conditionné par les propriétés de l'objet auquel elle s'applique, il n'en resterait pas moins vrai que cette force elle-même est extérieure à l'objet (DE VISSCHER, *Idem*).

Le bon sens lui-même qui interdit de penser que le droit contient en lui-même le fondement de sa propre aliénation et que la force et l'objet se confondent (DE VISSCHER, *Idem*).

⁵⁴⁵. D. BERRA, thèse préc., p. 910.

droit subjectif à certains biens. Pourtant il n'en est rien. Les partisans de l'approche potestative du droit subjectif eux-mêmes n'aboutissent pas à cette conclusion. Ce qui suggère sinon l'extranéité du moins l'extériorité du pouvoir de choisir de la personne physique au droit subjectif. Pour des raisons similaires, le droit subjectif ne confère pas au sujet de droit un pouvoir réel d'agir.

3°. - L'indifférence du droit subjectif à la limitation du pouvoir d'agir

205. - L'idée du concours du pouvoir d'agir à la construction du droit subjectif est contrariée lorsque le droit (au sens subjectif) est dissocié de l'action de l'homme.

Par leur objet, un certain nombre de droits ne postulent aucun agir. DABIN a avancé l'exemple du titulaire du droit à la vie qui se contente de posséder le bien de la vie et d'en jouir, l'existence de son droit se confondant avec sa jouissance purement passive⁵⁴⁶. En matière de droits sur les biens, le défaut d'action ne nuit pas radicalement au droit puisque l'impossibilité ou l'absence d'exercice ne le fait pas disparaître. Un créancier qui se désintéresse de sa créance et un propriétaire qui laisse délibérément son champ en friche ne perdent en principe rien de leur droit⁵⁴⁷. On notera que l'écoulement du temps ajouté à la négligence du créancier ou du propriétaire et/ou à l'action d'autrui, peut conduire à l'extinction du droit et à l'acquisition du bien par autrui. Mais tant que le délai légal n'est pas expiré, et indéfiniment si personne ne vient posséder le bien, le créancier ou le propriétaire inactifs demeurent respectivement titulaire de leur créance et propriétaire de leur chose.

Le pouvoir réel d'agir n'est donc pas inhérent au droit subjectif. C'est également la raison pour laquelle le mineur et le majeur incapable sont titulaires de droits subjectifs tout en étant privés de la possibilité d'agir et d'effectuer certains actes, spécialement les actes de disposition juridique, sur l'objet de leur droit. D'ailleurs, et surabondamment, le mineur exerce son droit de propriété lorsqu'il habite la maison qui lui appartient et l'incapable sa liberté quand il se promène. Il existe en effet de nombreux actes matériels d'exercice de nature purement corporelle où l'esprit n'a pas de part nécessaire⁵⁴⁸.

Le droit subjectif peut se contenter de cet agir purement matériel bien qu'il renferme le pouvoir de disposer. Parce qu'il n'est pas un pouvoir d'ordre physique, mais un pouvoir virtuel.

⁵⁴⁶ J. DABIN, *Op. cit.*, p. 62.

⁵⁴⁷ J. DABIN, *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁴⁸ J. DABIN, *Op. cit.*, p. 63.

§ 3. - *Le droit subjectif confère un pouvoir virtuel*

206. – « Les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, contradictoires [...] Sur cette physionomie agitée [...] le droit a appliqué un masque immobile »⁵⁴⁹.

Appliqué au droit subjectif, le pouvoir de vouloir, de choisir, d'agir ne peut être qu'un pouvoir virtuel⁵⁵⁰. En effet, dès lors que le pouvoir de vouloir, de choisir, d'agir n'est plus défini comme un certain état mental d'entendement et de conscience de l'individu, ni comme une force de l'être humain, on peut concevoir qu'à l'instar du droit subjectif, il soit attaché à un sujet dénué de volonté ou dont le choisir et l'agir sont limités (A). Non pas que le pouvoir de vouloir, le pouvoir de choisir et le pouvoir d'agir ne soient jamais pris en considération par le droit. Ils le sont, mais à un autre titre. Le pouvoir réel, intellectuel ou physique, de vouloir, de choisir ou d'agir désigne la capacité qui influe sur l'acquisition et la mise en œuvre du droit subjectif (B).

A. - *La potentialité du droit subjectif*

207. - En assurant au sujet une sphère d'exclusivité, le droit subjectif lui permet d'agir *librement*. C'est-à-dire que, dans les limites de ce domaine, il l'autorise à jouir de la chose ou de la situation qui en est l'objet de la manière *la plus absolue*, comme l'indique l'article 544 du Code civil à propos du droit de propriété. Aussi, le droit subjectif ne peut pas être partiel. Il est plein et complet ou il n'est pas.

Ainsi, le pouvoir de choisir et d'agir conféré par le droit subjectif, ne doit pas être entendu comme un pouvoir physique ou intellectuel de l'homme. Il doit être dématérialisé (2°), comme l'a été le pouvoir de vouloir dans la thèse de GOROVTSSEFF (1°).

1°. - *La décorporalisation du pouvoir de vouloir*

208. - GOROVTSSEFF a remanié l'élément volonté afin de rendre compatible la titularité de droits subjectifs avec la personnalité du mineur et du majeur incapable ainsi qu'avec la personnalité morale⁵⁵¹, sans recourir au procédé qu'il juge « artificiel »⁵⁵² de la fiction. Sa théorie de la volition modifie l'approche volontariste

⁵⁴⁹. M. HAURIU, De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1898, n° 11, p. 19.

⁵⁵⁰. *Contra* : Selon L. DUGUIT, la notion du potentiel peut être utile en thermodynamique mais n'a rien à faire dans les relations des individus réglées par le droit (*Op. cit.*, par. 44, p. 479).

⁵⁵¹. V. A. GOROVTSSEFF, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. civ.* 1926, p. 881 et s. et Nouvelles recherches..., *loc. cit.*, p. 5 et s.

⁵⁵². A. GOROVTSSEFF, Nouvelles recherches..., *loc. cit.*, p. 23-24.

du droit subjectif (a) et aide à saisir le caractère absolu du pouvoir conféré au sujet par le droit subjectif (b). Même si le pouvoir de vouloir nous semble moins bien caractériser le droit subjectif que le pouvoir de choisir et d'agir.

a) La théorie de la volition

209. - GOROVITSEFF n'est pas un détracteur obstiné de la thèse volontariste du droit subjectif. Il ne dit pas lui préférer la thèse opposée de l'intérêt ni les thèses mixtes qui combinent volonté et intérêt⁵⁵³. Simplement il aménage la notion de volonté de manière telle que les inconvénients de la thèse volontariste du droit soient dépassés⁵⁵⁴. Cette adaptation ne prend plus pour cible, en amont, la volonté comme force ; elle prend en considération, en aval, la volonté manifestée et *décorporalisée*. Ce qui se traduit au plan terminologique par la substitution des *volitions* à la *volonté*⁵⁵⁵ et la confusion des notions de droit subjectif et de sujet de droit.

En effet, GOROVITSEFF reproche à la conception classique du sujet de droit d'identifier l'élément de la volonté à l'être humain lui-même possesseur de cette volonté et de reconnaître la qualité de sujet de droit à l'homme lui-même⁵⁵⁶. Alors que, selon lui, la qualité de sujet de droit devrait être attribuée⁵⁵⁷ au phénomène abstrait de la volonté humaine et plus précisément à ce qu'il dénomme les *volitions*⁵⁵⁸. L'être matériel ne se présenterait que comme un sujet de deuxième

⁵⁵³. V. A. GOROVITSEFF, *La lutte autour...*, *loc. cit.*, p. 881 et s. et *Nouvelles recherches...*, *loc. cit.*, p. 5 et s.

⁵⁵⁴. V. A. GOROVITSEFF, *Nouvelles recherches...*, *loc. cit.*, p. 5 et s.

Quoique A. GOROVITSEFF observe l'élément de la volonté dans ses rapports avec la qualité de sujet de droit plutôt que dans ses relations avec le droit subjectif, sa conception trouve sa place dans l'examen de la relativité des critiques adressées à la théorie potestative du droit subjectif et ce pour une double raison. D'abord, la place attribuée par GOROVITSEFF à la volonté au regard de la qualité de sujet de droit résout la question de la titularité de droits subjectifs par les sujets démunies de volonté. Ensuite et surtout, l'auteur n'ignore pas le droit subjectif qui semble parfois happé par la notion de sujet de droit. L'amalgame est fait volontairement entre la qualité de sujet de droit et la titularité de droits subjectifs, entre le sujet de droit et le sujet titulaire de droits subjectifs (*Nouvelles recherches...*, *loc. cit.*, p. 7 : le sujet est possesseur du droit subjectif ; p. 65 : l'être humain devient porteur de la qualité de sujet de droit lorsque, après la formation du droit objectif, sa volition aura revêtu le caractère de droit subjectif ; v. égal. p. 10-11). A. GOROVITSEFF adopte comme une position intermédiaire entre le sujet de droit et le droit subjectif : il reconnaît la qualité de sujet de droit non pas à la personne mais à une volition exprimée par l'individu, volonté extériorisée qui participerait de la composition du droit subjectif.

⁵⁵⁵. A. GOROVITSEFF, *Nouvelles recherches...*, *loc. cit.*, p. 13 et s. -- Sur les volitions : « Dans la réalité des choses, les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, contradictoires ; non seulement elles ne persistent pas dans le même objet, mais elles y varient constamment » (HAURIOU, *Op. cit.*, p. 264. -- V. égal. du même auteur : De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *loc. cit.*, p. 19). -- La décision prise constitue la volition proprement dite selon DUGUIT (*Op. cit.*, par. 30, p. 323). -- V. égal. L. MICHOD selon qui la volonté n'est pas un sujet de droit, elle est simplement un attribut appartenant à un être, or « il faut que le droit ne considère en l'homme que la volonté ; ce qu'il a en vue, c'est bien l'homme tout entier... ». Une volonté détachée de l'homme ne peut être sujet de droit, la volonté n'a de force que faculté de vouloir, comme série de volitions successives, elle n'en a pas. L. MICHOD considère donc que le sujet ne peut être la volition et pas davantage la volonté (*Op. cit.*, n° 37, p. 78-80 ; v. égal. n° 33, p. 70-71 ; n° 47, p. 100).

⁵⁵⁶. A. GOROVITSEFF, *Nouvelles recherches...*, *loc. cit.*, p. 5-6.

⁵⁵⁷. A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 6.

⁵⁵⁸. ... ou révélations abstraites des individus (A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 8-9, p. 11, p. 12, p. 69, p. 74).

ordre, puisque le sujet de premier ordre serait l'élément volenté⁵⁵⁹. L'être devient porteur de la qualité de sujet de droit lorsque, après la formation du droit objectif, sa volition revêt le caractère de droit subjectif⁵⁶⁰, soit lorsqu'il peut défendre sa volition en tant que droit subjectif⁵⁶¹.

GOROVTSEFF illustre sa conception en prenant l'exemple du contrat. Le contrat serait un phénomène de conjonction de deux volitions individuelles « naturelles » qui fait naître une sorte de « sur-volition » (ou règle objective) qui transforme les volitions naturelles en volitions juridiques (ou obligatoires) c'est-à-dire en droits « subjectifs » et devoirs « subjectifs » pour les parties⁵⁶².

Plus généralement, sa thèse revêt une importance pratique à l'endroit du mineur, du majeur incapable ou de la personnalité morale. Elle évite, en effet, les inconvénients que présentent les thèses classiques sur le double plan de la fiction et de l'administration. La conception classique du sujet-volenté oblige à recourir au procédé de la fiction pour expliquer la titularité de droits subjectifs par le mineur, le majeur incapable et la personne morale⁵⁶³. Quant aux thèses qui combinent la volenté et l'intérêt ou distinguent le « sujet de disposition » et le « sujet de jouissance », elles aboutissent à la dislocation de la notion de sujet parce qu'elles incarnent la volenté et l'intérêt ou la disposition et la jouissance dans les êtres matériels et donc dans des êtres matériels différents⁵⁶⁴. Alors que la thèse de GOROVTSEFF n'impose ni de reconnaître la qualité de sujet aux êtres naturels ou matériels ni de recourir à la fiction s'agissant des êtres artificiels et collectifs. La volenté étant décorporalisée, le sujet de droit est la ou les volitions qui émanent d'un ou plusieurs êtres humains⁵⁶⁵. Ainsi désincarnée de la personne physique, la volenté qui signale une personnalité juridique, peut être celle d'un mineur, d'un incapable majeur ou d'un être collectif. Et le pouvoir de vouloir conféré par le droit subjectif peut être reconnu à des sujets de droit incapables ou collectifs, tout en restant absolu.

b) Le droit subjectif, pouvoir absolu

210. - En dématérialisant le pouvoir de vouloir, GOROVTSEFF contribue à l'idée que le pouvoir conféré par le droit subjectif est un pouvoir absolu, même si sa thèse

⁵⁵⁹ A. GOROVTSEFF, *Ibid.*, p. 12. -- Tandis que l'homme qui ne se trouve pas dans un état où il est amené à exprimer une volition à laquelle l'ordre juridique doit sa protection n'est pas un sujet de droit. L'auteur prend pour exemples l'homme qui dort ou celui qui veille sans exprimer aucune volition (*Ibid.*, p. 8 et s. -- Il s'inspire alors des idées exprimées par HÖLDER dans son ouvrage *Natürliche und juristische personem*).

⁵⁶⁰ A. GOROVTSEFF, *Ibid.*, p. 65.

⁵⁶¹ A. GOROVTSEFF, *Ibid.*, p. 57.

⁵⁶² A. GOROVTSEFF, *Ibid.*, p. 62.

⁵⁶³ A. GOROVTSEFF, *Ibid.*, p. 23-24.

⁵⁶⁴ A. GOROVTSEFF, *Ibid.*, p. 69.

⁵⁶⁵ A. GOROVTSEFF, *Ibid.*, p. 28 et s.

se rapporte plus directement à la théorie du sujet de droit qu'à la théorie du droit subjectif.

En effet, les volitions ne s'appuyant plus sur les êtres matériels eux-mêmes, mais sur leurs manifestations de volonté abstraites⁵⁶⁶, GOROVITSEFF peut distinguer au sein du sujet de droit un élément fondateur qui désigne la volition⁵⁶⁷, et un élément administrateur et un élément destinataire, que l'on a pu faire connaître sous les termes « sujet de disposition » et « sujet de jouissance » et qui sont des êtres matériels⁵⁶⁸. Ainsi, les organes des personnes morales - élément administrateur - veulent et agissent au lieu des représentés eux-mêmes dans un cadre déterminé par les volitions de l'élément fondateur, c'est-à-dire conformément à la volonté de ceux qui réalisent la formation de la personne morale, et pour la personne morale élément destinataire⁵⁶⁹. De cette manière, la « personne civile collective » réunit les trois éléments constitutifs du sujet de droit. S'agissant du mineur et du majeur incapable, l'élément fondateur ou la volition de l'être humain est présumé par l'ordre juridique et non exprimé *expressis verbis*⁵⁷⁰. La « personne civile individuelle »⁵⁷¹ est basée sur l'idée de représentation et implique la séparation de ses éléments fondateur et destinataire, d'une part, et de son élément administrateur, d'autre part⁵⁷². Désincarnée, la volonté devenue volition peut s'appliquer à des êtres dénués en tout ou partie de volonté.

La conception de GOROVITSEFF invite ainsi à dématérialiser le pouvoir conféré au sujet par le droit subjectif même si la décorporalisation de la volonté peut sembler plus adaptée à la théorie du sujet de droit qu'à la théorie du droit subjectif. La thèse développée par GOROVITSEFF à propos du sujet de droit est transposable à la théorie du droit subjectif pour ce qui est d'affirmer la virtualité du droit subjectif et l'absolutisme qui en découle. Le droit subjectif doit être dématérialisé comme l'est la qualité de sujet de droit puisque, décorporalisé, il peut être absolu, plein et entier, y compris lorsque le sujet de droit est un mineur, un majeur incapable ou une personne morale⁵⁷³.

⁵⁶⁶. A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 69.

⁵⁶⁷. A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 31 ; v. égal. p. 33.

⁵⁶⁸. A. GOROVITSEFF, *Idem.*

⁵⁶⁹. A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 57, p. 74 et s. ; p. 131-132.

⁵⁷⁰. A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 132-133. -- L'attribution du rôle d'un représentant légal d'un *infans* ou d'un majeur incapable à quelques uns de leurs parents les plus proches en serait la preuve. Elle signifie que l'ordre juridique ne fait que présumer la volonté de l'enfant dont les sympathies tendent vers celui à qui il est lié par des sentiments d'affection naturelle (*Ibid.*, p. 130-131).

⁵⁷¹. A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 131-132. -- Il rejette la distinction des personnes physiques et des personnes morales (*Ibid.*, p. 86-87). Car, au plan juridique, l'*infans* et le majeur incapable sont des êtres aussi artificiels que la personne morale (*Ibid.*, p. 31, p. 33 ; v. égal. p. 54-55, p. 59, p. 70, p. 75). L'*infans* et le majeur incapable constitueraient même des sujets plus fictifs que les personnes morales, le Droit commençant par renier la volonté psychologique de l'homme pour lui substituer, créer, placer dans ce vide la volonté présumée de l'être matériel (*Ibid.*, p. 126-127).

⁵⁷². A. GOROVITSEFF, *Ibid.*, p. 133, p. 72.

⁵⁷³. M. Raymond MARTIN relevait la contradiction interne du droit subjectif : le droit du sujet, et notamment le droit de propriété, est un pouvoir de volonté, mais le contenu de ce pouvoir est donné par la règle de droit (De l'usage des droits..., *loc. cit.*, n° 4, p. 54). En décorporalisant, la volonté, la contradiction disparaît : le pouvoir de vouloir devient un pouvoir *juridique* du sujet.

211. - Simplement, il vaut mieux voir dans le droit subjectif un pouvoir de *choisir ou d'agir* dématérialisé plutôt qu'un pouvoir de vouloir. Le pouvoir de vouloir renvoie à la représentation d'un acte à accomplir et non à la délibération (le choisir) et à l'action (l'agir) qui rendent mieux compte de l'éventail des pouvoirs ouverts au bénéficiaire du droit subjectif. En substituant la notion de volition à la volonté, GOROVTSSEFF évoque d'ailleurs la notion d'intérêt présente dans la théorie du sujet de droit. Présumer la volonté du mineur, du majeur incapable et de l'être collectif pour en faire un sujet de droit (ou élément fondateur) alors que leur volonté est faible ou défaillante, c'est les considérer dignes de se voir reconnaître la qualité de sujet de droit. Or le droit subjectif ne se confond pas complètement avec le sujet de droit puisqu'il est une projection du sujet sur un objet.

On comprend pourquoi il vaut mieux définir le pouvoir que confère le droit subjectif comme un pouvoir de *choisir ou d'agir* dématérialisé. Telle est l'option prise par DABIN.

2°. - La dépersonnalisation du pouvoir de choisir et d'agir

212. - La définition que DABIN donne du droit subjectif met en relief l'absolutisme du droit subjectif. L'auteur dépersonnalise le pouvoir de choisir et d'agir conféré par le droit subjectif au sujet et lui attribue un caractère virtuel à travers la notion de « possibilité morale de disposer ». Il adopte donc une démarche intellectuelle proche de celle de GOROVTSSEFF dans la mesure où, comme lui, il utilise les idées et les abstractions qui sont la base des notions juridiques et se garde de les personnifier et de les matérialiser. Mais son hypothèse de départ est différente.

GOROVTSSEFF décorporalisait la volonté en prenant en compte une volonté présumée déclarée et abstraite dans le but d'en faire l'élément fondateur du droit subjectif. DABIN dématérialise le pouvoir de choisir et d'agir compris dans le droit avant qu'il ne soit exercé, extériorisé et spécifié dans un choix et une action déterminés, c'est-à-dire lorsqu'il n'est encore que latent. Ainsi, il voit dans l'appartenance et la maîtrise les deux éléments constitutifs du droit subjectif. L'appartenance serait attribut de la chose et signifierait que la chose appartient au sujet tandis que la maîtrise serait l'attribut du sujet relativement à la chose « appartenante » et assujettie⁵⁷⁴. Et cette maîtrise est la conséquence logiquement nécessaire de l'appartenance⁵⁷⁵. C'est pourquoi DABIN affirme que le droit, essentiellement, se définit par l'*avoir* et la maîtrise consécutive, non par l'*agir*⁵⁷⁶. Dans ce second élément, DABIN place le pouvoir de libre disposition qu'il appréhende comme une *possibilité morale* de disposer et non pas comme une aptitude physique de l'être humain. Il saisit donc le pouvoir de choisir et d'agir, avant

⁵⁷⁴ J. DABIN, *Op. cit.*, p. 87.

⁵⁷⁵ J. DABIN, *Ibid.*, p. 92 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

⁵⁷⁶ J. DABIN, *Ibid.*, p. 104-105.

son exercice, indépendamment des actes vers lesquels ce pouvoir peut tendre ⁵⁷⁷. Et en cela, il rejoint SALEILLES qui émettait l'idée de maîtrise « virtuelle » ⁵⁷⁸.

La thèse de DABIN s'applique ainsi parfaitement au droit de propriété.

213. - Le droit subjectif défini par DABIN évoque la définition légale du droit de propriété. Aux termes de l'article 544 du Code civil, la propriété est « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». Or, les deux composants que DABIN attribue au droit subjectif et, de manière plus générale, l'exclusivisme et l'absolutisme du droit subjectif rappellent cette jouissance et cette disposition. Lorsque DABIN traite de l'appartenance, il le scrute sous l'angle de la chose. Or, cette appartenance, du point de vue du sujet, désigne l'exclusivité du sujet ou l'exclusivisme du droit subjectif. Lorsqu'il mentionne la maîtrise et le pouvoir de disposer au nombre des éléments constitutifs du droit subjectif, il approche directement le droit subjectif sous l'angle du sujet. Et cette maîtrise ou ce pouvoir de disposition, semble correspondre au pouvoir d'accomplir sur les biens des actes juridiques, englobé dans la jouissance qui découle de l'exclusivité du propriétaire sur son bien ⁵⁷⁹.

S'il dépersonnalise le pouvoir de disposer, DABIN ne nie pas pour autant la nécessité d'une action réelle de l'homme pour aboutir à la jouissance des utilités que lui procure son droit et à la satisfaction concrète de ses intérêts. Simplement, cette action relève de l'exercice du droit.

B. - La mise en œuvre du droit subjectif

214. - L'acte n'est pas le pouvoir ; il extériorise le pouvoir.

Dans la mesure où le pouvoir que le droit subjectif confère au sujet de droit est virtuel, il ne désigne pas la force de vouloir, de choisir et/ou d'agir par laquelle le sujet ou son représentant agit. Cette force ou ce pouvoir réel relève de la capacité juridique et spécialement de la capacité d'exercice ⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷. « Le droit subjectif n'est pas disposition en acte, réalisé ou même réalisable ; il est *pouvoir* de disposer, c'est-à-dire que si pour une raison quelconque, objective ou subjective, de fait ou de droit, la possibilité *matérielle* de disposer fait défaut, la maîtrise demeure avec la possibilité *morale* de disposer » (J. DABIN, *Ibid.*, p. 92. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). -- Rapp. F. ZENATI, selon qui, ce qui compte dans la propriété ce n'est pas tant les services qu'elle procure que le fait qu'elle les permette sous virtuellement (Thèse préc., n° 421, p. 582).

⁵⁷⁸. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique - Histoire et théories*, Paris, Rousseau, 2^e éd., 1922, p. 543-544.

⁵⁷⁹. Le droit de jouissance recouvre, en effet, toutes les formes d'usage, y compris purement matériel (V. not. *supra* : n° 12 et s.). Ce qui favorise, d'ailleurs, la confusion du droit de propriété avec son objet.

⁵⁸⁰. J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *Op. cit.*, n° 376, p. 346. -- F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes - La famille - Les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 1197, p. 1025-1026.

La capacité juridique est, en effet, définie par la doctrine, comme l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à les exercer⁵⁸¹, et elle se subdivise en une capacité de *jouissance* et une capacité d'*exercice*. Dans la mesure où la capacité est le principe et l'incapacité l'exception⁵⁸², les textes ne définissent pas la capacité juridique mais ils réglementent l'*incapacité*. Ils caractérisent les personnes juridiquement incapables et ils pourvoient à leur protection par la détermination de représentants aptes à ce à quoi elles sont jugées inaptes. De cette manière, la loi indique les critères et les catégories d'inaptitude juridique du sujet. Or, il s'avère que l'incapacité de jouissance interdit au sujet de droit de devenir titulaire d'un droit subjectif donné et plus précisément du droit de propriété. Car les droits de la personnalité sont acquis au sujet de droit *ipso jure* ; l'incapacité d'exercice empêche le sujet de mettre lui-même en œuvre le droit subjectif dont il est titulaire. Serait ainsi frappé d'une incapacité d'exercice, le sujet qui, en raison de sa situation juridique, de son état ou d'une décision de justice, ne peut accomplir seul un certain nombre d'actes sans l'intermédiaire d'un représentant (administrateur légal, tuteur) ou l'assistance d'une autre personne (curateur) ou avec une autorisation⁵⁸³.

Selon HAURIOU, la théorie de la capacité permet d'appliquer à la personnalité la distinction du statique et du dynamique. La jouissance des droits, c'est-à-dire la personnalité statique, reste acquise au mineur et au majeur incapable, mais l'exercice des droits, c'est-à-dire la personnalité dynamique, est confiée à un représentant qui agit soit en se substituant à l'incapable, soit en l'autorisant⁵⁸⁴. Si la capacité juridique et le droit subjectif trouvent leur fondement dans la personne, ils ne se confondent donc pas. D'ailleurs, leur publicité et la sanction de leur violation ne sont pas organisées selon les mêmes règles⁵⁸⁵.

215. - Il s'ensuit que pour pouvoir mettre en œuvre son droit subjectif, c'est-à-dire pour pouvoir accomplir des actes du type de ceux que lui permet d'accomplir son droit, le sujet doit avoir la capacité d'exercice, mais que, sujet d'appartenance, il ne cesse pas d'être sujet de maîtrise⁵⁸⁶. Son représentant exerce le droit pour son

⁵⁸¹. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 1998, n° 291, p. 303-304.

⁵⁸². G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, t. I, préc., n° 403, p. 189-190. -- R. HOUIN, Les incapacités, *Rev. trim. civ.* 1947, p. 387.

⁵⁸³. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 1998, n° 291, p. 304. -- R. HOUIN a observé que l'incapacité est un procédé servant à faire présumer chez certaines personnes soit une insuffisance de leur volonté, soit l'illicéité de l'objet recherché ou du but poursuivi (*Loc. cit.*, p. 385).

⁵⁸⁴. M. HAURIOU, De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *loc. cit.*, n° 11, p. 20. -- Rapp. F. ZENATI selon qui l'opposition capacité de jouissance/capacité d'exercice différencierait l'hypothèse de la privation du droit d'accomplir un acte juridique de celle de l'impossibilité de l'accomplir soi-même (Thèse préc., n° 543, p. 744).

⁵⁸⁵. V. not. : la mise en place d'une sauvegarde de justice donne lieu à l'information de certaines autorités (procureur de la République) au moyen d'un registre spécial tenu au parquet (1236, 1242 et 1238 NCPC) (V. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Les personnes...*, 1996, n° 1243, p. 1073-1074). Et pour la tutelle et la curatelle, une double publicité est prévue par l'inscription de mentions en marge de l'acte de naissance de la personne protégée (art. 493-2) et la conservation d'un extrait de la décision au répertoire civil tenu dans chaque T.G.I. (*Ibid.*, n° 1244, p. 1074-1075). Alors que la propriété foncière donne lieu à une publicité principalement au bureau des hypothèques (d. n° 55-22 du 4 janvier 1955) et la propriété mobilière se révèle aux tiers par la possession (V. 2279 C.Civ.).

⁵⁸⁶. J. DABIN, *Op. cit.*, p. 92.

compte, et en bon père de famille, mais il n'a pas personnellement le droit de jouir et disposer du bien ⁵⁸⁷.

C'est pourquoi l'incapacité d'exercice du propriétaire n'ampute pas son droit ⁵⁸⁸. Le propriétaire frappé d'une incapacité d'exercice conserve le droit de jouir et disposer de son bien de la manière la plus absolue. Son incapacité paralyse simplement son pouvoir réel d'exercer ce droit. Spécialement, elle lui interdit d'accomplir des actes juridiques sur le bien puisque la jouissance englobe la disposition ⁵⁸⁹. Le propriétaire incapable peut notamment continuer d'accomplir sur son bien les actes purement matériels et dénués d'effet de droit, par exemple en occupant son immeuble ⁵⁹⁰.

Ainsi, le droit subjectif est un et indivisible ; seule la capacité du sujet peut être limitée. Ce qui remet en cause l'idée d'un démembrement du droit de propriété dans le but de créer un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

Conclusion du CHAPITRE I

216. - Parce qu'il est exclusivité le droit subjectif confère au sujet un pouvoir absolu sur l'objet de son droit. Et puisqu'il est absolu, le droit subjectif est un et indivisible. Qu'on l'apprécie comme un contenant (l'exclusivité) ou comme un contenu (le pouvoir), le droit subjectif n'est décidément pas susceptible de démembrement. Il ne peut être que plein et entier. Sa définition même interdit qu'on l'ampute d'une partie des pouvoirs qu'il confère au sujet pour les transmettre à autrui, serait-ce temporairement. Au plus supporte-t-il une autre exclusivité, comme dans l'indivision et la copropriété. Mais la situation du quasi-usufruitier, du dépositaire irrégulier ou du créancier gagiste ou hypothécaire ne correspond pas à ce schéma ⁵⁹¹.

Il s'ensuit que le droit du disposant du bien d'autrui pour son propre compte ne peut en aucune façon être issu du droit du propriétaire ou du droit du créancier dont il reçoit le bien afin d'en disposer pour son propre compte. Le droit subjectif est plénitude ou il n'est pas.

⁵⁸⁷. J. DABIN, *Ibid.*, p. 89 ; p. 92 ; p. 104-105. -- Le désir d'ériger la volition en constituant du droit subjectif contraignait GOROVITSEFF à présumer la volonté du représenté pour la rendre quasiment générale et abstraite. Au contraire, parce que DABIN exclut volonté et volition de la composition du droit subjectif, dans sa conception, le représentant de l'incapable ne s'évertuera pas à reproduire la volonté supposée de l'intéressé - ce qui serait divinatoire - mais il prendra pour modèle le type *objectif* du bon père de famille, s'efforçant d'administrer pour le mieux, dans les circonstances qui sont celles du cas particulier du mineur (*Ibid.*, p. 93).

⁵⁸⁸. La capacité est la mesure de la propriété : F. ZENATI, thèse préc., n° 543, p. 743.

⁵⁸⁹. F. DE VISSCHER écrit ainsi qu'il n'y a pas d'autre manière d'exercer son droit que d'en jouir (*Loc. cit.*, note 2, p. 343-344).

⁵⁹⁰. F. ZENATI, thèse préc., n° 453, p. 624.

⁵⁹¹. V. *supra* : n° 148.

Si le droit du quasi-usufructier, du dépositaire irrégulier ou du créancier gagiste ou hypothécaire ne peut pas être un droit démembré pour la raison que le droit subjectif du propriétaire ne se partage pas, n'est-il pas constitutif d'un droit subjectif réduit *ab initio* au pouvoir de disposer des biens ? Il serait ainsi construit sur le modèle du droit subjectif mais il formerait un droit subjectif nouveau, distinct et concurrent du droit de propriété d'autrui.

CHAPITRE II.

L'UNICITÉ DU DROIT SUBJECTIF

217. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, à défaut d'être démembré d'un droit subjectif-souche, a peut-être la nature d'un droit subjectif réduit *ab initio* au pouvoir de disposer⁵⁹². Ce droit subjectif de disposer concurrencerait le droit subjectif plein et entier du propriétaire de la chose ou du titulaire de la créance, ces derniers ne pouvant exercer leur droit que lorsque cette mise en œuvre ne risque pas de porter atteinte au droit du disposant. L'hypothèse a l'avantage de reproduire la rivalité constatée entre le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et le droit du propriétaire du bien. Néanmoins, elle demeure incertaine.

La thèse du droit subjectif de disposer repose sur l'idée que le droit subjectif est réductible au pouvoir de disposer. Or la structure et le contenu du droit subjectif s'accommodent mal d'une telle réduction. Le droit subjectif n'est pas doté d'une définition à géométrie variable. Son exclusivisme et son absolutisme font de lui un droit plein et entier, un droit qui est plénitude ou qui n'est pas. D'où il découle non seulement que le droit subjectif est un et indivisible, comme cela a été démontré⁵⁹³, mais encore qu'il est *unique et irréductible*. L'exclusivisme et l'absolutisme du droit subjectif évoquent *un* seul droit parmi tous : lorsqu'il s'applique aux biens, le droit subjectif désigne le *droit de propriété*.

D'abord, le Code civil lui-même définit la propriété comme un droit exclusif et absolu puisqu'il énonce que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue... » (art. 544). Et la doctrine reconnaît à la propriété cette ampleur et ce monopole. JOSSERAND, parmi beaucoup d'autres, relève qu'elle confère le maximum d'avantages que le bien comporte et qu'elle est opposable à tous⁵⁹⁴. Corrélativement, il faut voir dans l'exclusivisme et l'absolutisme du droit

⁵⁹². V. *supra* : n° 150.

⁵⁹³. V. *supra* : n° 153 et s.

⁵⁹⁴. L. JOSSERAND, Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, n° 6, p. 98.

subjectif, le droit de jouir et disposer des biens qui caractérise le droit de propriété. D'ailleurs, aucun des droits autres que la propriété n'est défini comme un pouvoir exclusif et absolu sur un bien. Au contraire, ces droits apparaissent comme les objets d'un pouvoir exclusif et absolu... comme les objets d'un droit de propriété.

Ensuite, la synonymie de la propriété et du droit subjectif sur les biens se confirme sur le plan de leur nature et de leur régime. Exclusivisme et absolutisme d'une personne, le droit subjectif porte bien son nom puisqu'il est inhérent au sujet. Il apparaît avec la personne et il disparaît avec elle. En ce sens, il est subjectif ou extrapatrimonial. Il en va de même du droit de propriété. D'une part, toute personne, même lorsqu'elle est démunie, a un patrimoine et donc un droit de propriété. D'autre part, le droit de propriété est un droit incessible, intransmissible et imprescriptible. Ces traits tiennent à sa nature extrapatrimoniale ou subjective et à son assujettissement, subséquent, au régime des droits extrapatrimoniaux ou subjectifs.

Ainsi, la supériorité (*Section I*) et la subjectivité (*Section II*) du droit de propriété suggère de l'identifier au droit subjectif lorsqu'il s'applique aux biens. Or, si le droit de propriété est le droit subjectif qui se rapporte aux biens, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne peut en aucun cas avoir la nature d'un droit subjectif puisque son étroitesse l'a démarqué du droit de propriété ⁵⁹⁵.

Section I. - La supériorité du droit de propriété

Section II. - La subjectivité du droit de propriété

SECTION I.

La supériorité du droit de propriété

218. - Pour plusieurs raisons, la propriété s'est imposée comme un droit modèle ⁵⁹⁶.

Elle est apparue comme la notion la plus commode pour désigner l'emprise d'une personne sur les biens incorporels, puisqu'il est admis que l'immatérialité des biens ne s'oppose pas à leur appropriation et à leur maîtrise. De cette manière, la propriété a servi de référence à la construction des monopoles qui s'appliquent aux œuvres de l'esprit. A tel point que la dénomination de propriété leur est appliquée puisqu'on

⁵⁹⁵. V. *supra* : n° 62 et s. ; n° 95 et s.

⁵⁹⁶. V. Sur l'idée de la propriété-droit modèle : M. C. ATIAS selon qui « la propriété est le modèle des droits, le plus pur et parfait, ce qui reste lorsqu'ont été éliminées toutes les variantes, toutes les nuances, toutes les limites et restrictions susceptibles d'affecter la liberté du titulaire » (Droit de propriété ou condition du propriétaire, *A.J.P.I.*, 10 janv. 1996, Etudes, p. 9).

parle aujourd'hui de « propriété littéraire et artistique » et de « propriété industrielle ». La propriété intellectuelle serait ainsi calquée sur la propriété des choses corporelles⁵⁹⁷.

La propriété joue également le rôle d'un étalon dans le domaine des droits plus anciens. Parce qu'elle est un droit absolu, elle constitue le modèle à partir duquel s'évaluent et se mesurent les autres droits de moindre ampleur, par exemple les droits de l'usufruitier, du nu-propriétaire, du propriétaire indivis, du propriétaire mitoyen, du bénéficiaire d'une servitude et de celui qui la subit, de l'associé, du locataire etc.⁵⁹⁸.

Mais en réalité, la propriété des choses corporelles a un statut supérieur à celui de simple modèle : elle se situe au sommet des choses et des droits. Elle les surplombe et les soumet.

L'incorporalité de certains biens n'est pas un obstacle à leur emprise et à leur soumission au droit de propriété. Tous les biens, quelles que soient leur forme et leur nature, sont des objets de propriété. Les biens incorporels ne sont pas seulement soumis à un droit proche de la propriété des choses corporelles : ils sont assujettis au même droit de propriété que les choses corporelles. Et il en va de même des droits de moindre ampleur que le droit de propriété. Ils constituent pareillement des objets de propriété.

La propriété, qui domine les choses corporelles, soumet également les choses incorporelles (I) et les autres droits (II).

§ 1. - La propriété des choses incorporelles

219. - Le droit de propriété a vocation à porter sur toutes les choses.

Fonds de commerce, créances, actions, offices ministériels, œuvres littéraires et artistiques, brevets, marques, monnaie scripturale... L'apparition de valeurs nouvelles et immatérielles n'a pas manqué et ne manque toujours pas d'attirer l'attention de la doctrine⁵⁹⁹ et du législateur. La question se pose notamment de savoir si l'instrument juridique de leur appropriation peut être construit sur le modèle

⁵⁹⁷ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, De la propriété comme modèle, *Mélanges en hommage à André Colomer*, LITEC 1993, p. 281 et s.

⁵⁹⁸ C. ATIAS, Droit de propriété ou condition du propriétaire, *loc. cit.*, p. 9.

⁵⁹⁹ V. entre autres : L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 6, p. 98. -- A. ROUAST, Problème de l'évolution du droit de propriété, *Travaux de l'Association H. Capitant, II, Journées de Genève 1947*, p. 118. -- R. SAVATIER, Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, *Rev. trim. civ.* 1958, p. 331 et s. -- P. CATALA, La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne, *Rev. trim. civ.* 1966, p. 185 et s. -- J.-L. BERGEL parle de l'« intellectualisation » de la propriété : in *L'évolution contemporaine du droit de propriété en France, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Beguet*, publié avec le concours de la ville de Toulon - Var, 1985, p. 23-24. -- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 3 à n° 5, p. 281-282 ; n° 14, p. 286.

de la propriété des choses corporelles. Il apparaît, en fait, que le droit de propriété des choses corporelles est apte à remplir cet office. La propriété des choses corporelles peut être la propriété des biens incorporels. Si l'on peut relever un certain nombre de différences entre la propriété incorporelle et la propriété corporelle, ces dissemblances n'imposent pas de distinguer les deux types de propriété. Elles renforcent au contraire l'omnipotence du droit de propriété. Elles ne remettent pas en cause l'essence-même de la propriété ; elles tiennent à la configuration de l'objet auquel la propriété se rapporte. Car l'application du droit de propriété aux biens incorporels (A) s'accompagne d'une nécessaire adaptation à la nature intangible de ces biens (B).

A. - L'application du droit de propriété aux biens incorporels

220. - Le droit de propriété a souvent été confondu avec les choses corporelles auxquelles, pendant longtemps, il s'est principalement appliqué. Mais le développement des biens immatériels a fait naître le besoin de construire un nouveau mode d'appropriation des biens. Or le droit de propriété s'est révélé apte à gouverner ces choses immatérielles. C'est ainsi que la dématérialisation des biens a favorisé la décorporalisation du droit de propriété (1°) en même temps qu'elle a mis en valeur l'ampleur de son domaine (2°).

1°. La décorporalisation du droit de propriété

221. - Le développement des propriétés incorporelles a permis de redécouvrir l'immatérialité de la propriété classique. L'absolutisme de la propriété a sans doute encouragé l'incorporation du droit dans la chose corporelle ; parce qu'il permet d'accomplir *tout* type d'actes sur la chose, le droit de propriété semble se confondre avec elle. Mais lorsque les biens se diversifient, il n'est plus possible de percevoir la structure de la propriété à travers la composition de son objet. La nécessité de soumettre les choses incorporelles à une prérogative identique à la propriété des choses corporelles fait douter de l'incorporation de la propriété dans les biens corporels.

En 1940, déjà, dans un article consacré à la « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », JOSSERAND regrettait la tendance de la propriété à être absorbée par son objet au point de devenir un bien corporel⁶⁰⁰. Et il se demandait comment, dans de telles conditions, on pouvait expliquer la pluralité de propriétaires d'un même bien et, surtout, la propriété des biens incorporels⁶⁰¹. Il

⁶⁰⁰ . L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 3, p. 96. -- Adde F. ZENATI parle de l'axiome de l'objet corporel (Thèse préc., n° 34 et s., p. 58 et s.).

⁶⁰¹. L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 4, p. 96-97. -- Adde J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 4, p. 282.

proposait alors de dématérialiser le droit de propriété en le dissociant de son objet ⁶⁰². Or, dans la mesure où le droit de propriété se définit comme une exclusivité qui confère un pouvoir absolu, il n'est pas nécessaire de l'incarner dans une chose. Il peut très bien lui être extérieur et s'appliquer à toute chose. Aussi, la dissociation du droit de propriété et de son objet est-elle aujourd'hui largement approuvée. Le droit de propriété se révèle même apte à assurer le monopole et la protection des œuvres de l'esprit.

2°. - La généralité du droit de propriété

222. - La propriété des biens incorporels n'est autre que la propriété de l'article 544 du Code civil. Comme les choses corporelles, les biens immatériels doivent être protégés, spécialement en étant rendus inaccessibles aux tiers. La raison de la transposition du terme *propriété* à l'endroit des biens immatériels réside dans cette volonté et cette nécessité de marquer leur sujétion à l'exclusivité et à la puissance absolue d'un sujet. Or, techniquement, la propriété de l'article 544 peut effectivement remplir cette fonction puisqu'elle est un droit exclusif et absolu.

223. - Ainsi, le fonds de commerce est susceptible de propriété ⁶⁰³ et il peut faire l'objet d'une action en revendication ⁶⁰⁴, comme une chose corporelle. Il est également susceptible de cession ou de nantissement. Sa transmission (L. 17 mars 1909, art. 3 à 7 modifiés) est soumise à publicité, afin que les créanciers du vendeurs puissent faire opposition au paiement du prix par l'acquéreur ⁶⁰⁵. Et son nantissement n'est lui-même opposable aux tiers que par l'inscription sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce (L. 17 mars 1909, art. 10, al. 2) ⁶⁰⁶. Les biens intellectuels sont soumis à des mesures de publicité, à l'image des biens corporels immobiliers. Par exemple, les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à un brevet ou à une marque doivent être inscrits au registre national de brevets (art. L. 613-9 C. propr. intell., réd. L. 1^{er} juillet 1992) ou des marques (art. L. 714-7 C. propr. intell., réd. L. 1^{er} juillet 1992) ⁶⁰⁷. Ils peuvent également faire l'objet d'une revendication ⁶⁰⁸. Même l'information tendrait à devenir un objet de propriété puisque le fait de prendre copie d'un document appartenant à

⁶⁰². L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 5 et n° 6 p. 97-98. -- La notion de droit corporel serait fausse. Les droits, pas plus que les devoirs, ne pourraient être touchés et les choses ne seraient pas davantage des droits (*Idem*).

⁶⁰³. En ce sens : F. ZENATI, thèse préc., n° 103 et s., p. 148 et s.

⁶⁰⁴. Com., 21 nov. 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3935, obs. M. CABRILLAC. -- Dans ce sens : M. CABRILLAC, obs. sur l'arrêt préc. -- F. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 311-312.

⁶⁰⁵. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 395, p. 280.

⁶⁰⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 395, p. 280.

⁶⁰⁷. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 395, p. 279-280.

⁶⁰⁸. Cass., 22 oct 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1997, I, 4004, obs. M. CABRILLAC. -- Dans ce sens : M. CABRILLAC, obs. sur l'arrêt préc. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 402, p. 545-546.

autrui est un vol⁶⁰⁹ quoique la Cour de cassation ait récemment remis en cause cette analyse⁶¹⁰. D'un autre point de vue, les titulaires de brevets ou de marques ressemblent fort au propriétaire de l'article 544 du Code civil puisqu'ils peuvent librement en percevoir les fruits, aliéner leurs prérogatives d'exploitation et même les abandonner. Il en va ainsi de l'auteur et du breveté⁶¹¹.

On peut certes recourir à des techniques autres que le droit de propriété, notamment au droit des contrats et de la responsabilité civile (par l'action en concurrence déloyale et l'action en concurrence parasitaire...), pour satisfaire le besoin de protection juridique des biens incorporels⁶¹². Mais le contenu du contrat est d'un rayonnement limité. Quant à la responsabilité civile, elle touche à la protection et au contentieux du droit subjectif⁶¹³. Comme tout droit subjectif, avant d'être contentieuse, la propriété est une sphère de liberté d'action, il est donc plus simple d'admettre la généralité du droit de propriété pour justifier que les propriétaires incorporels ont une exclusivité sur le bien et un pouvoir absolu. Ainsi, l'auteur a comme une action en revendication lorsqu'il agit en contrefaçon⁶¹⁴. Et de manière générale, les propriétaires incorporels ont l'*usus*, l'*abusus* ou le *fructus* sur leur fonds de commerce, leur œuvre, leur invention etc.

Le monopole que l'on rencontre en matière de créations intellectuelles traduit l'idée de propriété appliquée aux choses les plus incorporelles qui soient⁶¹⁵. L'incorporalité du bien n'est pas un obstacle à sa qualification d'objet de propriété.

⁶⁰⁹ V. Crim., 8 janvier 1979, *D.* 1979, J., 509, note P. CORLAY. -- Crim., 29 avril 1986, *D.* 1987, J., 131, note P. CORLAY ; *J.C.P. Ed. G.* 1987, II, 20788, note H. CROZE. -- Adde M. MALAURIE-VIGNAL, La protection des informations privilégiées et du savoir-faire, *D.* 1997, Chr., p. 207 et s., spéc. n° 23. -- En faveur de la thèse selon laquelle l'information est un bien ou un objet d'appropriation : v. les réflexions de P. CATALA (La « propriété » de l'information, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 et s. et Ebauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984, chr., n° 9 et s., p. 99 et s.) ; de H. CROZE (Note préc., n° 12 et s.) ; de F. ZENATI (Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 312) ; M. VIVANT (A propos des « biens informationnels », *J.C.P. Ed. G.* 1984, I, n° 3132) ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC (Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?, *D.* 1985, Chr., n° 15 et s., p. 46 et s.) -- J.-C. GALLOUX (Ebauche d'une définition juridique de l'information, *D.* 1994, chr., n° 23 et s., p. 232 et s.).

⁶¹⁰ V. Crim. 3 avril 1995 au terme duquel l'information ne peut plus être considérée comme une chose au sens pénal du terme (V. E. DARAGON, Etude sur le statut juridique de l'information, *D.* 1998, Chr., n° 24 et s., p. 66 et s.).

⁶¹¹ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 18, p. 287. -- Adde D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969, p. 126. -- V. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *loc. cit.*, n° 43 et s. -- M. MALAURIE-VIGNAL, *loc. cit.*, p. 207 et s.

⁶¹² J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 5, p. 282 ; n° 36 et s., p. 295 et s. -- J.-M. MOUSSERON, Responsabilité civile et droits intellectuels, *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, LITEC 1990, p. 247 et s.

⁶¹³ Ainsi, l'action en concurrence déloyale sanctionnerait les actes malhonnêtes ou fallacieux (V. T.G.I. Paris, 1^{er} mars 1979 cité par J.-M. MOUSSERON, Responsabilité civile et droits intellectuels, *loc. cit.*, n° 12, p. 250-251). -- V. égal. *supra* : n° 181 et s.

⁶¹⁴ J.-M. MOUSSERON, *loc. cit.*, n° 9, p. 250.

⁶¹⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 416, p. 575. -- V. égal. J. DABIN (Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1939, n° 27-29, n° 441-444 ; n° 32, p. 446) qui refuse toutefois de parler de « propriété incorporelle ». Selon lui, malgré un parallélisme frappant entre le droit de propriété sur les choses corporelles et le droit sur les choses intellectuelles, une séparation nette existe entre les deux concepts qui justifie qu'une séparation nette soit maintenue entre eux. En particulier, la propriété doit être appliquée, selon la tradition, aux seules choses corporelles et tangibles.

Simplement, à la différence de la propriété corporelle, la propriété intellectuelle industrielle, littéraire, artistique etc. - qui est un droit absolu - a pour objet une idée, une pensée, une représentation abstraite ⁶¹⁶. Dans la mesure où l'on voit dans les droits intellectuels des prérogatives exclusives et opposables à tous, on souscrit volontiers à l'application de la notion de propriété aux biens intellectuels ⁶¹⁷. Les dissemblances dont certains font cas tiennent à la diversité d'objets de la propriété et non à la nature du droit qui s'applique à ces biens.

B. - L'adaptation du droit de propriété aux biens incorporels

224. - En dépit des ressemblances qui existent entre l'appropriation des biens incorporels et la propriété des choses corporelles, la doctrine reste partagée sur le point de savoir si la propriété intellectuelle n'est qu'une espèce de propriété ou si elle conserve son autonomie par rapport à la propriété des autres biens. D'aucuns relèvent les différences entre les deux propriétés et les érigent en obstacle à la reconnaissance d'une propriété unique ⁶¹⁸.

Par exemple, le propriétaire d'un bien corporel n'aurait pas le monopole d'exploitation et de reproduction que possède l'auteur ou l'inventeur ; et ceux qui possèdent des œuvres de l'esprit ne bénéficieraient pas de toutes les prérogatives d'un « propriétaire corporel ». Ce qui tendrait à démontrer que la propriété des choses intellectuelles et la propriété des choses corporelles ne sont pas assimilables l'une à l'autre. En fait, ces distinctions n'atteignent pas l'essence de la propriété.

D'une part, si le propriétaire d'un bien corporel a pu sembler ne pas avoir le monopole d'exploitation et de reproduction de son bien, contrairement à l'auteur ou à l'inventeur, c'est parce que son bien n'a pas paru susceptible de diffusion dans le public comme peut l'être une œuvre ou une invention ⁶¹⁹. Or, cette distinction est aujourd'hui remise en cause. Dans un arrêt en date du 12 avril 1995, la Cour d'appel de Paris a décidé que « par application de l'article 544 du Code civil, tout propriétaire a le droit "le plus absolu" d'interdire la reproduction à des fins commerciales de ses biens et ce droit n'a d'autre limite que l'abus qui pourrait en être fait, en violation, notamment, de l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans l'hypothèse où la liberté d'écrire et d'imprimer ne porterait pas

⁶¹⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960, n° 68, p. 187.

⁶¹⁷ P. CATALA, La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne, *loc. cit.*, n° 21, p. 201. -- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 16, p. 286-287.

⁶¹⁸ M. POLLAUD-DULIAN note l'hétérogénéité et l'autonomie des droits de propriété intellectuelle tout en admettant que la référence au droit de propriété sert à marquer l'absolutisme et l'efficacité que l'on entend donner à ces droits (Droit moral et droits de la personnalité, *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3780, n° 6). -- A. ROUAST conteste la confusion du droit exclusif et droit de propriété, alors que l'exclusivité n'est qu'un des caractères du droit de propriété (*Loc. cit.*, p. 118).

⁶¹⁹ J. DABIN, *Op. cit.*, p. 193-194.

elle-même atteinte au droit inviolable et sacré de propriété »⁶²⁰. L'arrêt ne fonde donc pas la solution sur le principe dû à la vie privée et à l'intimité attachée à la personne. Le droit de propriété conférerait lui-même au propriétaire le droit de reproduction de son bien⁶²¹. Ce qui se comprend : le droit du propriétaire est un droit exclusif et absolu (v. art. 544 C.Civ.)⁶²².

D'autre part, les particularités du statut des propriétaires de créations intellectuelles ne font pas échapper les œuvres de l'esprit au droit de propriété de l'article 544 du Code civil : elles tiennent à la configuration de l'objet de la propriété⁶²³. Le droit de propriété est suffisamment général pour s'ajuster à la nature et à la forme des œuvres de l'esprit et, en aucun cas, la nature des créations intellectuelles ne remet en cause sa définition. Si le contenu et le régime de l'appropriation des œuvres de l'esprit présentent certaines particularités, cela tient à ce que ces biens ne sont pas naturellement perceptibles. L'abstraction des biens intellectuels agit ainsi sur le contenu (1°) ou le régime (2°) de la propriété mais elle ne frappe pas la propriété dans son essence.

1°. - L'incidence de l'abstraction du bien sur le contenu de la propriété

225. - Les biens intellectuels et incorporels étant abstraits, la sphère de liberté dessinée par le droit subjectif de propriété est, en l'occurrence, floue et nébuleuse. Ce qui amène à préciser le droit subjectif qui confère habituellement un pouvoir absolu au sujet de droit (a). En outre, les biens intellectuels étant des œuvres de l'esprit, ils restent attachés à la personne de l'auteur, justifiant ainsi l'existence d'un droit concurrent de la propriété : le droit moral de l'auteur (b).

a) La délimitation préalable des pouvoirs du propriétaire

226. - On ne peut valablement faire valoir que la propriété des biens incorporels n'est pas la propriété des biens corporels pour la raison que le pouvoir du propriétaire « incorporel » est moins étendu que le droit du propriétaire d'un *corpus*. Cette restriction des pouvoirs du propriétaire incorporel n'est pas la manifestation

⁶²⁰ J.C.P. Ed. G. 1995, I, 3878, obs. H. PERINET-MARQUET ; J.C.P. Ed. G. 1997, II, 22806, note V. CROMBEZ. -- V. égal. T.G.I. Saumur, ord. réf., 28 août 1996, D. 1998, Som., 57, obs. A. ROBERT.

⁶²¹ V. V. CROMBEZ, note préc., spéc. n° 9 et s. -- P. KAYSER, L'image des biens, D. 1995, Chr., n° 2, p. 291.

⁶²² V. P. KAYSER, *loc. cit.*, n° 2, n° 5, p. 491 et s.

⁶²³ Dans ce sens, MM. MOUSSERON, RAYNARD et REVET considèrent que les « propriétés intellectuelles » illustrent l'adoption du modèle défini par l'article 544 du Code civil. Les invariants ou caractéristiques du modèle (objet et contenu) sont maintenus et les particularités des droits étudiés sont dues aux inévitables contingences suscitées par l'adoption du modèle (*Loc. cit.*, n° 9 et s., p. 283 et s.). -- Adde M. FABRE-MAGNAN qui relève que la propriété ne s'exerce pas de la même façon selon la nature de la chose appropriée, par exemple selon qu'elle est corporelle ou incorporelle (Propriété, patrimoine et lien social, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 9, p. 589).

d'un droit de facture différente de la propriété. C'est une conséquence de la nature incorporelle de l'objet.

A défaut de pouvoir tracer une sphère de liberté, bornée par un objet tangible, où le sujet dispose d'un pouvoir absolu, le droit subjectif de propriété doit être déterminé dans son contenu. L'incorporalité d'un bien et son intangibilité interdisent de délimiter dans l'espace l'emprise du droit. Par ricochet, le législateur est contraint de tracer le contour des pouvoirs que renferme la propriété qui s'applique à ce bien. En somme, en l'absence d'objet perceptible et tangible, il faut définir un faisceau de pouvoirs comme contenu du droit ⁶²⁴. La délimitation de la sphère d'action du propriétaire incorporel passe par la détermination de ses attributs parce que les biens sont en l'occurrence immatériels. Comme si, par l'extérieur ou négativement, on dessinait l'objet de la propriété et on traçait la sphère de liberté du propriétaire incorporel. C'est la raison pour laquelle l'*usus* de l'œuvre ou de l'invention n'apparaît pas absolu comme en matière de propriété corporelle. Le législateur a dû définir le pouvoir que les droits intellectuels confèrent à l'auteur et à l'inventeur ⁶²⁵.

De cette manière, l'émergence et l'essor des biens incorporels qui ont révélé la distinction du droit de propriété et des biens corporels, favoriseraient, à présent, la confusion du droit de propriété et des biens intellectuels ! En fait, la coïncidence entre le contenu et l'objet des droits intellectuels est contingente. La forme et la nature des biens intellectuels obligent à déterminer préalablement les pouvoirs des titulaires de droits intellectuels mais ils ne modifient pas l'essence même du droit de propriété.

b) La concurrence du droit moral de l'auteur

227. - L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle consacre une dualité de droits sur l'œuvre de l'esprit : le droit moral de l'auteur et le monopole d'exploitation. Le droit moral suit l'œuvre en quelques mains qu'elle se trouve et subsiste à l'extinction du monopole d'exploitation. Il survit même à sa personne. Car il est destiné à protéger l'œuvre et les intérêts extrapatrimoniaux de l'auteur. En ce sens, il remplit une fonction d'intérêt général ⁶²⁶.

Le droit moral de l'auteur renferme un droit de divulgation qui permet à l'auteur de publier ou non l'œuvre ; un droit à la paternité de l'œuvre qui l'autorise à indiquer son nom sur l'œuvre et à la faire désigner ainsi ; un droit au respect de l'œuvre qui lui donne la possibilité de s'opposer à une modification de son œuvre qu'il n'a pas autorisée ; et un droit de repentir qui lui permet de mettre fin à la divulgation de

⁶²⁴ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 19, p. 288. -- Comp. Mme FABRE-MAGNAN qui considère que les choses incorporelles (par exemple une chanson) doivent être distinguées des droits qui portent sur elles (*Loc. cit.*, n° 23, p. 602).

⁶²⁵ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 18, p. 287-288.

⁶²⁶ V. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 27, p. 291.

cette œuvre en rompant le contrat qu'il a passé avec l'exploitant de celle-ci. L'œuvre met le public en présence permanente de la personne de l'auteur telle qu'il l'a exprimée ; elle est une manifestation particulière de la personne ⁶²⁷. Il faut donc penser à protéger la personnalité de l'auteur qui s'est exprimée dans l'œuvre. Le caractère éminemment personnel de l'œuvre justifie l'existence d'un droit de regard perpétuel de l'auteur ou de ses successeurs sur son œuvre, en dépit et au mépris légitime de la concession d'un monopole d'exploitation à autrui. De cette manière aussi, l'auteur qui a cédé son monopole d'exploitation, peut interférer de manière importante dans l'exploitation de l'œuvre par un tiers. Lorsque le titulaire du monopole d'exploitation n'est pas l'auteur de l'œuvre, il doit souffrir l'existence du droit moral de l'auteur. A tel point que l'on peut se demander si son droit de propriété sur l'œuvre incorporelle est un véritable droit de propriété.

228. - Constatant que le droit moral n'intervient qu'au cours d'actes d'exploitation économique de l'œuvre ou lorsque l'œuvre de l'esprit est exclusivement considérée en tant que valeur économique (le droit à la paternité de l'œuvre procure à l'auteur la faculté d'interdire à l'éditeur ou au cessionnaire du monopole d'usurper sa paternité lors de l'exploitation de l'œuvre), MM. MOUSSERON, RAYNARD et REVET en déduisent que le droit moral de l'auteur serait une règle dérogatoire au régime commun du monopole ou une sorte de servitude du monopole d'exploitation destinée à en contrarier les effets ⁶²⁸. Ainsi, l'idée d'un rapport d'accessoire à principal rendrait bien compte des rapports qu'entretiennent le droit moral et le monopole ⁶²⁹. Il nous semble, au contraire, que le droit moral de l'auteur n'atteint pas directement le monopole d'exploitation et ne peut non plus être rabaissé au statut de simple règle dérogatoire au régime commun du monopole.

L'utilisation de la notion d'accessoire et de servitude peut se justifier, dans la mesure où, en manifestant le lien privilégié de l'auteur à l'œuvre, le droit moral peut apparaître comme un accessoire ou une servitude qui grève l'œuvre. Mais le droit moral ne semble pas pour cela avoir le statut de simple règle dérogatoire au régime commun du monopole : c'est l'origine éminemment personnelle du bien qui peut en limiter les utilités. C'est parce qu'elle est la création originale d'un individu déterminé que l'œuvre ne se prête pas à tout type d'exploitation. La nécessité de conserver et respecter cette origine rend nécessaire le droit moral qui traduit et marque le lien d'affectation indéfectible de l'œuvre à la personne et à l'esprit de son auteur, liant ainsi l'œuvre à l'auteur. En ce sens, le droit moral de l'auteur grève l'œuvre dont un autre peut avoir le monopole d'exploitation, tout comme le droit d'usufruit interdit au propriétaire d'accomplir sur son bien des actes qui nuiraient au

⁶²⁷. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit moral et droits de la personnalité*, J.C.P. Ed. G. 1994, I, 3780, n° 14 ; n° 17. -- J. DABIN rappelle toutefois qu'il ne faut pas confondre la personne et l'œuvre qui, une fois née, existe bien en tant que *res* (Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *loc. cit.*, n° 10, p. 422-423 ; v. égal. n° 32, p. 445-446).

⁶²⁸. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 25, p. 290 ; v. égal. n° 26, p. 290-291.

⁶²⁹. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *idem*.

droit de jouissance de l'usufruitier. C'est par l'intermédiaire de l'œuvre-*objet* du monopole d'exploitation, que le droit moral de l'auteur trouble l'exercice de ce monopole. Le droit moral n'est pas un accessoire du monopole d'exploitation⁶³⁰ mais plutôt un accessoire de l'œuvre parce qu'il grève l'œuvre. De cette façon, il apparaît comme un droit concurrent du monopole d'exploitation ; il limite sa mise en œuvre parce qu'il affecte le même objet que lui⁶³¹. Seul l'auteur de l'œuvre, qui en reste propriétaire, peut l'utiliser sans restriction.

2°. - L'incidence de l'abstraction du bien sur le régime de la propriété

229. - La plupart des règles du Code civil étant prévues pour des propriétés corporelles et surtout immobilières, elles ne pourraient pas être transposées aux objets immatériels. M. POLLAUD-DULIAN prend l'exemple de la possession et des servitudes⁶³². Selon cet auteur, les biens immatériels ne seraient pas susceptibles de possession et l'article 2279 du Code civil serait radicalement inapplicable aux droits intellectuels. Quant aux servitudes, elles ne pourraient être constituées sur une œuvre ou un monopole, même si on les qualifiait de meubles incorporels. En outre, de nombreux droits intellectuels sont de courte durée et s'opposent en cela à la propriété perpétuelle des choses corporelles⁶³³. D'où il faudrait déduire que la propriété des biens incorporels ne serait pas la propriété de l'article 544 du Code civil.

En fait, ces objections tirées du rapport des biens intellectuels à la possession (a), aux servitudes (b) et à la durée de leur protection (c) ne sont pas dirimantes. Le régime des biens intellectuels n'est pas aussi éloigné qu'il y paraît du régime des biens corporels ; ces particularités ne doivent leur existence qu'à la configuration des biens en cause.

a) La possession des choses incorporelles

230. - La possession peut porter sur des choses intangibles. L'impossibilité de posséder un droit intellectuel et un bien incorporel en général, implique en effet que l'on définisse la possession comme une maîtrise de fait purement matérielle. Or une telle approche de la possession est restrictive. L'admission de la quasi-possession démontre cette inexactitude. La matérialité n'est pas une condition de la possession.

⁶³⁰. En ce sens : A. FRANÇON, note sous l'arrêt, *D.* 1994, J., 78. -- F. POLLAUD-DULIAN, *Droit moral et droits de la personnalité*, *loc. cit.*, n° 5 ; n° 17. -- B. EDELMAN, note sous C.J.C.E., 20 oct. 1993, *D.* 1995, J., 137, n° 11 et s.

⁶³¹. V. not. *infra* : n° 283.

⁶³². F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, Préf. A. Françon, *Bibl. dr. priv.*, t. 205, L.G.D.J. 1989, n° 54, p. 67. -- *Droit moral et droits de la personnalité*, *loc. cit.*, n° 6. -- *Adde* Mme M. FABRE-MAGNAN selon qui la notion de possession des choses incorporelles n'a aucune signification, notamment parce que cette possession n'est pas naturellement exclusive (*Loc. cit.*, n° 19, p. 598 ; n° 28, p. 606).

⁶³³. B. FAUVARQUE-COSSON, note sous Civ. 1ère, 2 juin 1993, *D.* 1994, J., 584.

Il est acquis que les droits, à l'instar des biens corporels, peuvent être possédés⁶³⁴ bien qu'ils soient intangibles. Car la possession désigne le fait de se comporter en propriétaire - que le comportement se joigne ou ne se joigne pas au titre. La propriété, qui ne s'incorpore pas dans son objet, se traduit par les actes d'un sujet sur la chose et non par l'existence de la chose. Aussi, comme la propriété qu'elle plagie, la possession doit être dématérialisée. Et comme la propriété qu'elle est présumée établir, la possession peut exister en matière de propriété incorporelle. Simplement, le possesseur exploitera l'œuvre ou l'invention conformément aux pouvoirs du titulaire⁶³⁵.

L'argument de l'impossibilité de constituer des servitudes sur un objet immatériel n'emporte pas davantage la conviction.

b) Les servitudes et les choses mobilières incorporelles

231. - Le fait que les servitudes ne s'appliquent pas aux biens intellectuels ne prouve pas l'insoumission des biens intellectuels à la propriété de l'article 544 du Code civil. En effet, cette exclusion n'est pas exceptionnelle. Il est des biens corporels qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet de servitudes. Les droits de servitude ne concernent que les biens immobiliers et servent à mettre l'utilité d'un héritage au service d'un autre fonds ou immeuble : ils ne peuvent pas être constitués sur les biens meubles corporels. C'est pour la même raison que les servitudes ne peuvent pas être créées sur les œuvres de l'esprit : il s'agit de meubles et non d'héritages. Au surplus, un certain nombre de techniques permettent d'affecter l'utilité d'une œuvre de l'esprit à un autre qu'au propriétaire.

c) La durée de la protection des biens intellectuels

232. - Alors que la propriété des choses corporelles est perpétuelle, la propriété littéraire et artistique s'éteint soixante dix ans *post mortem auctoris* et le droit de brevet s'éteint à l'expiration d'un délai de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande⁶³⁶. Cette brièveté de la durée du droit de propriété incorporelle découle, en fait, de la fonction des biens intellectuels. Tantôt, la connaissance des brevets d'invention présente une utilité pour le public ; un certain temps écoulé, ils sont divulgués et tombent dans le domaine public. En quelque sorte, la disparition de la propriété privée sert l'intérêt général. Tantôt, au contraire, le bien est rapidement remplacé par d'autres biens plus performants ; le monopole d'exploitation obtenu par le droit intellectuel est précaire parce que l'invention a une obsolescence

⁶³⁴. V. *infra* : n° 238.

⁶³⁵. V. par ex. Civ. 1ère, 24 mars 1993, *Bull. Civ. I*, n° 126, p. 84. -- J. DABIN, Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *loc. cit.*, n° 26, n° 440. -- Cf. F. POLLAUD-DULIAN, note sous Civ. 1ère, 10 mars 1993, *R.I.D.A.*, juillet 1993, p. 330.

⁶³⁶. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 27-28, p. 291.

croissante⁶³⁷. Mais, dans tous les cas, si la durée de la propriété des biens intellectuels semble courte au regard de la perpétuité du droit de propriété des biens corporels, la distinction ne tient pas à une différence de nature entre les deux droits ; elle repose plutôt sur la différence d'objets auxquels elles s'appliquent⁶³⁸.

Le droit de propriété ne dure qu'autant que son objet demeure dans le domaine privé. Comme l'a écrit M. P. CATALA, « les biens corporels et incorporels se rejoignent dans leur mort patrimoniale résultant de la perte de l'utilité ou du terme de l'exploitation »⁶³⁹. La preuve en est, la propriété du bien incorporel tend parfois à la perpétuité. Cette durée tient à l'objet de la propriété. Ainsi, le droit de marque peut prétendre à la perpétuité parce que l'objet du droit, la marque, tire son efficacité de son ancienneté qui serait un gage de qualité. Le droit perpétuel du propriétaire intellectuel en côtoie d'ailleurs un autre, lorsque le bien est une œuvre de l'esprit : le droit moral de l'auteur concurrence le droit de propriété en raison de l'origine éminemment personnelle de l'œuvre.

Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'abandonner le terme « perpétuité » au profit de la « permanence » au motif que la perpétuité serait contingente à l'objet du droit⁶⁴⁰. Car la « perpétuité » est permanence. Elle traduit l'absence de terme extinctif du droit, mais elle ne signifie pas que le droit ne s'éteindra pas à la disparition de son objet. Elle peut s'appliquer à la propriété corporelle ou incorporelle.

Les spécificités du régime de la propriété incorporelle tiennent, dans tous les cas, aux biens en cause et non au droit de propriété qui soumet ces biens. La remarque vaut pour la propriété des droits.

§ 2. - La propriété des droits

233. - En raison de son exclusivisme et de son absolutisme, la propriété a été, ne serait-ce qu'indirectement, appliquée aux biens immatériels et aux œuvres de l'esprit. Mais curieusement, elle est plus difficilement superposée aux droits d'usufruit, au droit de créance, au droit d'usage etc. Sans doute le schéma de deux strates de droits a-t-il paru incommode, la dénomination commune du *droit* de propriété et des autres *droits* invitant à les apposer les uns aux autres plutôt qu'à les superposer. Pourtant, les droits d'usufruit, de créance, d'usage etc. appartiennent à la catégorie des

⁶³⁷. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 29, p. 292.

⁶³⁸. V. J. DABIN, Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *loc. cit.*, n° 26, n° 441.

⁶³⁹. P. CATALA, L'évolution contemporaine du droit des biens, Exposé de synthèse, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, n° 27, p. 189.

⁶⁴⁰. En ce sens : J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 28, p. 291-292 (Les mots en italique ou entre guillemets sont soulignés par les auteurs).

créations juridiques et des biens immatériels ⁶⁴¹. Et le droit positif atteste que ces droits avoisinent les choses corporelles ou incorporelles et sont dominés par le droit de propriété en même temps que ces choses. Leur régime confirme qu'ils sont les *objets* d'une appropriation et d'une maîtrise identiques au pouvoir exclusif et absolu qu'est la propriété. Le droit de propriété s'adapte à leur configuration, tout comme il a pu épouser les formes des biens intellectuels ou autres biens immatériels (A). Toutefois, certains auteurs ne sont pas restés insensibles à ce parallélisme de statut et l'idée d'une propriété des droits s'est progressivement fait jour même si elle n'a pas conquis toute la doctrine. Le dernier développement de ce courant doctrinal aboutit même à l'identification de la propriété au droit subjectif (B).

A. - La propriété des droits dans le droit positif

234. - Le Code civil et certains textes spéciaux évoquent la propriété des droits ⁶⁴². L'article 2181 du Code civil parle de la propriété des droits réels immobiliers ; aux articles 1980, 1982 et 1983 du même code, il est question du propriétaire d'une rente viagère ⁶⁴³ ; la provision en matière de lettre de change est objet de propriété selon l'article 116 du Code de commerce ; l'article 1^{er}-1 de la loi DAILLY mentionne la propriété des créances ⁶⁴⁴ ; on dit d'un apport en société d'un droit qu'il a lieu en propriété ⁶⁴⁵ etc. ⁶⁴⁶.

Le droit européen traite lui-même les créances comme des biens. La Cour européenne des Droits de l'Homme sanctionne les Etats qui prononcent une privation de la propriété, en réglemente l'usage ou porte atteinte à sa substance, notamment en votant une loi revenant à supprimer les créances d'origine contractuelle ou délictuelle de particuliers ⁶⁴⁷, sans ménager 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 (parmi lesquels figure le droit de propriété). C'est ainsi que les créances bénéficient de la protection supra-législative du droit de propriété au même titre que les biens corporels ⁶⁴⁸.

⁶⁴¹. Sur l'affirmation de cette nature, v. par exemple L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Toulouse, 1912, p. 52. -- Rappr. C. PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, Paris, 1909, p. 71 et s.

⁶⁴². F. ZENATI, thèse préc., n° 3, p. 11 ; n° 109 et s., p. 154 et s.

⁶⁴³. S. GINOSAR, *Op. cit.*, note 71 sous le n° 15, p. 40.

⁶⁴⁴. Art. 1^{er}-1 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 mod. art. 61 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984. -- V. F. ZENATI, Sur la constitution de la propriété, *D.* 1985, Chr., p. 172.

⁶⁴⁵. F. ZENATI, thèse préc., n° 3, p. 11.

⁶⁴⁶. F. ZENATI souligne que le Code civil entend par « chose » non seulement les corps mais aussi les droits. Et de renvoyer aux articles 1598, 1600, 1607 et 1693 qui évoquent la vente ou la tradition des créances, d'une succession ou des biens ou droits incorporels (Thèse préc., n° 249 et s., p. 333 et s.).

⁶⁴⁷. C.E.D.H., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, 9 déc. 1994, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 652, obs. F. ZENATI ; *Rev. trim. civ.* 1996, 515 et 1019, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. -- C.E.D.H., *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, 20 nov. 1995, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, préc.

⁶⁴⁸. Obs. F. ZENATI, sur C.E.D.H., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, 9 déc. 1994, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 3, p. 654.

Or, dans toutes ces hypothèses, le droit de propriété doit bien être entendu dans le sens technique que lui confère l'article 544 du Code civil ⁶⁴⁹. L'emploi de l'expression « propriété des droits » n'est pas une simple commodité de langage ⁶⁵⁰ ; il consacre la propriété des droits en les soumettant à l'appropriation (1°) et à la maîtrise (2°) d'un sujet propriétaire.

1°. - Les droits sont objets d'appropriation exclusive

235. – « Comment se fait-il que le droit de créance, droit censément relatif, se double d'une obligation passive universelle ? » demandait GINOSSAR ⁶⁵¹. L'auteur répond aussitôt que cela tient au fait que la créance est un objet de propriété ⁶⁵².

Au même titre que les biens corporels, une créance appartient à un propriétaire (le créancier). Et il en va de même des droits réels dits démembres. Comme les choses corporelles, les droits autres que la propriété sont soumis aux règles de publicité légale (a) ; ils peuvent faire l'objet d'une possession (b) ; ils peuvent s'acquérir par la prescription (c) et peuvent donner lieu à revendication (d) : ce sont des objets de propriété.

a) La publicité des droits réels et personnels

236. - Les titulaires de droits réels immobiliers sont tenus d'informer les tiers de la titularité de ce droit, selon les règles de publicité applicables à la propriété des biens immobiliers corporels. Ainsi, l'hypothèque, l'usufruit immobilier, le droit d'usage ou le droit d'habitation sur un immeuble, font l'objet d'une publicité identiques à celles des transferts de biens immobiliers ⁶⁵³. La publicité porte exactement sur l'acte instrumentaire et non sur le droit ⁶⁵⁴ mais elle a bien pour objet d'informer les tiers de l'existence du droit constaté par l'acte. Quant aux droits mobiliers et aux droits de créance, s'ils échappent à toute mesure publicitaire ⁶⁵⁵, c'est qu'à l'instar des choses mobilières corporelles, ils sont malaisés à saisir et à

⁶⁴⁹. V. F. ZENATI, thèse préc., n° 556, p. 779. -- Adde M. VILLEY, L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, *Rev. Hist. Dt. Fr.*, 1946-1947, p. 214 et s. -- P. Masson selon qui l'idée de droit réel, à Rome, n'est que secondaire, incidente, ne s'applique qu'aux *jura in re aliena* et justifie uniquement l'octroi d'une action *in rem* (*Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le droit français*, Dijon, 1933, introduction p. VII).

⁶⁵⁰. V. sur l'idée de *dominium* de l'usage du fonds et non du fonds lui-même : Pau, 18 déc. 1950, *J.C.P. Ed. G.* 1951, II, 6310 ; Bordeaux, 31 mars 1960, *J.C.P. Ed. G.* 1962, II, 12502, obs. P. OURLIAC.

⁶⁵¹. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 7, p. 17.

⁶⁵². S. GINOSSAR, *Ibid.*, n° 13, p. 35.

⁶⁵³. V. Civ. 3è, 23 juin 1981, *J.C.P. Ed. G.* 1983, II, 19928, obs. J.-F. PILLEBOUT. -- Civ. 1ère, 3 nov. 1981, *D.* 1983, I.R., obs. A. ROBERT. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 18, p. 18. - Sur la publicité de l'usufruit immobilier : *ibid.*, n° 730, p. 597. -- Sur la publicité du droit d'usage d'un immeuble ou du droit d'habitation : *ibid.*, n° 791, p. 648. -- Sur la publicité des hypothèques maritimes, fluviales et aériennes : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés - La publicité foncière*, 2è éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 395 et s., p. 341 et s.

⁶⁵⁴. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 393, p. 277.

⁶⁵⁵. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 18, p. 18 ; n° 396, p. 280-281.

immobiliser. Leur publicité résulte au plus de l'exercice de fait des pouvoirs qui s'y attachent. A moins qu'ils ne se rapportent à un bien meuble identifiable et localisable, c'est-à-dire à un bien meuble immatriculé. Auquel cas ils peuvent être l'objet d'une publicité légale et organisée ⁶⁵⁶.

237. - Cette publicité des droits réels, calquée sur celle des choses mobilières ou immobilières, est un des signes de leur soumission au droit de propriété. La publicité permet, en effet, d'avertir les tiers des commandements ou des défenses objectives qui s'imposent à eux dans le but de respecter la sphère de liberté que couvre le droit subjectif de propriété. La technique la plus simple pour désigner les sphères d'action qui leur sont interdites consiste à désigner l'objet de cette exclusivité, c'est-à-dire le bien sur lequel se projette la personne du propriétaire. La publicité est facilitée quand le bien est immobile et tangible. Si les droits de créance et certains droits mobiliers ne sont pas soumis à publicité, ce n'est pas tant parce qu'ils ne sont pas des objets de propriété mais parce qu'ils se prêtent difficilement à une appréhension durable et, par conséquent, à une procédure de publicité comme les choses incorporelles non localisables. D'ailleurs, lorsque cet objet est un droit mobilier, il devient lui-même localisable si l'on peut en assurer la publicité.

Parce qu'ils sont des biens, les droits réels et personnels sont également susceptibles de possession.

b) La possession des droits réels et personnels

238. - L'article 2228 du Code civil l'énonce : « La *possession* est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » ⁶⁵⁷. Si la possession s'applique aux choses, elle touche donc également les droits ⁶⁵⁸.

En admettant la possession des droits réels d'usufruit et de servitude, le droit romain prenait déjà en considération le fait de se comporter comme si l'on était titulaire d'un droit. Il distinguait cette *quasi-possession* de la *possessio rei* qui désignait la possession des choses corporelles et correspondait à la jouissance complète et exclusive d'une chose, à l'exercice régulier du droit de propriété ⁶⁵⁹. Aujourd'hui, le domaine des droits susceptibles de possession s'est étendu. Si l'hypothèque en est exclue ⁶⁶⁰, il englobe les droits d'usufruit et de servitudes

⁶⁵⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, note 3 sous le n° 18, p. 18 ; n° 395, p. 278-280. -- Sur la publicité des hypothèques maritimes, fluviales et aériennes : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 600-603, p. 494 et s.

⁶⁵⁷ Les mots en italique sont soulignés par nous.

⁶⁵⁸ S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 21, p. 53-54. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 569, p. 784 et Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 310-311. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 140, p. 118.

⁶⁵⁹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 140, p. 118.

⁶⁶⁰ J. OLIER, Distinction entre les droits réels et les droits personnels, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1896, 3°, C, c), p. 471.

continues et apparentes, mais également l'antichrèse, le gage⁶⁶¹ et l'emphytéose. L'article 1240 du Code civil évoque même la possession d'une créance⁶⁶² puisqu'il valide le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance⁶⁶³.

Et plusieurs effets s'attachent à cette possession.

Les droits d'usufruit, les droits d'usage et d'habitation portant sur un immeuble et les servitudes susceptibles de possession sont protégés par les actions possessoires⁶⁶⁴. Ces actions permettent à leurs propriétaires de se faire maintenir en possession quand il est troublé par les prétentions d'un tiers⁶⁶⁵. En outre, ces mêmes droits peuvent être acquis par celui qui les exerce en fait.

c) La prescription acquisitive des droits réels et personnels

239. - La règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » (art. 2279 C.Civ.) n'est pas une simple reprise du principe que la possession fait présumer la propriété, elle signifie également que la possession vaut titre de propriété lorsqu'elle est exercée à titre de propriétaire⁶⁶⁶ et de bonne foi⁶⁶⁷. Or les biens qui bénéficient de cette disposition sont les meubles corporels, dès lors, du moins qu'ils n'appartiennent pas au domaine public⁶⁶⁸ et ne sont pas identifiables (comme les meubles immatriculés ou l'outillage et le matériel marqués d'une plaque indiquant leur affectation à un nantissement)⁶⁶⁹. Les choses mobilières incorporelles seraient exclues de son bénéfice⁶⁷⁰. Pourtant les droits réels qui s'appliquent aux choses corporelles mobilières tels que l'usufruit et le gage lui demeurent soumis⁶⁷¹ malgré leur incorporalité. Les droits réels mobiliers suivent le régime des choses mobilières de même que les droits immobiliers connaissent le régime des choses immobilières.

⁶⁶¹. Com., 14 nov. 1989 (*Bull. Com.* IV, n° 290, p. 196). -- 28 nov. 1989 (*Bull. Com.* IV, n° 300, p. 201). -- Com., 13 février 1990 (*Bull. Com.* IV, n° 45, p. 30).

⁶⁶². S. GINOSAR, *Op. cit.*, n° 21, p. 53-54. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 141, p. 119. -- *Adde* : F. ZENATI, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 16.

⁶⁶³. Le texte prévoit que « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé » (art. 1240 C.civ.).

⁶⁶⁴. V. par exemple, sur la protection possessoire d'une servitude légale de passage pour cause d'enclave : Versailles, 7 juin 1996, *D.* 1997, J., 360, note A. ROBERT.

⁶⁶⁵. Aux termes de l'article 2282 alinéa 1^{er} du Code civil, « la possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace ». -- V. sur ce point : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 171 et s., p. 138 et s. ; n° 184, p. 143 ; n° 755, p. 617-618 ; n° 839, p. 683-685 ; n° 844, p. 690.

⁶⁶⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 420-422, p. 297-298.

⁶⁶⁷. L'exigence de la bonne foi est exigée par l'article 1141 du Code civil qui règle le conflit entre deux acquéreurs d'un même meuble (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 412, p. 292 ; n° 423, p. 298-299).

⁶⁶⁸. V. Req., 17 juin 1896, *D.P.* 1897, I, 257, note L. GUÉNÉE.

⁶⁶⁹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 418, p. 296.

⁶⁷⁰. A l'exception des titres au porteur : v. Agen, 6 mai 1993 et Paris, 21 mai 1993, *Dr. sociétés*, nov. 1993, n° 215, p. 17, note H. HOVASSE.

⁶⁷¹. V. Civ., 19 juin 1928, *D.P.* 1929, I, 45 ; S. 1932, I, 15. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 418, p. 296 ; n° 420, p. 297 ; n° 731, p. 597.

240. - La prescription acquisitive est, en effet, l'une des manières dont on acquiert un droit d'usage ou un droit d'usufruit immobiliers, ou bien encore une servitude ⁶⁷². Leur possession doit être continue, paisible, publique et non équivoque (art. 2229 C.Civ.) ⁶⁷³. Et cet exercice de fait du droit doit avoir lieu pendant un certain temps, lequel est en principe de trente ans ⁶⁷⁴. L'usufruit peut cependant être acquis au moyen de la prescription abrégée, de dix à vingt ans lorsque le possesseur, institué par un *non dominus* et qui a un juste titre, est de bonne foi ⁶⁷⁵. Mais la prescription sera trentenaire s'il a acquis un titre d'usufruit d'un *non domino* qu'il savait ne pas être propriétaire du bien grevé ⁶⁷⁶. Les servitudes peuvent également s'acquérir par la prescription trentenaire lorsqu'elles sont apparentes et continues, comme les servitudes d'eau ou de vue ⁶⁷⁷, ou lorsqu'il s'agit d'une servitude légale de passage pour cause d'enclave ⁶⁷⁸. Seuls le droit d'hypothèque et les droits de créance ne peuvent s'acquérir par un exercice prolongé ⁶⁷⁹.

Objets de propriété, les droits patrimoniaux sont enfin susceptibles de revendication, dès lors, du moins, que la règle de l'article 2279 du Code civil n'y fait pas obstacle.

d) La revendication des droits réels et personnels

241. - Les actions en justice à la disposition du justiciable sont aussi variées que les situations juridiques dans lesquelles il se trouve ou se place. Parmi elles, il en est une qui est révélatrice de l'existence d'un droit subjectif : c'est l'action en revendication. Elle permet au propriétaire de retrouver la possession de son bien

⁶⁷². F. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 311.

⁶⁷³. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 163 et s., p. 134 et s.

⁶⁷⁴. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 442, p. 312 ; n° 446, p. 314 ; n° 717, p. 587 ; n° 791, p. 645. Sur les conditions de la prescription acquisitive : n° 447 et s., p. 315 et s., et plus particulièrement de la prescription abrégée : n° 452 et s., p. 318 et s.

⁶⁷⁵. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 731, p. 597 ; n° 452 et s., p. 318 et s.

⁶⁷⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 731, p. 597.

⁶⁷⁷. Req., 23 nov. 1875, *D.P.* 1876, I, 423. -- Civ. 3è, 10 avril 1975, *Bull. Civ.* III, n° 117, p. 89. -- Civ. 3è, 21 mai 1979, *Bull. Civ.* III, n° 111, p. 83. -- Civ. 3è, 3 mars 1982, *Bull. Civ.* III, n° 59, p. 42. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 825, p. 669 ; n° 828, p. 672 ; v. égal. n° 834, p. 679 ; n° 836, p. 680.

Le caractère discontinu de la servitude n'est pas la raison de l'impossibilité de sa prescription puisque la possession est continue au sens de l'article 2229 dès lors qu'elle se manifeste par l'exercice habituel et sans intervalles anormaux des faits d'usage que comporte le droit. La raison de cette impossibilité réside dans le fait que les actes qui caractérisent la possession d'une servitude discontinue (passer sur un fonds, puiser de l'eau etc.) sont souvent des actes peu gênants, de simple tolérance, qui peuvent s'expliquer par des relations de bon voisinage existant entre les deux propriétaires. Leur attacher un effet acquisitif de la servitude inciterait le voisin à s'y opposer. C'est également parce que les prétendus faits de possession d'une servitude non apparente sont des actes de pure faculté (ne pas construire devant le fonds etc.) qu'ils ne peuvent fonder ni prescription ni possession (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 825, p. 670 ; n° 447, p. 316).

Paradoxalement, les tribunaux ont pu juger que l'accomplissement des actes correspondant à une servitude discontinue ou non apparente vaut prescription acquisitive de la propriété même du terrain, s'il a été exercé une maîtrise suffisante : v. Civ., 7 février 1883 (*D.P.* 1884, I, 128). -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 827, p. 671.

⁶⁷⁸. V. art. 685 C.Civ. -- V. égal. Versailles, 7 juin 1996, *D.* 1997, J., 360, note A. ROBERT.

⁶⁷⁹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 446, p. 314.

irrégulièrement subtilisé par un tiers. Les autres actions relatives aux droits-objets de propriété ne concernent que la validité ou l'exécution du service ou de la prestation qui forme le contenu du droit réel ou personnel.

L'action en revendication est ainsi ouverte au propriétaire d'une chose, au créancier, à l'usufruitier etc.⁶⁸⁰. Dans des conditions similaires à celles qui gouvernent la revendication des choses corporelles, le titulaire d'un droit autre que la propriété peut, en effet, solliciter la sanction des tiers qui troublent cette exclusivité et portent atteinte à son droit⁶⁸¹. Simplement, la forme de l'action en revendication subit des variantes selon le droit revendiqué et donc selon l'objet de la revendication⁶⁸². A l'action en revendication du propriétaire d'un immeuble⁶⁸³, correspond l'action confessoire d'usufruit ou de servitude au profit de l'usufruitier ou du propriétaire du fonds dominant et l'action hypothécaire que le créancier peut invoquer en vertu de son droit de suite contre le tiers détenteur de l'immeuble grevé⁶⁸⁴. Le droit de créance est lui-même susceptible de revendication⁶⁸⁵. Le débiteur qui effectue par inadvertance un paiement à l'usurpateur n'est pas libéré ; le véritable créancier peut l'obliger à payer une seconde fois. Si le paiement est valable parce que fait de bonne foi au possesseur de la créance, le débiteur pourrait agir en répétition de l'indu et le véritable créancier en éviction du possesseur de la créance⁶⁸⁶. De même que le preneur, simple créancier du bailleur, ne peut pas opposer son droit aux tiers qui en contestent l'exercice mais a la possibilité d'exercer son recours en garantie de jouissance paisible et utile contre le bailleur ainsi que l'action possessoire⁶⁸⁷.

Certes, on peut relever une différence de régime entre ces actions dérivées de l'action en revendication et l'action en revendication elle-même, différence qui démentirait leur identité de nature et, par contrecoup, l'idée de la propriété des droits. Notamment, l'action confessoire de l'usufruitier est prescriptible⁶⁸⁸ alors que l'action en revendication est imprescriptible⁶⁸⁹. Pourtant, cette différence de régime ne tient

⁶⁸⁰. F. ZENATI, thèse préc., n° 402, p. 545-546.

⁶⁸¹. Comme tout possesseur, le titulaire du droit aura le rôle de défendeur dans le procès en revendication (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 171, p. 138 ; n° 514, p. 361-362).

⁶⁸². F. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 311.

⁶⁸³. La revendication des biens meubles est rare en raison du jeu de l'article 2279 alinéa 1^{er} du Code civil aux termes duquel « en fait de meubles, la possession vaut titre » (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 514, p. 361-362).

⁶⁸⁴. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 1998, n° 26, p. 26 ; n° 838, p. 683.

⁶⁸⁵. F. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 311.

Lorsqu'il y a eu paiement, la créance est éteinte, la revendication ne peut donc plus aboutir faute d'objet et le propriétaire de la créance appréhendée par un tiers *accipiens* ne peut en réclamer que la valeur. Mais la recevabilité de l'action en revendication n'est pas remise en cause.

⁶⁸⁶. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 23, p. 58-60. -- V. Req., 6 nov. 1871, *D.P.* 1871, I, 348.

En outre, le créancier dispose de l'action paulienne et de l'action en simulation pour écarter les actes frauduleux ou simulés qui tendraient à modifier la consistance du patrimoine du débiteur. Il peut aussi mettre en jeu la responsabilité du tiers complice (*Ibid.*, n° 25, p. 61-67).

⁶⁸⁷. V. Req., 22 janvier 1878, *D.P.* 1878, I, 316. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 724, p. 593.

⁶⁸⁸. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 755, p. 617.

⁶⁸⁹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 508, p. 356.

pas à une différence de nature entre les biens corporels et les droits réels ou personnels. Elle découle de l'*objet* de l'action en revendication et donc de l'objet du droit de propriété. Certaines choses se détériorent et périssent par l'écoulement du temps. C'est le cas des choses périssables mais aussi des droits réels ou personnels qui, contrairement au droit de propriété, ont une durée déterminée. Ils s'éteignent par non-usage pendant un certain temps. Or, lorsque le bien disparaît, l'action en revendication n'a plus lieu d'être exercée puisqu'elle n'a plus d'objet. Le droit d'usufruit, par exemple, s'éteint par non-usage pendant trente ans ou par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé (art. 617 C.Civ.). Dans les mêmes conditions et le même délai, l'action confessoire devient sans objet.

242. - Le titulaire d'un droit réel ou personnel dispose également d'actions distinctes de l'action en revendication. Ainsi, l'action en nullité et l'action en résolution d'un contrat permettent au titulaire d'un droit personnel d'obtenir l'anéantissement du lien qui sous-tend son droit de créance. Et l'action en exécution forcée ou par équivalent - comme l'action en paiement, l'action en délivrance de l'usufruit, l'action en garantie du vendeur etc. - tend à faire obtenir au titulaire d'un droit personnel l'exécution de la prestation promise ou sa valeur. Ces actions ne sont pas ouvertes au propriétaire d'un bien corporel. Toutefois, ce n'est pas là le signe de l'absence de sujétion des droits réels et personnels au droit de propriété : ces actions ne relèvent pas du droit de propriété. A la différence de l'action en revendication, elles touchent au contenu et à la structure de ces droits mais pas à leur nature patrimoniale. Elles ne concernent pas la propriété du droit mais le droit de tirer un service de la chose grevée ou d'exiger le prestation du débiteur et elles correspondent toutes à l'hypothèse d'une situation contractuelle⁶⁹⁰. Elles sont propres aux droits réels ou personnels considérés en tant que chose.

Ainsi, la publicité, la possession, la prescription acquisitive et la revendication sont la marque de la patrimonialité des droits réels et personnels et, par conséquent, de leur soumission au droit de propriété. Pour la même raison, ces droits sont soumis au pouvoir absolu de leur titulaire ou propriétaire.

2°. - Les droits sont objets de maîtrise absolue

243. - Le droit de propriété confère au propriétaire le droit de jouir et disposer de ses biens de la manière la plus absolue, puisque l'exclusivité confère au sujet un pouvoir absolu sur l'objet. Les droits réels ou personnels qui sont des objets

⁶⁹⁰. Certaines actions sont mixtes, comme l'action qui tend à l'exécution de l'obligation du vendeur de délivrer immeuble vendu. Car l'acquéreur, demandeur, agit tout à la fois comme propriétaire et comme cocontractant créancier. Il en est de même de l'action en résolution d'une vente immobilière contre l'acquéreur qui ne paye pas le prix (art. 1654), de l'action en rescision d'une vente immobilière pour cause de lésion subie par le vendeur (art. 1674) et de l'action en révocation d'une donation d'immeuble pour cause d'ingratitude du donataire (art. 955) ou pour cause d'inexécution des charges par le donataire (art. 954). -- V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 26, p. 26-27.

d'appropriation et de propriété, sont donc également les objets de la maîtrise absolue du propriétaire. Comme sur les biens corporels, il peut être accompli sur eux des actes d'usage, d'exploitation et de disposition qui correspondent à l'*usus*, au *fructus* ou à l'*abusus* du droit.

244. - Le créancier qui encaisse sa créance arrivée à échéance en fait usage conformément à sa destination et use de sa créance⁶⁹¹. L'usufruitier ou le titulaire du droit d'usage et d'habitation qui occupe l'immeuble grevé, et le propriétaire terrien qui passe sur le fonds servant en vertu d'une servitude de passage, usent également de leur droit patrimonial en même temps qu'ils utilisent le bien d'autrui. Tout comme le propriétaire d'un bien corporel immobilier en use lorsqu'il l'occupe, le construit ou l'aménage.

245. - Les droits patrimoniaux sont même susceptibles d'exploitation. Tandis que certains biens corporels produisent des fruits naturels qui appartiennent au propriétaire par droit d'accession (art. 546 et s. C.Civ.), les intérêts de la créance peuvent être perçus par le créancier et lui reviennent. En les percevant, le créancier tire parti du *fructus* de son bien et exploite sa créance⁶⁹².

246. - Les droits patrimoniaux sont, enfin, des objets de commerce et de disposition.

Ils peuvent être cédés à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou pour cause de mort (cession, donation, testament, échange, apport en société...) ⁶⁹³. Et si l'article 631 du Code civil pose l'interdiction de céder ou louer le droit d'usage et d'habitation, cette inaccessibilité n'exclut pas le droit du domaine de la propriété. Certains biens corporels sont hors du commerce par convention ou par volonté de la loi (tels que les stupéfiants). Le droit patrimonial d'usage et d'habitation est inaccessibles en raison de son affectation personnelle et, dans certains cas, de son affectation alimentaire ⁶⁹⁴. L'usufruit est lui-même intransmissible en raison de son caractère temporaire, au plus viager ⁶⁹⁵. Et les servitudes ne peuvent être cédées isolément puisqu'elles sont l'accessoire indissociable du fonds dominant dont elles suivent le sort ⁶⁹⁶.

Les droits patrimoniaux peuvent aussi être grevés d'un droit réel d'usage ou de garantie ⁶⁹⁷. Une créance ou un droit d'usufruit peut former l'objet d'un droit réel tel

⁶⁹¹. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 19, p. 47-48.

⁶⁹². S. GINOSSAR, *Ibid.*, n° 19, p. 48.

⁶⁹³. S. GINOSSAR, *Ibid.*, n° 19, p. 48-49 et note 87, p. 49 sous ce numéro. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 586, p. 806. et « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *loc. cit.*, p. 16. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 717, p. 587. -- Sur la cession de l'usufruit : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 747, p. 607 ; n° 760-761, p. 624. -- Sur la disposition du droit d'emphytéose : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 861, p. 701.

⁶⁹⁴. Sur cette affectation : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv., t. 145, L.G.D.J. 1976, n° 279, p. 239-240. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 789, p. 642 et s.

⁶⁹⁵. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 754, p. 616 et s.

⁶⁹⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 801, p. 652 ; n° 804, p. 653.

⁶⁹⁷. C. PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, Paris, 1909, p. 71 et s.

que l'usufruit, le gage ou l'hypothèque⁶⁹⁸. Et si la créance ne peut pas être détruite matériellement c'est parce que sa nature l'interdit. De surcroît, le créancier peut l'anéantir en consentant une remise de dette à son débiteur - avec son consentement. Il peut aussi en modifier les modalités en accordant par exemple termes et délais⁶⁹⁹. De même encore, si les droits réels ou personnels ne peuvent pas faire l'objet d'une servitude, n'ont pas de suite par hypothèque, et ne sont pas susceptibles d'antichrèse, c'est parce qu'ils sont des meubles incorporels et non des biens immobiliers corporels⁷⁰⁰.

Les droits patrimoniaux, tels que l'usufruit, la créance ou le droit d'emphytéose, peuvent, enfin, faire l'objet d'une saisie. Ils font partie des biens du patrimoine de leur titulaire et forment le gage commun de ses créanciers⁷⁰¹, à moins qu'ils ne soient incessibles comme l'est le droit d'usage et d'habitation⁷⁰², ou indissociablement liés au principal auquel ils se rattachent, comme les servitudes⁷⁰³.

247. - L'examen du droit positif révèle les ressemblances frappantes existant entre le régime des choses incorporelles, des droits réels et des droits personnels et le régime des choses corporelles. Les choses incorporelles et les droits autres que la propriété sont des objets d'appropriation exclusive et de maîtrise absolue. De tous les droits, le droit de propriété seul est appropriation exclusive et maîtrise absolue. Il doit donc être exclu de la catégorie des droits réels dans laquelle on le classe traditionnellement. C'est, du moins, la conclusion à laquelle aboutissent certains auteurs.

B. - La propriété des droits dans la doctrine

248. - La soumission des choses incorporelles au droit de propriété rend visible la distinction de la propriété et des choses corporelles et, par ricochet, l'immatérialité du droit de propriété. Cependant, à l'inverse, les droits réels et les droits personnels - qui sont des biens incorporels - n'ont pas été perçus comme des objets de propriété. La soumission des choses incorporelles au droit de propriété n'a pas conduit à distinguer la propriété et les autres droits. L'émergence de la thèse de

⁶⁹⁸. V. C. PRODAN, thèse préc., p. 72. -- L. RIGAUD, thèse préc., p. 51 ; p. 391 et s. -- S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 6, p. 15 ; n° 20, p. 51 ; n° 56, p. 145. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 556, p. 779 ; n° 569, p. 784. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 717, p. 587 ; n° 752, p. 610-611 ; n° 754, p. 617 ; n° 861, p. 701.

⁶⁹⁹. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 19, p. 48-49 et note 87, p. 49 sous ce numéro. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 589, p. 810.

⁷⁰⁰. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, note 94 sous le n° 20, p. 52. -- Ainsi, les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque parce que laissés entre les mains du débiteur, ils pourraient trop facilement échapper à la vigilance du créancier (V. E. PUTMAN, Sur l'origine de la règle : « meubles n'ont point suite par hypothèque », *Rev. trim. civ.* 1994, n° 4, p. 545).

⁷⁰¹. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, note 71 sous le n° 15, p. 40. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 754, p. 617-617, p. 587 ; n° 861, p. 701.

⁷⁰². F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 792, p. 646.

⁷⁰³. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 801, p. 652 ; n° 804, p. 653.

l'assujettissement des droits réels et des droits personnels à la propriété a été chaotique.

Cette différence de traitement des choses incorporelles et de l'usufruit, de la créance etc. tient sans doute au fait que les *droits* patrimoniaux ont une dénomination identique au *droit* de propriété. Cette appellation commune suggère leur égalité de statut et dissimule leur superposition.

Pourtant, le droit civil français peut accueillir la thèse de la propriété des droits. Les auteurs n'ont pas ignoré que, dans le droit positif, les droits apparaissent comme des objets d'appropriation et de maîtrise. Cette observation les a conduits à repenser le système juridique. De sorte qu'avant même la reconnaissance expresse de la propriété des droits par une partie de la doctrine (2°) et l'identification de la propriété au droit subjectif qui s'applique aux biens (3°), le schéma de cette propriété était en germe dans la doctrine (1°).

1°. - L'annonce de la propriété des droits

249. - La titularité des droits et la faculté de disposer de ces droits annoncent leur allégeance à la propriété.

La titularité des droits, d'abord, est une manière de désigner l'appropriation des droits. Elle signale leur soumission à l'emprise d'un sujet et suggère leur subordination au droit de propriété (*a*). Quant à la faculté de disposer des droits qui, selon les auteurs, les soumet et permet d'en disposer, elle correspond au pouvoir de disposition qui compose la propriété et domine les autres droits (*b*).

a) La titularité des droits

250. - L'idée de propriété des droits est sous-jacente dans la théorie classique du droit subjectif. Comme l'a noté un auteur, les termes d'« appropriation » et de « titularité » sont des notions floues dont on peut se demander si elles sont juridiques mais qui, malgré leur caractère vague et peu technique, ont sans-doute été employées au lieu et place du concept de propriété ⁷⁰⁴.

Le vocable « titularité » utilisé par la doctrine pour évoquer l'appartenance d'un droit réel, personnel ou intellectuel à un sujet ⁷⁰⁵ a tous les traits de l'exclusivité ⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 44, p. 72 ; n° 551, p. 755.

⁷⁰⁵ V. notamment : E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, 1923, t. II, n° 439 et s., p. 32 et s. -- J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, not. p. 81 et s., p. 93 s.). -- S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 13, p. 34 ; v. égal. note 61, p. 33 ; n° 16, p. 43 ; n° 19, p. 48. -- P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963 : sur la tendance subjectiviste qui a pour trait fondamental de tendre vers l'appropriation des droits (n° 3, II), 2°, p. 29-31). -- D. BERRA, thèse préc., p. 159-160, p. 781, p. 805.

L'une et l'autre présentent une identité de structure et de nature. Toutes deux sont d'une nature différente des entités qu'elles relient et toutes deux disparaissent lorsque ces entités sont dissociées, par aliénation du bien ou renonciation au droit par exemple ⁷⁰⁷. En ce sens, la titularité des droits devrait favoriser l'accueil de la thèse de la propriété des droits. La parenté de la titularité et de la propriété prélude la propriété des droits également amorcée par la mise à jour de la faculté de céder ses droits.

b) La faculté de céder ses droits

251. - Le fait que les actes de disposition puissent être accomplis tant sur les droits réels ou personnels que sur les choses corporelles, a contribué à mettre en évidence l'existence d'une faculté de disposer extérieure et supérieure aux droits.

PLANIOL a fait ainsi apparaître une disposition juridique qu'il dénomme « faculté de céder les droits ». M. BERRA a repris cette conception en rattachant la faculté de céder les droits au principe de libre disposition des droits visée à l'article 537 du Code civil. Et, dans le sillage de PLANIOL également, un autre auteur a confirmé l'existence d'une disposition qui surplombe les droits et notamment le droit de propriété. DE VISSCHER a, en effet, affirmé l'existence d'une faculté supérieure de céder les droits à laquelle il adjoint la disposition matérielle qui permet de consommer la chose elle-même. Tandis que PLANIOL et BERRA font porter une disposition juridique *sur* les droits mais maintiennent la disposition matérielle dans le droit de propriété (1/), DE VISSCHER unifie la disposition mais vide la propriété de l'article 544 du Code civil de son droit de disposer (2/).

Seule l'affirmation de la propriété des droits permettrait de réunir ces deux thèses.

Si la propriété est haussée au dessus des droits, la disposition juridique et la disposition matérielle sont réunies et peuvent s'appliquer aux choses corporelles ou incorporelles et aux autres droits. PRODAN a le premier évoqué l'idée d'une propriété juridique qui surplombe les droits. Cependant, en dépit des apparences, sa thèse n'a pas la vertu d'unifier la disposition au sein de cette propriété supérieure. Ce disciple de PLANIOL rattache la faculté de céder les droits à la « propriété juridique » mais il laisse la disposition matérielle dans une propriété de niveau inférieur qu'il dénomme « propriété matérielle ». A ce stade, l'affirmation de la propriété des droits est donc encore purement terminologique (3/).

1. Les thèses de PLANIOL et BERRA

252. - PLANIOL considère que la conception qui consiste à voir dans le transfert de propriété le changement de patrimoine de la chose elle-même est erronée. Si la

⁷⁰⁶. F. ZENATI relève qu'il est un rôle dans lequel la titularité ne peut pas suppléer la propriété, celui du mode d'appropriation des biens corporels que l'on imagine mal, comme les biens incorporels ou droits, reliés à la personne par un lien de titularité (Thèse préc., n° 551, p. 756-757).

⁷⁰⁷. F. ZENATI, thèse préc., n° 551, p. 756-757.

cession opérée par le propriétaire paraît être l'aliénation de la chose même et par suite un attribut de la propriété, c'est parce que le droit cédé consiste dans la jouissance complète de la chose⁷⁰⁸. En quelque sorte, c'est l'absolutisme de la propriété qui incite à l'absorber dans son objet alors qu'en réalité la propriété et son objet se différencient et qu'en définitive l'objet du transfert de propriété est le droit.

Il suit de là que PLANIOL distingue deux types de disposition. La disposition juridique, celle qu'il dénomme *faculté de céder ses droits*⁷⁰⁹, porterait sur les droits et leur serait extérieure. Elle permettrait au sujet de restreindre, décomposer ou anéantir son droit, par un louage, une cession, un démembrement de sa propriété etc.⁷¹⁰. Elle est opposée, par PLANIOL, à la disposition matérielle incluse dans le droit de propriété, qui se rapporterait à la chose et désignerait le droit de consommer cette chose par transformation ou anéantissement de sa substance⁷¹¹. Elle seule formerait le droit de disposer du propriétaire, celui qui figure à l'article 544 du Code civil et côtoie le droit d'usage et de jouissance de la chose⁷¹².

On peut considérer que la thèse de PLANIOL a le mérite d'abandonner l'idée d'une disposition des droits incluse dans les droits eux-mêmes et d'échapper ainsi à l'anomalie de l'autodestruction des droits⁷¹³. Mais la propriété des choses incorporelles démontre que les droits et les choses auxquelles ils se rapportent ne sont pas indissociables. Le droit de propriété n'est pas incorporé dans le bien qu'il soumet. De ce point de vue, la thèse de la faculté de céder les droits n'est donc pas incontournable. On peut concevoir que le droit de disposer de l'article 544 du Code civil permette au propriétaire de disposer de la chose non seulement matériellement (en la consommant ou en la détruisant) mais encore juridiquement (en l'aliénant ou en la grevant de droits réels).

En revanche, la thèse convainc sur un autre point.

Ce qui conduit PLANIOL à extraire la disposition juridique de la propriété, c'est le constat que la possibilité de disposer juridiquement de son droit en l'aliénant n'est pas caractéristique de la propriété. Ce caractère de cessibilité est, en principe⁷¹⁴, commun à tous les droits réels⁷¹⁵. La thèse prend à juste titre en considération le fait que les droits sont des objets de disposition comme les choses et elle a la vertu de

⁷⁰⁸ M. PICARD, *Traité pratique de Droit civil français de Planiol et Ripert d'après le traité de Planiol*, 2^e éd., t. III, *Les biens*, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 218, p. 226.

⁷⁰⁹ M. PICARD, *Ibid.*, n° 218, p. 226.

⁷¹⁰ V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, éd. nouvelle, t. II, *Obligations - Droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 2249, p. 788. -- M. PICARD, *Traité pratique de Droit civil français de Planiol et Ripert d'après le traité de Planiol*, 2^e éd., t. III, *Les biens*, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 218, p. 226. -- Dans le même sens : D. BERRA, thèse préc., p. 74, p. 115, p. 117-122, p. 133-134, p. 164, p. 933, p. 912-913, p. 1034.

⁷¹¹ V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Ibid.*, n° 2248, p. 788. -- M. PICARD, *Ibid.*, n° 216, p. 225. -- Dans le même sens : C. PRODAN, thèse préc., p. 118. -- D. BERRA, thèse préc., p. 74, p. 115, p. 117-122, p. 133-134, p. 164, p. 933, p. 912-913, p. 1034.

⁷¹² V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Ibid.*, n° 2248, p. 788. -- M. PICARD, *Ibid.*, n° 216, p. 225.

⁷¹³ V. *supra* : n° 203.

⁷¹⁴ Le droit d'usage et d'habitation échappe à ce principe (V. art. 631 C.civ.).

⁷¹⁵ M. PICARD, *Ibid.*, n° 218, p. 226. -- Dans le même sens : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Ibid.*, note 2 sous le n° 2246, p. 787.

placer un pouvoir de disposer en surplomb des droits. De surcroît, elle présente l'avantage de hausser le pouvoir de disposition des droits au même niveau que la faculté de les acquérir. Or, comme l'a noté un auteur : « disposer, acquérir, sont des actes qui nous paraissent bien relever d'une même faculté »⁷¹⁶. Laisser le pouvoir d'acquisition des droits dans les droits eux-mêmes, ce serait supposer que le droit constitue la source de sa propre acquisition et que pratiquement le sujet parvient à acquérir un droit grâce au pouvoir incorporé dans le droit dont il n'est pas encore titulaire. A moins que, par un renversement de l'ordre des choses, le droit ne se place de lui-même sous la titularité de ce sujet et ne préexiste déjà à lui-même, d'une certaine manière et sous une certaine forme, dans le patrimoine ou dans la personne de son futur titulaire ! Le mécanisme laisse perplexe. C'est pourquoi, il faut se rendre à l'idée qu'acquérir n'est pas exercer le droit que l'on acquiert et que disposer n'est pas exercer le droit dont on dispose⁷¹⁷. La faculté d'acquérir et la faculté de disposer dominent les droits.

Cette conception de PLANIOL a été reprise par de nombreux auteurs⁷¹⁸ et spécialement par M. BERRA dans sa thèse consacrée au principe de libre disposition des biens en droit civil.

253. - Constatant que le principe de libre disposition des biens s'applique aux droits patrimoniaux, qu'ils soient réels, personnels ou intellectuels⁷¹⁹, M. BERRA reprend la distinction des actes juridiques de disposition du droit et des actes de transformation et de consommation matérielle de la chose⁷²⁰, telle que présentée par PLANIOL. Et il souligne que la faculté de céder ses droits, parce qu'elle est *faculté*, comporte l'idée de choix et de libre exercice d'une prérogative appartenant à l'individu⁷²¹. Apposée à la disposition des biens, l'expression « libre exercice » veut dire que, si le titulaire peut exercer son pouvoir de disposition, il peut tout aussi bien

⁷¹⁶ F. DE VISSCHER, Du « *jus abutendi* », *Rev. trim. civ.* 1913, p. 343.

⁷¹⁷ F. DE VISSCHER, *Ibid.*, p. 343.

⁷¹⁸ *Contra* : J. DERRUPPÉ entend se démarquer des auteurs « qui font du pouvoir de disposition un droit autonome, indépendant du droit substantiel auquel il se rapporte » (*La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels*, Toulouse, 1951, éd. com. 1952, note 20 sous le n° 282, p. 325). Il rejette, en effet, la thèse selon laquelle les actes matériels porteraient sur la chose tandis que les actes juridiques porteraient sur le droit (Thèse préc., n° 282, p. 324-325). Selon lui, le pouvoir de vouloir (ou de choisir) relatif au droit de propriété ne porte plus sur le principe de l'exercice du droit (l'option entre l'exercice et le non exercice du droit), mais sur le mode d'exercice du droit (l'option entre telle et telle forme d'utilisation dont est susceptible la chose). Ce qui explique sa vision selon laquelle « la faculté de céder son droit n'est qu'un des aspects possibles du droit de disposer ou, plus exactement, elle n'est qu'une des possibilités qu'offre le droit de disposer » (Thèse préc., n° 249, p. 282 ; n° 282, p. 325-326).

⁷¹⁹ D. BERRA, Thèse préc., p. 161 ; v. égal. p. 136 et p. 165.

⁷²⁰ D. BERRA, Thèse préc., p. 74, p. 115, p. 117-122, p. 133-134, p. 164, p. 933, p. 912-913, p. 1034.

Il reproche à la doctrine classique de n'avoir pas défini le droit de propriété ou, à tout le moins de l'avoir défini par son exercice plutôt que par son contenu, les actes de disposition juridique relevant, selon lui, de l'exercice du droit de propriété et les actes de transformation ou de disposition matérielle de son contenu (Thèse préc., p. 111-113 ; p. 116). Pourtant, user d'une chose ou la consommer semble participer de la mise en œuvre du droit de propriété contrairement à l'aliénation ou à l'impignoration d'un bien. A moins que M. BERRA, comme M. PLANIOL, ne parle « d'exercer son droit en l'épuisant » ; ce qui dénoterait une définition particulière de la notion d'exercice des droits.

⁷²¹ D. BERRA, Thèse préc., p. 145.

choisir de ne pas l'exercer⁷²². Ainsi, le principe de libre disposition des biens signifie que « toute personne capable peut librement choisir d'exercer ou non le pouvoir de disposition qu'elle possède (en principe) relativement aux droits dont elle est titulaire »⁷²³. Aussi M. BERRA reproche-t-il à la doctrine classique d'avoir fait un amalgame entre ce principe posé à l'article 537 du Code Civil et le droit de disposer visé à l'article 544 du même code⁷²⁴. On peut pourtant se demander si cet amalgame expressément dénoncé par M. BERRA et implicitement contesté par PLANIOL n'est pas, pour une part, bien fondé.

En effet, faut-il distinguer la disposition juridique et la disposition matérielle puisque dans tous les cas il s'opère une modification de l'ordonnancement juridique ? La nature matérielle, c'est-à-dire tangible et concrète, d'un acte n'interdit pas d'y attacher un effet juridique ou abstrait. De sorte qu'on peut se demander si les deux pouvoirs de disposer (matériel et juridique) ne sont pas unis dans une même faculté qui domine les droits et qui porte le nom de propriété. En somme, les thèses afférentes à la faculté de céder les droits ne seraient que la préfiguration de la propriété des droits.

DE VISSCHER prend en considération cette identité d'effet de la disposition matérielle et de la disposition juridique et regroupe les deux types de disposition dans un seul et même pouvoir, même s'il ne va pas jusqu'à reconnaître dans ce pouvoir le droit de propriété.

2. La thèse de F. DE VISSCHER

254. - Dans le Code civil, les expressions de *libre disposition* (art. 537) et *droit de disposer* (art. 544) se côtoient et se ressemblent. Elles figurent toutes deux au livre II intitulé « Des biens et des différentes modifications de la propriété ». Plus précisément, l'article 537 alinéa 1^{er} relatif à la *libre disposition* est inscrit au chapitre III du livre I (« De la distinction des biens ») consacré aux biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent. Et l'article 544 qui évoque le *droit de disposer* du propriétaire relève du titre II concernant la propriété. Outre leur relation commune aux biens et à la propriété, les formulations des deux textes sont proches et semblent former doublon. L'article 537 alinéa 1^{er} énonce en effet que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois » ; pendant que l'article 544 mentionne que « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». On

⁷²². D. BERRA, Thèse préc., p. 140, p. 146 et s., p. 165 et s., p. 172. – « Le principe [de libre disposition] s'applique [...] chaque fois que la loi n'a pas statué en sens contraire. Et si les principes de droit commun sont les principes les plus généraux d'une législation, ceux qui ne paraissent subordonnés à aucun autre et dont la puissance d'application, indépendante de leur domaine d'application effectif, paraît indéfinie, le principe de libre disposition des biens paraît être de ceux-là » (*Ibid.*, p. 884).

⁷²³. D. BERRA, Thèse préc., p. 73 ; v. égal. p. 164-165 ; p. 917.

⁷²⁴. D. BERRA, Thèse préc., p. 163.

perçoit dans ces deux règles une référence commune, expresse ou implicite, à la liberté. La première qualifie la disposition de *libre* et la seconde dit de la propriété qu'elle est le droit de jouir et disposer des choses *de la manière la plus absolue*. En outre, ensemble, elles posent la loi en limite à l'exercice de cette liberté, soit en affirmant que les particuliers ont la libre disposition de leurs biens *sous les modifications établies par les lois*, soit en rappelant qu'il peut arriver que l'usage du droit de disposer de sa chose constitue *un usage prohibé par les lois ou par les règlements*. Autant dire que la synonymie de la libre disposition et du droit de disposer du propriétaire n'est pas un vague soupçon ou une intuition confuse. La thèse de DE VISSCHER suggère cette assimilation sans l'affirmer complètement.

255. - DE VISSCHER retient que le droit prend en considération les actes de transformation ou d'anéantissement de la substance de la chose. Ces actes de consommation de la chose altèrent la chose et modifient le droit comme par réflexion ou par écho ⁷²⁵. La chose commence, en effet, par donner sa configuration au droit, puis elle le remanie lorsqu'elle est altérée. C'est ainsi que le droit varie à l'image de la chose en raison du lien étroit qui les unit ⁷²⁶. Selon DE VISSCHER, « il faut se garder de concevoir nos droits comme des entités abstraites, semblables aux idées platoniciennes, des types immuables planant au-dessus des contingences du monde matériel. *Nos droits prennent corps et figure sur les biens dont ils garantissent l'usage* » ⁷²⁷. On peut faire remarquer que certains actes de transformation ou de consommation de la chose n'ont pas la nature d'acte de disposition au sens économique du terme. Quand l'acte de destruction ou de consommation n'entame qu'une faible partie de ce capital, son impact est économiquement limité ⁷²⁸. Il ne mérite la qualification d'acte de disposition que s'il porte atteinte au *capital* du propriétaire. Sous cette réserve, la thèse de DE VISSCHER met en lumière que la disposition juridique et la disposition matérielle relèvent d'un seul et même pouvoir de disposer.

DE VISSCHER déduit de l'identité d'effet des dispositions matérielle et juridique que, si l'on admet le principe de la distinction de la faculté de disposer et du droit, il faut l'étendre à tous les actes de disposition, matériels et juridiques ⁷²⁹. Tous ces actes intéressent le droit et se révèlent comme l'exercice de cette faculté unique et commune à tous les droits ⁷³⁰. Et ce pouvoir de disposer est partie intégrante d'un pouvoir d'agir juridiquement plus large, qui permet non seulement de modifier des situations ou des rapports juridiques existants, mais encore de créer des rapports

⁷²⁵. F. DE VISSCHER, *loc. cit.*, p. 338. Et lorsque le propriétaire exerce son droit de disposer par des actes juridiques, les rapports juridiques sont changés non pas de façon immédiate mais directe (*Ibid.*, p. 338-339).

⁷²⁶. « Il faut se garder de concevoir nos droits comme des entités abstraites, semblables aux idées platoniciennes, des types immuables planant au-dessus des contingences du monde matériel. Nos droits prennent corps et figure sur les biens dont ils garantissent l'usage » (F. DE VISSCHER, *Loc. cit.*, p. 338).

⁷²⁷. F. DE VISSCHER, *Loc. cit.*, p. 338. Les mots en italique sont soulignés par nous.

⁷²⁸. V. *supra* : n° 112-2 et s.

⁷²⁹. F. DE VISSCHER, *Loc. cit.*, p. 338-342.

⁷³⁰. F. DE VISSCHER, *Loc. cit.*, p. 339.

juridiques nouveaux ou d'intervenir en défense des droits de l'individu ⁷³¹. Où la faculté de disposer des droits côtoie notamment la faculté d'acquérir. DE VISSCHER évite donc l'écueil d'une distinction de la disposition matérielle et de la disposition juridique qui, en l'occurrence, était artificielle. Mais sa thèse pêche sur un point.

256. - La conception de DE VISSCHER dépossède la propriété de son droit de disposer puisqu'elle place toutes les dispositions dans un pouvoir supérieur et réduit en conséquence la propriété à la faculté d'accomplir des actes qui n'impliquent pas en eux-mêmes de modification de la substance de la chose et n'altèrent donc ni la chose ni le droit ⁷³², à savoir les actes de jouissance matérielle sur la chose ⁷³³. Telle quelle, sa thèse laisse en suspens l'importante question de l'existence et du contenu du droit de disposer que la loi elle-même (art. 544 C.Civ.) fait figurer parmi les attributs du droit de propriété. En évoquant la propriété juridique des droits, PRODAN semble combler cette lacune.

3. La thèse de la propriété des droits de PRODAN

257. - Disciple de PLANIOL, PRODAN reprend l'idée d'une faculté de disposer qui surplombe les droits. Il dénomme cette faculté « propriété juridique » et la définit comme un droit réel plein, qui garantit la possession médiate d'une chose pour une jouissance juridique perpétuelle ⁷³⁴. Cette propriété juridique s'exercerait, par une consommation idéale ⁷³⁵, par des actes juridiques ⁷³⁶, des actes de disposition et d'administration ⁷³⁷, sur le droit de propriété matérielle ⁷³⁸, sur un droit de servitude, d'usufruit, sur un bail, un gage, un droit de créance etc. ⁷³⁹. Et elle formerait un droit sur un droit, un droit au second degré ou droit qui confère la jouissance juridique des biens, c'est-à-dire le droit d'en poursuivre la valeur par des actes de disposition ou d'administration ⁷⁴⁰. Mais en même temps, PRODAN affirme l'existence d'une propriété matérielle, « droit réel plein qui garantit la possession d'une chose pour une jouissance perpétuelle » ⁷⁴¹. Or cette propriété matérielle, qui

⁷³¹. F. DE VISSCHER, *Loc. cit.*, p. 344.

⁷³². F. DE VISSCHER, *Loc. cit.*, p. 346.

⁷³³. F. DE VISSCHER, *Loc. cit.*, p. 346.

⁷³⁴. C. PRODAN, Thèse préc., p. 157-158. -- V. égal. sur une application de la distinction faite par PRODAN entre propriété matérielle et propriété juridique aux rapports entre crédit-preneur et superficiaire, d'une côté, et crédit-bailleur et tréfoncier, de l'autre : C. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Préf. D. Schmidt, Bibl. dr. priv., t. 180, L.G.D.J. 1983, n° 358 et s., p. 193 et s.

⁷³⁵. Sans doute faut-il entendre ce terme dans le sens où l'emploie JHERING, c'est-à-dire comme désignant une consommation abstraite ou juridique.

⁷³⁶. C. PRODAN, Thèse préc., p. 76.

⁷³⁷. C. PRODAN, Thèse préc., p. 111, p. 119-120 ; p. 155 ; v. égal. p. 161 et p. 163.

⁷³⁸. C. PRODAN, Thèse préc., p. 111 ; p. 154-155.

⁷³⁹. C. PRODAN, Thèse préc., p. 155-156 ; v. égal. p. 160.

⁷⁴⁰. C. PRODAN, Thèse préc., p. 157.

⁷⁴¹. C. PRODAN, Thèse préc., p. 111. -- PRODAN étudie également la propriété intellectuelle. Elle protégerait les actes d'exploitation, de même que la propriété matérielle protège des actes de consommation proprement dits. Dans le premier cas, la chose serait intellectuelle, dans le second, matérielle (Thèse préc., p. 140 et s.).

renferme le droit de consommation et le droit d'usage et de jouissance des choses ⁷⁴², est subordonnée à la propriété juridique.

258. - En adoptant cette partition, PRODAN conserve la distinction factice de la disposition matérielle et de la disposition juridique. Il ne fait que substituer la distinction d'une propriété juridique et d'une propriété matérielle à la distinction de la disposition juridique et de la disposition matérielle. La propriété juridique est la disposition juridique et la propriété matérielle a tout du droit de propriété tel qu'on l'analyse traditionnellement. Alors qu'il n'est aucune raison de dissocier l'appartenance et la disposition des droits de l'appartenance et de la disposition des choses. En définitive, la thèse ne constitue pas une avancée substantielle dans l'affirmation de la propriété des droits. PRODAN donne simplement le nom de « propriété » à la faculté de céder les droits mise en évidence par son prédécesseur ⁷⁴³.

Il faut attendre l'affirmation de la propriété des créances pour que le droit de propriété, droit de disposition matérielle et droit de jouissance compris, soit placé au-dessus des autres droits et des choses corporelles et incorporelles en général.

2°. - L'affirmation de la propriété des droits (la thèse de S. GINOSSAR)

259. - Le refus de parler de la propriété des droits a conduit à employer l'expression « titularité des droits ». Et la titularité des droits est bien parvenue à éclipser la propriété des droits. Le même refus de distinguer le droit de propriété des autres droits a conduit PLANIOL et ses successeurs à extraire la disposition de tous les droits plutôt qu'à rehausser la propriété et son pouvoir de disposer au-dessus des autres droits. Néanmoins, la mise en valeur de la faculté de céder les droits a prélué à la thèse de la propriété des droits plus que ne l'a fait la titularité des droits.

A la suite de ces travaux, dans un ouvrage consacré aux rapports tissés entre le droit réel, la propriété et la créance ⁷⁴⁴, GINOSSAR a dégagé l'idée d'une propriété qui surplombe les droits (a). Et s'il n'a pas précisé la nature juridique de la propriété, il a posé la question de cette nature en osant exclure la propriété de la catégorie des droits réels (b).

a) La propriété surplombe les créances

260. - GINOSSAR affirme que le droit de propriété domine les autres droits et que la créance est un objet de propriété au même titre que les choses

⁷⁴². C. PRODAN, Thèse préc., p. 118-119.

⁷⁴³. V. F. ZENATI, Thèse préc., n° 512, p. 702 et s.

⁷⁴⁴. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960. -- *Contra* : L. RIGAUD, A propos d'une renaissance du « jus ad rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux, *Rev. Intern. Dt. Comp.* 1963, p. 558 et s.

incorporelles ⁷⁴⁵. Il se fonde sur la double observation que, d'une part, l'expression « propriété des créances » est présente dans les textes et dans un certain nombre d'ouvrages ⁷⁴⁶ ; d'autre part et surtout, les créances sont des objets de maîtrise à l'instar des autres biens ⁷⁴⁷.

Tout droit de créance s'analyse, en effet, en deux rapports juridiques distincts, l'un relatif, l'autre absolu. Chacun de ces liens a le même sujet actif mais des sujets passifs différents ⁷⁴⁸. D'un point de vue interne, le droit de créance est relatif ; il est le lien de droit en vertu duquel une personne déterminée est liée à une autre personne ⁷⁴⁹. Mais du point de vue externe, le droit de créance est absolu, et à cet égard il se révèle comme un objet d'appartenance qui, en tant que tel, s'impose au respect des tiers ⁷⁵⁰ - où l'on voit poindre l'obligation passive universelle. Or, ce second caractère attribué à la créance n'est que la manifestation de sa soumission au droit de propriété. Cette appartenance est le signe de la propriété ⁷⁵¹ qui n'est pas autre chose que « *la relation par laquelle une chose appartient à une personne* » ⁷⁵², un droit absolu, un rapport juridique dont le sujet passif est, à tout moment, le monde entier ⁷⁵³. La créance est également objet d'une maîtrise qui découle de son appartenance au patrimoine du sujet créancier ⁷⁵⁴. Et pour ces mêmes raisons, les droits dits réels sont des objets de propriété ⁷⁵⁵. Ils figurent au côté des droits personnels, sous la propriété.

GINOSSAR n'hésite pas à adopter le schéma de la propriété des droits et à affirmer que le droit de propriété porte aussi bien sur les droits personnels ou réels que sur les choses corporelles ou incorporelles. Ce schéma se présente comme une pyramide de droits dont la propriété est le sommet. Le droit de propriété assure l'appartenance exclusive des droits de créance, réels et personnels, principaux et accessoires ⁷⁵⁶. En outre, en même temps qu'elle hausse la propriété au-dessus des

⁷⁴⁵. V. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 17, p. 43-46. -- V. égal. HENRIOT, De l'obligation comme chose, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1979, t. 24, p. 235. -- M. VILLEY, Métamorphoses de l'obligation, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1970, t. 15, p. 287.

⁷⁴⁶. V. les auteurs cités par GINOSSAR, *Op. cit.*, note 75 sous le n° 16, p. 42.

⁷⁴⁷. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 17, p. 43-46. -- V. égal. *supra*, n° 234 et s.

⁷⁴⁸. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 34, p. 85.

⁷⁴⁹. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 43, p. 112-113.

⁷⁵⁰. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 43, p. 112-113.

⁷⁵¹. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 34, p. 86 ; v. égal. n° 13, p. 35.

⁷⁵². S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 12, p. 33 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

⁷⁵³. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 42, p. 112.

⁷⁵⁴. V. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 12, p. 33 et note 61 sous ce numéro.

⁷⁵⁵. Sur la thèse du droit réel revers de l'obligation réelle : v. *infra* : n° 401 et s.

⁷⁵⁶. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 66, p. 179. -- Comp. M. FABRE-MAGNAN qui juge dépassée la thèse classique selon laquelle il serait impossible d'être propriétaire des créances, au motif qu'on ne pourrait pas avoir un droit réel (la propriété) sur un droit personnel (Propriété, patrimoine et lien social, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 24, p. 603). Mais dans le même temps l'auteur n'adopte pas totalement la thèse de GINOSSAR puisqu'il retient que la propriété censée porter sur le droit réel porte en réalité sur le produit du droit réel : « *Ce n'est pas le droit - réel ou personnel - qui figure dans le patrimoine mais uniquement le produit potentiel, le résultat escompté, de l'exercice de ces droits.* En d'autres termes, on n'est pas à proprement parler propriétaire d'un droit mais uniquement de l'objet attendu de la réalisation de ce droit. Le droit est toujours un lien entre des personnes et on ne peut être propriétaire d'un lien mais uniquement du bien, c'est-à-dire de l'objet, de la valeur qui en résulte » (*Ibid.*, n° 22, p. 600-601 ; n° 24-25, p. 602-

autres droits, la thèse de GINOSSAR pose la question de la nature du droit de propriété.

b) La propriété n'est pas un droit réel

261. - La révision des rapports entre les différents droits menée par GINOSSAR, impose de différencier la propriété et les droits réels.

Dans la mesure où le droit de propriété domine les droits réels, il ne peut pas être lui-même un droit réel ⁷⁵⁷. Cette appellation doit être réservée aux droits sur la chose d'autrui ⁷⁵⁸. Or, le droit de propriété n'est pas davantage un droit personnel puisqu'il s'applique aussi aux droits personnels. Il n'est pas non plus une chose corporelle ou une chose incorporelle puisque la propriété des choses incorporelles, que GINOSSAR accepte, commande de différencier le droit de propriété et les choses auxquelles il s'applique. L'exclusion du droit de propriété de ces catégories juridiques pose donc bien la question de sa nature juridique.

En particulier, si la propriété est exclue de la famille des droits réels où elle est traditionnellement classée et alors même que le législateur (art. 544 C.Civ.) la définit comme un droit, qu'est-ce que la propriété ? Quel type de droit est-elle ? GINOSSAR ne résout pas expressément cette interrogation ⁷⁵⁹ mais sa démonstration fournit une directive de réponse. On peut en effet noter que l'auteur aboutit à l'idée de propriété des droits après avoir constaté que les droits autres que la propriété font l'objet d'une appartenance et d'une maîtrise. GINOSSAR prône la propriété des droits après avoir observé que ces droits sont l'objet des deux attributs que DABIN reconnaît au droit subjectif. L'appartenance et la maîtrise caractérisent le droit subjectif selon DABIN que GINOSSAR cite. De plus, le lien qu'il tend entre l'appartenance, le caractère absolu de la propriété et le fait qu'elle s'impose à tous, fait penser que l'obligation passive universelle qui participe de la structure du droit subjectif est également constitutive du droit de propriété. D'ailleurs, la propriété exclusive et absolue se calque parfaitement sur le droit subjectif lui aussi exclusif et absolu ⁷⁶⁰. Ce qui conduit à l'idée que le droit de propriété est *le* droit subjectif ⁷⁶¹ et les droits réels ou personnels ne seraient que des objets du droit de propriété et, en conséquence, des objets *du* droit subjectif. C'est cette dernière thèse que soutient de manière convaincante M. F. ZENATI.

604 ; note 101 sous le n° 24 ; n° 26, p. 604 ; n° 35, p. 610. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

⁷⁵⁷. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 41, p. 107 et s. ; n° 42, p. 112. -- Dans le même sens : M. VILLEY, Le « *jus in re* » du droit romain classique au droit moderne, *Publications de l'institut de droit romain de l'université Paris VI*, 1950, p. 192 et s. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 24, p. 602.

⁷⁵⁸. S. GINOSSAR, *Op. cit.*, n° 42, p. 112.

⁷⁵⁹. F. ZENATI, thèse préc., n° 515, p. 708 et s.

⁷⁶⁰. V. *supra* : n° 153 et s.

⁷⁶¹. Toutefois GINOSSAR ne va pas jusqu'à affirmer cette identification. -- *Adde* : M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 34, p. 609-610 ; n° 36, p. 611.

3°. - L'identification de la propriété au droit subjectif (la thèse de F. ZENATI)

262. – « La propriété est le droit de jouir et 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 ». On a reproché à ce texte de ne pas donner l'essence du droit de propriété ⁷⁶², pourtant tout y est.

Dans sa thèse consacrée à la nature juridique de la propriété, M. F. ZENATI donne des arguments probants au soutien d'une nouvelle interprétation de l'article 544 du Code civil ⁷⁶³. La jouissance et la disposition de la propriété ne désigneraient pas les attributs d'un droit réel mais ils formeraient le contenu de la relation unissant les biens et les droits à la personne à laquelle ils appartiennent ⁷⁶⁴. L'affirmation peut paraître banale mais la reconnaissance de cette structure (a) correspond à l'identification de la propriété au droit subjectif (b).

a) La structure de la propriété

263. - La propriété participe de la personnalité juridique qui est fondamentalement l'aptitude à avoir des biens (jouissance) et à en faire commerce (disposition), autrement dit à être propriétaire ⁷⁶⁵.

264. - M. F. ZENATI définit ainsi la jouissance comme la relation d'exclusivité du sujet aux biens, et notamment aux droits patrimoniaux que sont les droits réels et personnels ⁷⁶⁶. Cette jouissance d'exclusivité détermine un espace de liberté et de volonté *a priori* illimité dont le propriétaire n'a à répondre de l'utilisation vis-à-vis d'aucun titulaire de droit subjectif, dans le respect des limites que posent les lois et les règlements ⁷⁶⁷. En ce sens, l'exclusivité est l'essence de la propriété et non pas simplement un de ses caractères ⁷⁶⁸.

Et c'est grâce à cette relation privative que le propriétaire peut accomplir sur elle un acte juridique ⁷⁶⁹.

⁷⁶² M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACIARI, Quelques remarques sur le droit de propriété, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1990, t. 35, p. 233.

⁷⁶³ F. ZENATI, thèse préc. et Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 305 et s.

⁷⁶⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 309, p. 410.

⁷⁶⁵ F. ZENATI, thèse préc., n° 544, p. 744 et s.

⁷⁶⁶ F. ZENATI, thèse préc., n° 312, p. 419 ; n° 327, p. 444 ; n° 398 et s., p. 541 et s. ; Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 314 et s.

⁷⁶⁷ F. ZENATI, thèse préc., n° 421, p. 580.

⁷⁶⁸ F. ZENATI, thèse préc., n° 399 et s., p. 541 et s.

⁷⁶⁹ F. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 317.

265. - L'auteur conserve à la disposition son statut d'attribut légal de la propriété⁷⁷⁰. Simplement, dans la mesure où il rehausse la propriété au-dessus des droits, il place également la disposition à ce niveau supérieur. Puis il définit cette disposition comme le pouvoir d'agir juridiquement ou « pouvoir de vouloir » de la *Willenstheorie*⁷⁷¹, l'acte juridique étant l'exercice du pouvoir de disposer. C'est donc en vertu de ce pouvoir que le propriétaire d'un droit peut en disposer librement, conformément au principe fondamental de l'article 537 du Code civil. Les droits autres que la propriété n'offrent à leur titulaire une faculté d'agir juridiquement que parce qu'ils sont des *objets* de propriété⁷⁷². M. ZENATI va jusqu'à rattacher au pouvoir de disposer, non seulement les actes d'aliénation, les actes abdicatifs, les actes de démembrement, mais encore les actes déclaratifs ou recognitifs⁷⁷³ et les actes d'engagement. Parce que l'acte de disposition désigne tout acte ayant pour effet de modifier le patrimoine, activement mais aussi passivement⁷⁷⁴ et parce qu'en s'obligeant, le débiteur dispose d'un bien qui n'est autre que son patrimoine même et qu'il grève d'une charge par le mécanisme du gage général⁷⁷⁵.

Une telle structure attribuée par le législateur (art. 544 C.Civ.) à la propriété va de pair avec l'identification du droit de propriété au droit subjectif.

b) La nature de la propriété

266. - A l'instar de GINOSSAR, M. ZENATI exclut la propriété de la catégorie des droits réels. D'ailleurs invoque l'auteur, si l'article 543 du Code civil était une liste des droits réels, comme la doctrine le prétend, il y aurait omission du *seul* droit qualifié de droit réel par le Code civil : l'hypothèque⁷⁷⁶. Le texte visé énonce, en effet, que l'« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre » sans mentionner le droit d'hypothèque. En outre, mettre la propriété au rang des droits réels aboutirait, par l'article 543, à restaurer la qualité de double domaine puisqu'aussi bien celle-ci repose sur la possibilité de droits de nature identique sur une même chose. Par ailleurs la propriété du Code civil ne peut être conçue comme un droit réel qu'à la condition d'être divisible, encore que la notion de démembrement elle-même heurte l'absolutisme de la propriété. Enfin, l'absence de toute manifestation du démembrement dans le Code civil est une raison supplémentaire de dénier à la propriété la qualité de droit réel⁷⁷⁷.

⁷⁷⁰. F. ZENATI, thèse préc., n° 434, p. 602 ; v. égal. n° 441, p. 610.

⁷⁷¹. F. ZENATI, thèse préc., n° 428, p. 593 ; n° 455, p. 633 ; n° 457, p. 635 ; n° 567, p. 781. -- Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 317. -- *Adde : supra* n° 190.

⁷⁷². F. ZENATI, thèse préc., n° 428, p. 593 ; n° 455, p. 633 ; n° 457, p. 635 ; n° 567, p. 781.

⁷⁷³. F. ZENATI, thèse préc., n° 457 et s., p. 635 et s. ; n° 474, p. 661. -- Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 318.

⁷⁷⁴. F. ZENATI, thèse préc., n° 466, p. 647 ; n° 487, p. 673.

⁷⁷⁵. F. ZENATI, thèse préc., n° 462, p. 641 ; n° 466 et s., p. 647 et s.

⁷⁷⁶. F. ZENATI, thèse préc., n° 280, p. 374.

⁷⁷⁷. F. ZENATI, thèse préc., n° 283, p. 377-378.

Ce qui amène M. ZENATI à rechercher la véritable nature de la propriété.

267. - En vérité, « la propriété n'est pas *un* droit subjectif mais *le* droit subjectif »⁷⁷⁸. Alors que les autres droits sont des objets de droit subjectif⁷⁷⁹. Et ce droit de propriété assimilé au droit subjectif est lié au sujet et ne suit pas le bien. Il est l'héritier du *dominium* romain qui est une puissance⁷⁸⁰. La propriété ne peut être ni un bien ni un élément constitutif de la personne⁷⁸¹ ; elle constitue une « *projection* » de la personne sur un bien déterminé et, en tant que telle, *ne se conçoit pas comme dissociée de celle-ci*⁷⁸². Elle est une émanation de la personnalité et ne peut en être détachée⁷⁸³. Ce qui ne signifie pas que le droit de propriété soit assimilable à la personnalité juridique. Car la dimension essentielle de la propriété est d'établir une relation *privative*⁷⁸⁴. La propriété a un caractère fondamentalement *contingent*. Elle exprime avant tout une relation privative entre une personne et un bien *déterminé*. Ainsi, cette relation spécifique d'exclusivité ne peut être traduite par l'idée d'un pouvoir virtuel contenu dans la structure de la personne. Un tel rapport ne peut se concevoir que de manière extrinsèque par rapport à la personne, c'est-à-dire sous forme d'une prérogative attachée à cette dernière donc distincte de celle-ci⁷⁸⁵. C'est l'hypothèse que M. ZENATI envisage au prix d'une redéfinition du concept de droit subjectif et d'une révision de la nature du droit de propriété.

Conclusion de la section I

268. - La supériorité du droit de propriété se fait jour autant dans le droit positif qu'en doctrine.

Elle découle d'abord des nombreuses ressemblances qui existent entre le régime des choses incorporelles, des droits réels et des droits personnels et le régime des choses corporelles. Toutes ces choses et ces droits patrimoniaux sont des biens, des objets d'appropriation exclusive et de maîtrise absolue. Tandis que la propriété est le seul droit qui renferme un pouvoir de jouissance et de disposition absolue sur les biens (dans les limites posées par le droit objectif). Le droit positif et la théorie se rejoignent d'ailleurs lorsque l'on constate l'émergence d'une disposition supérieure

⁷⁷⁸. F. ZENATI, thèse préc., n° 547, p. 750 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

⁷⁷⁹. F. ZENATI, thèse préc., n° 556, p. 779.

⁷⁸⁰. F. ZENATI, thèse préc., n° 552, p. 759.

⁷⁸¹. M. F. ZENATI souligne que la recherche de la nature juridique de la propriété est difficile car les catégories dans lesquelles on peut trouver ses traits caractéristiques relèvent soit de la personnalité juridique, soit des biens, entités précisément entre lesquelles la propriété est censée établir une relation (thèse préc., n° 550, p. 755-756).

⁷⁸². F. ZENATI, thèse préc., n° 550, p. 754 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

⁷⁸³. F. ZENATI, thèse préc., n° 570, p. 785 et Sur la constitution de la propriété, *D.* 1985, Chr., p. 172.

⁷⁸⁴. F. ZENATI, thèse préc., n° 549, p. 751.

⁷⁸⁵. F. ZENATI, thèse préc., n° 545, p. 746.

aux droits, qui n'est autre que le droit de disposer mentionné à l'article 544 du Code civil. L'idée de l'exclusion de la propriété de la catégorie des droits réels dans laquelle on le classe traditionnellement, commence à trouver des adeptes. Le droit de propriété se plaçant au-dessus des autres droits et spécialement des droits réels, force est de l'en distinguer. Positivement, cette exclusion signifie que la propriété n'est elle-même ni un bien ni un droit patrimonial mais, comme l'a démontré M. ZENATI, une prérogative attachée au sujet.

Dans de telles conditions, on perçoit difficilement comment le quasi-usufruitier, le dépositaire irrégulier et le créancier gagiste ou hypothécaire peuvent bénéficier du droit de disposer du bien d'autrui pour leur propre compte par démembrement du droit de propriété d'autrui ou même encore par la constitution d'un droit subjectif réduit dès l'origine au droit de disposer des biens. Car la supériorité de la propriété, son ampleur et son emprise sur les autres droits, est le corollaire de son identification au droit subjectif qui se rapporte aux biens.

SECTION II.

La subjectivité de la propriété

269. - Le droit de propriété ne se démarque pas seulement des droits réels et des droits personnels par sa structure et son niveau, il se singularise également par sa nature. En effet, si l'on a condamné l'absorption du droit de propriété par son objet au point qu'il devienne une chose corporelle⁷⁸⁶, il faut encore mettre à l'épreuve l'idée selon laquelle il est un bien, une chose douée de valeur pécuniaire, un actif patrimonial⁷⁸⁷. Le droit de propriété est très proche des droits de la personnalité. Comme eux, il est *subjectif* parce qu'il se greffe sur le *sujet* de droit. Il ne relève donc pas du domaine des biens mais de la catégorie des droits extrapatrimoniaux (*I*). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il a tous les caractères d'un droit extrapatrimonial (*II*).

On comprend alors que le droit de propriété soit invariable et irréductible. Sa parenté avec le sujet de droit et son extrapatrimonialité justifient qu'il ne puisse être réduit à un pouvoir de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

⁷⁸⁶. V. L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 3, p. 96.

⁷⁸⁷. En ce sens : F. ZENATI, thèse préc., *passim*. -- M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACIARI, *loc. cit.*, p. 237.

§ 1. - *La nature du droit de propriété*

270. - A l'instar des droits de la personnalité, le droit de propriété a une nature extrapatrimoniale. Qu'on l'apprécie comme contenant (l'exclusivité) ou comme contenu (la jouissance et la disposition), il est toujours annexé au sujet. Il figure ainsi au côté des droits de la personnalité dans la catégorie des droits extrapatrimoniaux (A). L'appartenance de la propriété à la catégorie juridique des droits extrapatrimoniaux se vérifie, d'ailleurs, du point de vue inverse : les droits de la personnalité, qui constituent le modèle des droits extrapatrimoniaux, ont une structure identique à celle du droit de propriété. Ils confèrent au sujet un pouvoir de jouissance et de disposition, comme la propriété (B). Simplement, les uns et les autres se différencient par l'objet auquel ils se rapportent. Les droits de la personnalité portent sur des éléments de la personne humaine ou de la personnalité juridique et le droit de propriété s'applique aux biens, soit aux choses douées de valeur patrimoniale.

A. - L'annexion du droit de propriété au sujet de droit, fondement de son extrapatrimonialité

271. - Les tautologies qui consistent à définir le droit subjectif par référence au sujet de droit et le sujet de droit par référence au droit subjectif ⁷⁸⁸ ne sont que le reflet du lien particulier qui unit les deux notions. L'analyse de l'exclusivisme et de l'absolutisme du droit subjectif a, en effet, dévoilé la coïncidence du droit subjectif et du sujet de droit. En tant qu'exclusivité, le droit subjectif est une sphère de liberté du sujet de droit ⁷⁸⁹. Et en tant que pouvoir, il est juridique et absolu comme la qualité de sujet de droit ⁷⁹⁰. La confusion serait totale et le sujet de droit serait une addition de droits subjectifs, si le droit subjectif n'était pas la projection du sujet *sur un objet*. En fait, le droit subjectif sert le sujet de droit et le sujet de droit est le support et le destinataire des droits subjectifs ⁷⁹¹. Le sujet de droit individualise un intérêt servi par les droits subjectifs et donc par le droit propriété. A cette occasion, le droit de propriété se montre aux côtés des droits de la personnalité dont il partage la fonction et la nature extrapatrimoniale.

⁷⁸⁸. V. par ex. : A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, T. I, *Introduction générale - Institutions civiles et judiciaires - Personnes et famille*, par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957, n° 6, p. 6 ; n° 34, p. 27.

⁷⁸⁹. V. *supra* : n° 179 et s.

⁷⁹⁰. V. *supra* : n° 206 et s.

⁷⁹¹. Il est l'élément fondateur et l'élément destinataire comme le dénommerait GOROVITSEFF (V. *supra* : n° 209).

272. - En effet, la reconnaissance de la personnalité juridique, qu'elle soit individuelle ou collective, repose sur l'existence d'un intérêt ⁷⁹². Cet intérêt est réputé s'agissant du mineur, du majeur incapable et des personnes physiques en général. Depuis l'abolition de l'esclavage ⁷⁹³, les personnes physiques sont jugées dignes de protection par le législateur : « Tous les êtres humains sont des personnes, il suffit d'être homme pour être une personne » ⁷⁹⁴. Quant aux personnes morales, l'intérêt qu'elles individualisent est précis et déterminé (d'où le principe de spécialité des personnes morales) et organisé par le législateur en matière de droit des sociétés, ou contrôlé par le juge lorsqu'il s'agit d'octroyer la personnalité morale aux associations. C'est cet intérêt que servent les droits subjectifs ou extrapatrimoniaux, qui naissent sur la tête du sujet de droit par application des normes objectives.

Les droits subjectifs ou extrapatrimoniaux sont des moyens au service du sujet de droit ⁷⁹⁵. Ainsi, un certain type de droit extrapatrimonial permet au sujet d'affirmer son individualité. Les droits de la personnalité, qui sont relatifs aux éléments de la personne humaine ou de la personnalité juridique, permettent par exemple au sujet de jouir d'un nom, d'une image etc. et d'empêcher les tiers d'y porter atteinte. Les personnes morales sont dotées de ces droits. Comme les personnes physiques, elles ont un nom (une dénomination sociale), elles ont droit au respect de leur vie privée (le secret des affaires) etc. Elles ne sont privées que des droits dont l'existence a un lien nécessaire avec la personne humaine comme le droit sur le corps ou le droit

⁷⁹². G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, T. I, *Des personnes*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1907, n° 295, p. 338.

Rmq. Si la personne morale a été qualifiée d'artifice ou de fiction au motif qu'elle n'est pas un être humain ou matériel, il faut convenir que dès lors que le droit objectif intervient dans la création d'une situation, serait-ce la création de la personnalité juridique individuelle, il y a création juridique. -- Rapp. : Selon M. Raymond MARTIN, le sujet de droit ne se confond pas avec la personne humaine ; il n'est qu'une fonction abstraite (Personne et sujet de droit, *Rev. trim. civ.* 1981, n° 6, p. 788-789 ; n° 11, p. 792-793 ; n° 13, p. 794). C'est pourquoi il vaut mieux chercher à savoir pourquoi et comment le sujet collectif existe par comparaison avec le sujet individuel (*Ibid.*, n° 4, p. 787 ; n° 12 et s., p. 793 et s. ; n° 25, p. 802). -- V. égal. HAURIOU selon qui un certain nombre de fictions fondent la personnalité juridique individuelle qui n'est toutefois pas une création arbitraire de la loi, mais une création des nécessités sociales dont la loi n'est que l'interprète (De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1898, n° 11 et 12, p. 19-20).

La dissociation de l'intérêt de l'être matériel permet ainsi la création de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (L. n° 85-697 du 11 juillet 1985) dont la personnalité morale n'a plus pour support un groupement mais l'entreprise appartenant à un seul homme (C. FREYRIA, La personnalité morale à la dérive..., *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz 1991, p. 124). C'est pourquoi, lorsque la société unipersonnelle est dissoute, son patrimoine est transmis à l'associé unique qui devient personnellement et indéfiniment responsable du passif social (art. 1844-5 C.Civ. mod. L. n° 88-15 du 5 janvier 1988) (Sur les avantages et les inconvénients de cette transmission universelle : F. PROAL, note sous C.A. Douai, 14 nov. 1996, *D.* 1997, J., 313 et s.). A moins que l'associé unique ne trouve un second associé, avant de prononcer la dissolution (V. J.-J. DAIGRE, note sous C.A. Douai, 14 nov. 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22785, 1°).

⁷⁹³. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, préc., n° 288, p. 270.

⁷⁹⁴. A. COLIN et H. CAPITANT, *Introduction générale*, par L. Juliot de la Morandière, préc., n° 573, p. 338. -- V. J. CARBONNIER considère que les enfants à naître, personnes futures, sont des non-sujets de droit tant qu'ils n'ont pas reçu de droits, mais deviennent sujets de droit avant même d'exister, dès qu'ils ont reçu des droits (v. dans l'assurance en cas de décès, dans la donation par contrat de mariage), de telle manière que le droit subjectif créerait ici son propre sujet de droit (Sur les traces du non-sujet de droit, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1989, t. 34, p. 202).

⁷⁹⁵. Ce qui explique peut-être que la notion d'intérêt ait souvent été perçue comme un élément de la définition du droit subjectif (V. JHERING, DERRUPÉ, JELLINECK : v. *supra* n° 191). Selon M. Raymond MARTIN, le droit subjectif serait l'intérêt de la personne formalisé par le droit, le concept juridique de l'intérêt de la personne (Personne et sujet de droit, *loc. cit.*, n° 18, p. 796).

moral de l'auteur ⁷⁹⁶. Quant au droit extrapatrimonial qui permet au sujet de participer au commerce juridique, il n'est autre que le droit de propriété. Ce droit l'autorise à jouir *et disposer* de ses biens, qu'il s'agisse d'en faire un usage purement matériel, par l'occupation personnelle d'un immeuble par exemple, ou un usage juridique, par la vente ou la constitution de droits réels sur le bien. Intimement lié à l'intérêt du sujet, comme les droits de la personnalité, le droit de propriété ne pouvait qu'être extrapatrimonial.

273. - La fusion qui s'opère entre le sujet et le pouvoir d'agir sur les biens, par le biais de la propriété, est une fusion entre l'être et l'avoir ⁷⁹⁷. Ainsi le droit de propriété est indissociable de la personnalité juridique. Il est une émanation du sujet ⁷⁹⁸ ; seuls ses objets sont des biens. Il est un lien entre personnes, dans le sens où il est construit sur l'exclusion des tiers ⁷⁹⁹ ; or, un lien ne saurait être un bien ⁸⁰⁰. Cette exclusion, que les personnalistes dénommaient « obligation passive universelle », n'est pas patrimoniale. Les contradicteurs de la thèse personnaliste eux-mêmes relevaient cette extrapatrimonialité pour contester la confusion faite entre l'obligation passive universelle et le droit de créance.

Ainsi, avoir un droit de propriété sur un bien, c'est avoir la condition ou le statut de propriétaire. Le sujet propriétaire assume les charges qui sont attachées à ce statut ou à cette condition et il profite surtout d'une situation dont il peut disposer. « La propriété n'est pas seulement un pouvoir, écrit M. C. ATIAS. C'est une certaine position donnée aux personnes [...] Être propriétaire, c'est être en condition d'agir d'une certaine façon » ⁸⁰¹.

274. - L'affirmation de l'extrapatrimonialité du droit de propriété permet de résoudre un certain nombre d'anomalies inhérentes à la théorie classique du droit subjectif.

⁷⁹⁶. P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *Rev. trim. civ.* 1971, n° 35, p. 490-492.

⁷⁹⁷. V. M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACIARI, *loc. cit.*, p. 233, p. 242. -- Par le droit de propriété, la chose participe à la personne de celui qui la possède ; ce qui a le mérite de rapprocher la propriété de la personne (*Ibid.*, p. 238-239). -- V. égal. sur l'affirmation du lien de la propriété et du patrimoine à la personnalité morale : J. HAMEL, La personnalité morale et ses limites, *D.* 1949, *Chr.*, p. 144.

⁷⁹⁸. F. ZENATI, Thèse préc., n° 5, p. 14 ; n° 54, p. 85 ; n° 289, p. 385-386 ; n° 570, p. 785. -- L'auteur souligne le lien de parenté du droit de propriété contemporain au *dominium* romain (*Ibid.*, n° 176 et s., p. 243 et s.). Le droit de propriété est, selon cet auteur, une liberté publique, un élément de l'état des personnes (*Ibid.*, n° 242-243, p. 325 et s.). Il est la mise en œuvre de la liberté dans l'ordre des biens (*Ibid.*, n° 423, p. 308).

⁷⁹⁹. V. *supra* : n° 156 et s. ; n° 178.

⁸⁰⁰. Selon Mme M. FABRE-MAGNAN, le droit de propriété ne doit pas figurer dans le patrimoine à côté des choses : tous les éléments composant l'actif du patrimoine sont des objets de propriété (*Loc. cit.*, n° 22, p. 600-601 ; n° 24-27, p. 602-605 ; n° 35, p. 610). Cependant, l'auteur affirme, dans le même temps, que la propriété est un droit subjectif patrimonial, à côté des droits réels et des droits personnels (*Ibid.*, n° 34, p. 609-610 ; n° 36, p. 611). Parce que, si le droit de propriété n'est pas un élément du patrimoine, il indique le pouvoir juridiquement protégé d'une personne sur l'actif de son patrimoine. Il entre dans la définition du patrimoine puisque, sans le droit de propriété, un bien ne pourrait pas figurer dans un patrimoine (*Idem*).

⁸⁰¹. Droit de propriété ou condition du propriétaire, *AJPI*, 10 janv. 1996, *Etudes*, p. 12.

274-1. - D'abord, elle justifie que le droit de propriété ne soit pas tout à la fois un pouvoir et un bien ou objet de pouvoir portant sur un autre bien. Le droit de propriété a été largement perçu comme un bien parce que ses objets l'ont absorbé ou parce qu'on l'a incorporé dans ses objets. Droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, général et abstrait, il a fini par se fondre dans les choses, souvent tangibles, sur lesquelles il s'exerce et il a fini par acquérir leur nature patrimoniale. Le pouvoir de fait exercé par le propriétaire sur ses biens a facilité cette objectivation de la propriété : la possession est apparue comme la fusion de l'être... et du bien. Mais, en réalité, seul l'objet du droit de propriété est un bien ; le droit de propriété qui la soumet n'en est pas un.

274-2. - Ensuite, dans une certaine acception, le patrimoine désigne le droit extrapatrimonial de propriété. L'idée que le droit de propriété apparaît comme le point de jonction entre l'être et l'avoir puisqu'il sert l'intérêt du sujet, est traduite par la notion de patrimoine telle que l'ont entendue AUBRY et RAU. La théorie de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine rend compte de ce lien ténu qui unit le droit de propriété à la personnalité juridique⁸⁰². L'affirmation selon laquelle toute personne a un patrimoine et ne peut avoir qu'un patrimoine qui est intransmissible, se comprend si on désolidarise la notion de patrimoine des actifs patrimoniaux et des dettes d'une personne pour la rattacher à la qualité de sujet de droit. Le patrimoine est alors une potentialité, plus qu'un ensemble de biens éventuellement grevés de dettes. Il signifie que le sujet *peut* posséder des biens et être grevé de dettes, même s'il est réellement - dans un isolement idéal - dépourvu de tout bien et libéré de toute dette. En ce sens, le patrimoine est un contenant et il est subjectif. Il est la projection de la personne à l'égard des biens⁸⁰³, comme le droit subjectif de propriété. Cette subjectivité explique, d'ailleurs, que le patrimoine ait été confondu avec la capacité⁸⁰⁴ ou avec la personnalité⁸⁰⁵. Bien qu'en réalité, il corresponde au droit de propriété redéfini comme un droit extrapatrimonial et comme le droit, virtuel, de jouir et disposer des choses.

⁸⁰². C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1857, par. 573 et s., p. 1 et s. -- *Droit civil français*, T. IX, *Filiation. Successions ab intestat*, par P. Esmein, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, par. 573 et s., p. 305 et s.

Selon F. COHET-CORDEY, l'existence d'un lien entre patrimoine et personnalité paraît difficilement niable (La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, *Rev. trim. civ.* 1996, n° 19, p. 827) : le patrimoine est le reflet de la personne, il n'existe que par et pour cette dernière qui en est titulaire (*Ibid.*, n° 15, p. 826). -- *Contra* : N. MÉVORACH, Le patrimoine, *Rev. trim. civ.* 1936, p. 811 et s. -- RIGAUD se demande si AUBRY et RAU n'ont pas confondu la notion de patrimoine avec celle de la personnalité et notamment avec la capacité d'avoir un patrimoine (Thèse préc., p. 55).

⁸⁰³. R. MARTIN, Personne et sujet de droit, *loc. cit.*, n° 7, p. 789. -- Rapp. M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 26-27, p. 604-605 ; n° 35, p. 610.

⁸⁰⁴. Selon F. COHET-CORDEY, le patrimoine « contenant » n'est autre que la capacité juridique de la personne, l'aptitude à acquérir des droits et des obligations (La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, *Rev. trim. civ.* 1996, n° 37, p. 835 ; n° 46, p. 837).

⁸⁰⁵. C'est la personnalité du titulaire du patrimoine qui est sujet de droit et objet du droit des créanciers. La notion de patrimoine se ramène à celle de personnalité, de personne juridique : F. COHET-CORDEY, *loc. cit.*, n° 49, p. 839.

274-3. - Enfin, l'extrapatrimonialité du droit de propriété trouve un écho dans la qualification de pouvoir fondamental de l'individu qui lui est attribué. Plusieurs textes rappellent cette qualification. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 énonce 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 ». Cette qualification a pareillement été retenue par MM. BERRA, DE VISSCHER, PRODAN, pour désigner la faculté de céder ses droits qui annonçait la thèse de la propriété subjective⁸⁰⁶. La Cour de cassation⁸⁰⁷ et le Conseil constitutionnel⁸⁰⁸ affirment également le caractère fondamental et constitutionnel du droit de propriété et du droit de disposer qui le compose.

Extrapatrimonial, pouvoir fondamental de l'individu, le droit de propriété ressemble fort aux droits dits de la personnalité. Et la parenté se vérifie en sens inverse. Par leur contenu, les droits de la personnalité ressemblent au droit de propriété.

B. - L'apposition du droit de propriété aux droits de la personnalité

275. - Dans le système juridique, le droit de propriété côtoie les droits de la personnalité. Car « les droits subjectifs n'ont pas seulement pour fin, dans la conception que nous en avons aujourd'hui, la protection des intérêts matériels, mais aussi celle des intérêts moraux des personnes »⁸⁰⁹.

Lorsqu'ils ne sont pas contestés dans leur principe, les droits de la personnalité sont souvent désignés comme le modèle des droits extrapatrimoniaux⁸¹⁰. C'est

⁸⁰⁶. DE VAREILLES-SOMMIÈRES qualifie la propriété de liberté d'agir (*Loc. cit.*, n° 1, p. 444 ; v. égal. n° 48, p. 469), de droit de puissance (n° 8, p. 447 et n° 78, p. 485). -- F. DE VISSCHER rattache la faculté de disposer à la catégorie des prérogatives de la personnalité juridique ou des droits publics (*V. Loc. cit.*, p. 343 et s.). -- M. BERRA précise que la libre disposition des biens n'est pas un droit mais un pouvoir et plus précisément un pouvoir fondamental de l'individu (Thèse préc., p. 884 et s. ; p. 919, p. 937, p. 947, p. 1034-1035) : « Le pouvoir de disposition est un pouvoir de *nature abstraite* qui appartient normalement à tout individu, même en l'absence de tout objet sur lequel s'exercer (c'est-à-dire de droit à transférer), de la même façon que tout individu est titulaire d'un patrimoine indépendamment du contenu de ce dernier » (Thèse préc., p. 925). -- PRODAN considère que la propriété juridique est un droit de même nature que le droit au patrimoine mais que leurs étendues respectives diffèrent. Le second est un droit sur une universalité, et par conséquent un droit général, tandis que la propriété juridique est un droit sur un droit individuellement pris, et par conséquent un droit spécial (Thèse préc., p. 156).

⁸⁰⁷. Civ. 3è, 5 nov. 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1998, I, 171, n° 2, obs. H. PERINET-MARQUET. -- Civ. 1ère, 4 janvier 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3921, n° 1, obs. H. PERINET-MARQUET.

⁸⁰⁸. Cons. const., Décision du 29 juillet 1998, *J.C.P. Ed. G.* 1998, I, 171, n° 3, obs. H. PERINET-MARQUET. -- Cons. const., Décision du 4 juillet 1989, *D.* 1990, J., 209, note F. LUCHAIRE ; *Rev. trim. civ.* 1990, 519, obs. F. ZENATI. -- Adde F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant 1990, n° 660, p. 735.

⁸⁰⁹. P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 8, p. 454.

⁸¹⁰. Ils ne figurent pas dans le patrimoine de leur titulaires, ils ne sont pas susceptibles d'une évaluation pécuniaire, puisqu'ils ont pour fin principale d'assurer la protection d'intérêts

d'ailleurs la raison pour laquelle, dans leur grande majorité, les auteurs excluent la propriété du groupe des droits de la personnalité⁸¹¹ tandis que d'autres délimitent la catégorie des droits de la personnalité, négativement et par opposition au droit de propriété⁸¹². Mais, si la propriété est redéfinie comme un droit extrapatrimonial, l'un des obstacles au rapprochement des droits de la personnalité et de la propriété est levé et la catégorie des droits subjectifs peut être uniformisée. Il devient même tentant de qualifier la propriété de droit de la personnalité.

L'opposition du droit de propriété et des droits de la personnalité repose sur l'idée que l'avoir s'oppose à l'être. Elle tient à leurs objets respectifs, non à leur structure ni à leur nature. Le premier s'applique aux biens ; les seconds sont relatifs à des éléments intimement liés à la personne ou à la personnalité du sujet : ses qualités intellectuelles, spirituelles ou imaginatives, son corps, son individualité, sa dignité etc.⁸¹³. On éprouve donc à juste titre quelque difficulté à faire entrer ces éléments dans la catégorie des *choses*, serait-elle vague et vaste, que l'article 544 du Code civil donne pour objet à la propriété⁸¹⁴, mais pour le reste, le droit de propriété et les droits de la personnalité sont proches.

L'exclusivité, ô combien présente dans la propriété, se retrouve dans les droits de la personnalité (1°) et cette sphère d'exclusivité réserve au titulaire d'un droit de la personnalité une liberté d'action proche de celle du propriétaire (2°).

1°. - L'exclusivité constitutive des droits de la personnalité

276. - Pour les uns, le devoir d'abstention imposé aux tiers serait indéterminé en matière de droits dits de la personnalité puisque, contrairement aux droits réels, ces droits auraient un caractère diffus qui ne permet pas au tiers de savoir avec précision de quoi ils doivent s'abstenir⁸¹⁵. Pour d'autres, au contraire, il faut rapprocher les

moraux (P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 36 et 37, p. 492-493).

⁸¹¹. E.-H. PERREAU, Des droits de la personnalité, *Rev. trim. civ.* 1909, p. 503. -- J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 169 et s. -- D'ailleurs, le droit de la propriété n'est pas étudié avec les droits de la personnalité que l'on se refuse à assimiler au droit subjectif et patrimonial que constituerait la propriété.

⁸¹². Ainsi E.-H. PERREAU (*Loc. cit.*, p. 503) part de l'affirmation que les droits patrimoniaux sont ceux qui règlent l'usage des biens et il englobe tous les autres sous la rubrique des droits de la personnalité.

⁸¹³. V. POLLAUD-DULIAN, Droit moral et droits de la personnalité, *loc. cit.*, n° 13.

⁸¹⁴. Ce serait confondre le sujet et l'objet du droit. L'idée qu'on puisse avoir un droit sur soi-même est inintelligible et va à l'encontre du développement de la civilisation, écrit P. ROUBIER en pensant à l'abolition de l'esclavage (*Op. cit.*, n° 44, p. 370).

⁸¹⁵. F. RIGAUX, *Op. cit.*, n° 656, p. 730-731 ; v. aussi n° 668, p. 742. La jouissance solitaire des attributs du corps ou de l'esprit est totalement étrangère au domaine du droit et les biens de la personnalité ne se transforment en biens juridiques que par l'établissement d'une relation intersubjective apte à être qualifiée de rapport juridique ou ils n'entrent dans l'espace des rapports juridiques que par l'effet d'une agression ultérieure (*Ibid.*, n° 663, p. 738-739 ; n° 656, p. 730). -- Rappr. : KAYSER refuse la qualification de droits de la personnalité aux droits à la vie, à l'intégrité physique, à l'honneur, au travail, à la santé, au repos, parce qu'aucun de ces droits ne correspond à la définition du droit subjectif, parce

droits de la personnalité des droits réels en raison de leur opposabilité *erga omnes*⁸¹⁶.

En vérité, les droits de la personnalité sont des droits absolus comme le droit de propriété. Simplement, la sphère de liberté dans laquelle peut s'exercer le pouvoir du sujet, au lieu d'être délimitée par un bien extérieur au sujet, est bornée par un aspect du sujet. C'est un aspect de la personne qui délimite cette sphère de liberté⁸¹⁷. Sur cet élément protégé par un droit de la personnalité, les tiers n'ont pas d'emprise.

D'ailleurs, le caractère des droits de la personnalité n'est pas aussi diffus qu'il y paraît. La publicité des droits de la personnalité semble même systématique : dès lors qu'un individu a connaissance de ses propres droits de la personnalité, il connaît les droits de la personnalité d'autrui. Tous les sujets soumis à la même législation sont dotés des mêmes droits de la personnalité (sauf pour ce qui touche au droit moral de l'auteur).

277. - L'idée selon laquelle le droit de la personnalité porte, comme le droit de propriété, sur un élément qui ne se confond pas avec la personne peut aider à distinguer les prérogatives qui sont des droits de la personnalité de celles qui n'en sont pas.

277-1. - La doctrine est divisée quant à l'identification des droits de la personnalité, voire même quant au principe de leur existence.

Ainsi, F. RIGAUX nie l'existence des droits dits de la personnalité. Il distingue la liberté de la vie privée, les droits intellectuels constitutifs de droits subjectifs puisqu'ils confèrent à leur titulaire des prérogatives précises accompagnées d'un droit d'exclusivité, et les biens de la personnalité qui forment des intérêts protégés par la loi (l'intégrité corporelle et le droit de s'autodéterminer et notamment de maîtriser son image)⁸¹⁸. P. ROUBIER admet pour seuls droits de la personnalité le droit au nom et le droit moral sur les œuvres littéraires et artistiques pour la raison que, dans ces deux hypothèses, il existe un élément concret et extérieur qui peut servir de siège au droit, le nom de famille et l'œuvre de l'esprit⁸¹⁹. P. KAYSER qualifie de droits de la personnalité, le droit au nom, le droit de la personne sur son corps, le droit au respect de la vie privée, le droit de réponse et le droit moral de l'auteur et de l'inventeur⁸²⁰ ; tandis que les droits à la vie, à l'intégrité physique, à

qu'aucun ne confère à son titulaire un pouvoir déterminé (Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 10, p. 455 ; n° 11, p. 457).

⁸¹⁶ E.-H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 515. L'auteur, qui voit dans l'état des personnes un droit de la personnalité, souligne que cet état est l'objet d'un droit opposable aux tiers et sanctionné par des actions analogues aux actions réelles (*Ibid.*, p. 508 ; p. 515).

⁸¹⁷ Rapp. M. POLLAUD-DULIAN, selon qui il y a dans chaque personnalité une sphère purement personnelle qui implique l'irréductibilité de chaque individu à tout autre et qui mérite protection (Droit moral et droits de la personnalité, *loc. cit.*, n° 13).

⁸¹⁸ F. RIGAUX, *Op. cit.*, n° 687, p. 767-770. Mais il admet que le droit intellectuel ne fait pas obstacle au phénomène d'objectivation et qu'il est absolu (*Ibid.*, n° 656, p. 730).

⁸¹⁹ P. ROUBIER, *loc. cit.*, n° 44, p. 375.

⁸²⁰ Le droit au nom et le droit de la personne sur son corps seraient comparables aux droits réels. La ressemblance découlerait de leurs prérogatives respectives et communes (P. KAYSER, Les droits de la

l'honneur, au travail, à la santé, au repos, constitueraient des intérêts de la personne⁸²¹. De manière plus large encore, DABIN considère que les droits de la personnalité concernent les éléments constitutifs de la personnalité du sujet prise sous ses multiples aspects, physique ou moral, individuel ou social⁸²².

277-2. - Or, si l'on prend l'exemple du droit au nom dont on conteste peu qu'il soit un droit de la personnalité, on s'aperçoit qu'il met en relief la parenté des droits de la personnalité et du droit de propriété parce qu'il est exclusif comme la propriété et qu'il porte sur un élément qui semble détachable du sujet. Il est opposable aux tiers et fait l'objet d'une revendication, comme la propriété.

S'il est fréquent de voir des noms portés par un grand nombre de personnes, l'exclusivité juridique du nom n'est pas en cause. L'exclusivité du nom, comme toute exclusivité, ne se divise pas mais elle peut se multiplier, y compris hors des membres d'une même famille⁸²³. Et si le nom fait l'objet d'une protection juridique similaire à celle qui s'attache à la propriété des choses, c'est parce que le droit au nom est absolu comme le droit de propriété. Ainsi, les actions en usurpation et en contestation de nom permettent d'exiger d'autrui sa reconnaissance comme individualité distincte des autres individualités⁸²⁴. De même que l'action en revendication permet au propriétaire d'exiger la restitution de son bien pour en retrouver la maîtrise⁸²⁵. La ressemblance est telle qu'elle a même valu au droit au nom d'être parfois qualifié de propriété⁸²⁶. Mais l'assimilation est excessive. Car le nom patronymique n'est pas un véritable objet de propriété. Il n'est pas un bien et il

personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 15 et s., p. 458 et s.). Le droit au respect de la vie privée et le droit de réponse seraient comparables à un droit de créance, le premier parce que la personne se trouve dans une situation analogue à celle du créancier d'une obligation de ne pas faire, le second parce qu'elle se trouve dans une situation analogue à celle du créancier d'une obligation de faire (*Ibid.*, n° 21 et s., p. 466 et s.). Cependant, lorsque M. KAYSER décrit l'obligation de ne pas faire constitutive du droit au respect de la vie privée, il semble dépendre l'abstention constitutive de l'obligation passive universelle. Le droit moral sur une œuvre de l'esprit se rapprocherait tantôt des droits réels, tantôt des droits de créance (*Ibid.*, n° 27 et s., p. 475 et s.).

⁸²¹. Leur protection serait assurée par la mise en jeu de la responsabilité civile de la personne qui y porte atteinte. C'est seulement à partir de cette atteinte que la victime serait investie d'un droit subjectif (P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 10 et s., p. 455 et s.).

⁸²². J. DABIN place ainsi dans la catégorie des droits de la personnalité ce qui touche à l'être du sujet (son corps, ses membres, ses convictions, ses affections, sa pudeur, son sens esthétique, son intimité, son honneur...) (*Op. cit.*, p. 170) ; à l'agir du sujet : les libertés externes (libertés d'aller et venir, liberté d'expression, liberté du choix de mode de vie, liberté d'acquérir des biens et d'en tirer parti... : la liberté d'accomplir des actes quelconques, de quelque nature et en quelque domaine que ce soit, sous réserve des prohibitions, limitations ou conditions posées par la règle de droit), les pures facultés (liberté de passer ou non un contrat, de reconnaître ou non un enfant...), les droits d'option (le droit d'accepter ou de répudier succession...) (*Ibid.*, p. 170-171) ; à la nationalité, à la famille, à la classe et à la profession (*Ibid.*, p. 172).

E.-H. PERREAU y place le droit à la vie, à la santé, à la liberté physique, à la liberté religieuse, le droit syndical, l'état et la capacité, les droits de l'individu comme membre d'une famille (droit de choisir la sépulture, droit à la correspondance familiale...), le droit à l'éligibilité etc. (*Loc. cit.*, p. 502 et s.).

⁸²³. D'ailleurs, l'action en usurpation de nom peut être exercée par une personne qui a le droit de porter le nom qu'elle conteste au défendeur et par une personne qui, sans avoir le droit de porter ce nom, appartient à une famille dont le nom usurpé par le défendeur est le patronyme.

⁸²⁴. E.-H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 504.

⁸²⁵. P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 15, p. 459.

⁸²⁶. V. par ex. Civ., 25 oct. 1911, S. 1912, I, 95. -- P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, L.G.D.J. 1969, spéc. p. 208 et s.

n'est pas aussi extérieur à la personne que peut l'être un bien : il sert à la reconnaissance d'une individualité et à sa distinction des autres individualités ⁸²⁷. C'est la raison pour laquelle, une personne doit avoir un droit au nom et un nom. Alors que toute personne a un droit de propriété mais pas nécessairement de biens.

Les mêmes constatations peuvent être faites à l'endroit d'autres droits de la personnalité.

Le droit à l'image, le droit sur son propre corps et le droit moral de l'auteur semblent bien être constitutifs de droits subjectifs, à l'instar du droit au nom, pour la raison que l'exclusivité qui les compose porte sur un élément intimement lié à la personne mais qui ne se confond pas avec elle. En effet, l'image, le corps et l'œuvre de l'esprit ont, comme le nom, une existence concrète ; ils sont perceptibles sinon tangibles ⁸²⁸.

277-3. - En revanche, la vie privée, l'honneur, la dignité, l'intégrité physique, les secrets (correspondances) n'ont pas d'objet concret dissociable de la personne humaine ⁸²⁹. Ces éléments ressortissent plus de la liberté (la vie privée) ou des intérêts protégés par le droit objectif (l'honneur, la dignité, l'intégrité physique). Une interprétation restrictive des droits de la personnalité est plus conforme à la définition du droit subjectif ou extrapatrimonial.

Ainsi, les droits de la personnalité et le droit de propriété font l'objet d'une exclusivité similaire. Ils attribuent tous au sujet de droit une sphère de liberté dans laquelle il peut exercer son pouvoir de jouissance et de disposition, à l'exclusion des tiers. Ce pouvoir conféré par le droit subjectif est une autre marque de la parenté existante entre le droit de propriété et les droits extrapatrimoniaux de la personnalité.

⁸²⁷ E.-H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 504.

Cf. selon M. KAYSER, le nom n'est pas l'objet d'un droit de propriété parce qu'il ne porte pas sur un objet matériel, n'est pas exclusif, et ne peut être cédé parce qu'il ne fait pas partie du patrimoine (Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 12 et s., p. 457 et s.). -- Dans le même sens, P. ROUBIER rejette la propriété du nom au motif qu'il s'agit d'une valeur incorporelle et que, à la différence d'une créance ou d'un brevet, il est inaliénable et imprescriptible (*Op. cit.*, n° 44, p. 367). On peut faire observer que le caractère intangible est une chose, son rattachement à la personne humaine ou à la personnalité juridique en est une autre. En l'occurrence, c'est ce second caractère qui empêche de voir dans le nom un objet de propriété (toutefois sur le nom commercial : v. *infra* n° 281).

⁸²⁸ DABIN va même jusqu'à exclure les signes représentatifs de personnes (le nom civil notamment) de la catégorie des droits de la personnalité pour les placer dans la catégorie des droits intellectuels, parce que, malgré leur lien avec la personnalité, le nom ou l'œuvre se posent dans l'existence comme des choses données, distincte de l'individu. Et il les distingue des droits réels en raison de la nature incorporelle de leur objet (*Op. cit.*, p. 190-191). -- V. égal. Mme M. FABRE-MAGNAN selon qui les droits de la personnalité ont une double nature ; les éléments de la personnalité (image, vie privée, voix, nom...) ne sont pas patrimoniaux ; ces éléments de la personnalité peuvent produire certains fruits, qui sont détachés de la personne, font partie du patrimoine et sont objets de propriété (*Loc. cit.*, n° 33, p. 609).

⁸²⁹ En ce sens : P. ROUBIER (*Op. cit.*, n° 44, p. 375) sous cette réserve qu'il exclut aussi de la catégorie des droits subjectifs le droit à l'image.

2°. - Le pouvoir conféré par les droits de la personnalité

278. - La jouissance et la disposition des éléments de la personnalité sont moins tangibles que la jouissance et la disposition des biens parce que les objets des droits de la personnalité sont des éléments de la personne ou de la personnalité. Or, le sujet n'étant pas un bien, on ne peut en disposer pour en faire commerce. Pourtant, les droits de la personnalité, comme le droit de propriété, renferment un droit de jouissance (a) et un droit de disposition juridique (b). Ils ont une structure commune.

a) Droit de jouissance et droits de la personnalité

279. - Le caractère diffus de la jouissance que renferment les droits de la personnalité ne tient pas à leur nature mais à leur objet. Si les objets des divers droits de la personnalité sont des aspects de la personne humaine ou de la personnalité juridique, ils ne se confondent pas complètement avec le sujet de droit puisque, précisément, ils n'en traduisent qu'un aspect. C'est pourquoi les droits de la personnalité renferment bien un droit de jouissance. Ce droit de jouissance ou droit d'usage existe par lui-même, en même temps que le sujet et que les droits eux-mêmes, du moins tant qu'ils n'ont pas été lésés⁸³⁰. Ainsi, le droit au nom est d'un usage quotidien. Le sujet l'exerce sans nécessairement accomplir un fait positif.

Quant au pouvoir de disposer conféré par les droits de la personnalité, même s'il s'avère plus réduit que celui dont profite un propriétaire, il existe bien.

b) Droit de disposition et droits de la personnalité

280. - Les droits de la personnalité confèrent au sujet le droit de disposer des éléments de la personne humaine ou de la personnalité juridique. Mais ce droit est doublement limité par rapport à celui dont profite un propriétaire. Et cette double limite tient à l'objet protégé qui n'est plus un bien ou une chose dans le commerce mais un élément de la personne.

281. - Le droit de disposer attaché aux droits de la personnalité se manifeste dans la stricte mesure où l'élément auquel ils se rapportent est détachable matériellement et juridiquement de la personne humaine ou de la personnalité juridique⁸³¹.

La plupart des éléments que F. RIGAUX dénomme « biens de la personnalité » sont effectivement dans le commerce - seuls ceux qui sont le plus intimement liés au

⁸³⁰. JHERING distingue ces droits (parmi lesquels il place la liberté, l'honneur, les servitudes négatives) de ceux dont la jouissance réclame l'action de leur bénéficiaire (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, trad. fr. par O. de Meulenaere, Paris, 3^e éd., 1878, par. 70, p. 332).

⁸³¹. En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 12, p. 591-593.

corps physique du sujet demeurent mieux protégés que les autres ⁸³² - avec les restrictions qui n'excèdent pas celles que le droit commun assigne à la liberté contractuelle en d'autres matières ⁸³³. Mais en fait, il faut distinguer la disposition qui consiste à détacher l'élément de la personne ou de la personnalité, et la disposition de ce même élément une fois qu'il est détaché de la personne ou de la personnalité.

Par exemple, il est possible de disposer de son nom en l'utilisant dans le cadre d'une activité commerciale ou publicitaire ⁸³⁴.

Dans un premier temps, le sujet assigne une nouvelle fonction à son nom patronymique. Il en use de manière telle qu'il finit par se détacher de sa personne. Ce dédoublement du nom de la personne est un premier acte juridique ou de disposition indépendant du point de savoir si, après son détachement de la personne, le nom tombe dans le commerce, devient cessible, susceptible de concession à titre de signe distinctif et objet de propriété, isolément ou en tant qu'accessoire d'un fonds de commerce ou autre. Cet usage, *lato sensu*, du nom est la manifestation du droit de disposer conféré par le droit de la personnalité.

Et, puisque cette disposition pousse l'élément personnel dans le domaine de la propriété, dans un second temps, le nom patronymique entre dans le domaine de la propriété. Ce n'est qu'une fois détaché de la personnalité juridique ou de la personne humaine, qu'il devient commercial et patrimonial si son exploitant parvient à lui conférer de la valeur. De manière générale, le contrat par lequel une personne autorise l'exploitation publicitaire de son nom ou de son image, de ses souvenirs etc. est valable ⁸³⁵. L'est également celui par lequel la voix humaine ou le travail humain est mis au service d'un tiers contre de l'argent ou d'autres biens en nature ⁸³⁶.

⁸³² F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 682, p. 757. -- *Contra* : E.-H. PERREAU pour qui les droits de la personnalité sont hors des atteintes de la volonté humaine (*Loc. cit.*, p. 517).

⁸³³ En ce sens : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 683, p. 758.

⁸³⁴ V. par ex. Com., 12 mars 1985, *Bull. Com.* IV, n° 95, p. 84 ; D. 1985, J., 471, note G. GHESTIN ; J.C.P. Ed. G. 1985, II, 20400, conclusions M. MONTANIER et obs. A.-G. BONET.

Sur l'usage commercial ou publicitaire du nom : v. P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 16, p. 460 ; n° 37, p. 494-495. -- F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 658, p. 733. -- M. VIVANT, Le patronyme saisi par le patrimoine, *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, LITEC, 1933, p. 517 et s.

P. ROUBIER admet la propriété du nom commercial et sa cession avec le fonds (*Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, note 2 sous le n° 44, p. 367). -- J. DABIN le place dans la catégorie autonome des droits intellectuels (qu'il distingue, en raison de la nature incorporelle de leur objet, des droits réels) et dont font également partie les droits des entreprises (nom commercial, enseigne...) et des produits (marques, appellations d'origine...) (*Op. cit.*, p. 189-190).

Comme l'honneur ou la réputation, la notoriété est trop attachée à la personne pour faire l'objet d'une appropriation (M. MALAURIE-VIGNAL, Parasitisme et notoriété d'autrui, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, n° 3888, n° 17).

⁸³⁵ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 658, p. 733 ; v. aussi n° 328 et s., p. 395 et s.

⁸³⁶ A. SERIAUX, La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *Rev. trim. civ.* 1994, n° 3, p. 807. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 12, p. 591-593.

Outre le droit au nom, le droit moral de l'auteur, constitutif d'un droit de la personnalité⁸³⁷, comporte un pouvoir de disposition. L'auteur peut accomplir des actes juridiques, ou actes de disposition, sur l'œuvre, y compris lorsqu'elle se trouve entre les mains d'autrui. Par exemple, il peut s'opposer à une modification de son œuvre qu'il n'a pas autorisée ou mettre fin à la divulgation de cette œuvre et rompre le contrat qu'il a passé avec l'exploitant de celle-ci. Par ces actes, il renforce le rattachement de l'œuvre à la personne de son auteur.

La soumission des éléments vitaux du corps humain au droit de propriété est, en revanche, plus douteuse⁸³⁸.

282. - Le droit de disposer attaché aux droits de la personnalité ne peut conférer le droit de commercialiser les éléments de la personne ou de la personnalité, mais seulement celui d'en disposer à titre gratuit.

Le corps, lorsqu'il est question de certains de ses organes, est inaliénable mais il n'est pas indisponible⁸³⁹. L'indisponibilité interdirait d'en disposer à quelque titre que ce soit. Or, parce que les organes ont une fonction particulière, il est peut être souhaitable de permettre leur disposition et le détachement du corps. L'organe peut donc être inaliénable, non susceptible de disposition à titre onéreux, mais disponible à titre gratuit. La question de l'inaliénabilité ou de la commercialisation des organes est éthique. Pour cette raison, il appartient au législateur de la trancher. S'il autorise leur aliénation, il fait des organes des biens, des actifs patrimoniaux. S'il l'interdit, les organes humains sont inaliénables mais disponibles⁸⁴⁰.

Enfin, les éléments de la personne semblent parfois relever de l'ordre de l'avoir : les préjudices corporels ou moraux subis par la personne peuvent faire l'objet d'une indemnisation. Leur commercialisation n'est pas pour autant justifiée. Les dommages et intérêts ont moins pour but de remplacer l'élément corporel, moral etc. perdu que d'octroyer à la victime les moyens de vivre sans cet élément⁸⁴¹. D'ailleurs,

⁸³⁷. Le droit moral de l'auteur présente toutes les caractéristiques des droits de la personnalité de par sa nature, son objet et sa finalité. Il relève du domaine réservé à l'individu et la loi le dit attaché à la personne : v. en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, *loc. cit.*, n° 14 ; n° 17. Selon cet auteur, le droit moral serait même l'ancêtre et le modèle des autres droits de la personnalité.

⁸³⁸. M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 12, p. 591-593.

⁸³⁹. L'individu aurait le droit de sacrifier un de ses membres pour préserver sa vie. Il peut également conclure certains contrats médicaux qui ont pour objet son corps. Il peut prévoir de disposer de tout ou partie de sa dépouille mortelle, à fins thérapeutique ou scientifique (P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 18 à 20, p. 461-464).

⁸⁴⁰. Comme le souligne le Doyen CORNU, c'est par l'effet d'un jugement sur leur valeur et non d'une analyse de leur nature que l'on peut exclure à leur sujet non la disponibilité mais la seule disposition à titre onéreux (La personne humaine, sujet de droit, *Quatrièmes Journées René Savatier, La personne humaine, sujet de droit*, P.U.F. 1994, Rapport de synthèse p. 229). -- V. sur le principe de l'indisponibilité du corps humain : M. GOBERT, Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et l'état des personnes, (A propos de la maternité de substitution), *Rev. trim. civ.* 1992, p. 489.

⁸⁴¹. A. SERIAUX, *loc. cit.*, n° 3, p. 807.

dans cette hypothèse, ce n'est qu'à partir de l'atteinte à sa personne ou à sa personnalité que la victime serait investie d'un droit à réparation ⁸⁴².

283. - L'examen comparatif de droits de la personnalité et du droit de propriété révèle que l'impression selon laquelle tous les droits civils ont une composante patrimoniale ⁸⁴³ résulte du fait que les éléments de la personne peuvent faire l'objet de droits dualistes ⁸⁴⁴. Ou bien les éléments de la personne font l'objet successivement d'un droit de la personnalité et d'un droit de propriété ⁸⁴⁵ ou bien ils font l'objet simultanément d'un droit moral (de l'auteur) et d'un droit de propriété. Dans le premier cas, l'élément de la personne, par exemple le nom ou l'image, investit le domaine du droit de propriété lorsqu'il se détache de la personne et acquiert une valeur pécuniaire. Dans le second cas, c'est-à-dire en matière de droits intellectuels, le droit de propriété ne fait pas suite au droit de la personnalité mais coexiste avec lui puisque, contrairement au nom, à l'image, l'œuvre n'est *jamais* complètement détachable de l'auteur, elle est le fruit de son esprit ⁸⁴⁶.

De surcroît, il résulte de cet examen comparatif qu'il existe un droit de la personnalité unique en ce sens où tous les droits de la personnalité ont une structure et une nature communes. Certes, contre l'existence d'un droit de la personnalité unique, on a fait valoir que l'ampleur et la diversité des biens de la personnalité rendent problématique l'utilité du concept générique de « droit de la personnalité » et contraignent de renvoyer à une analyse particulière la définition précise des attributs de chacun des droits qui y ont été rattachés ⁸⁴⁷. Mais il faut distinguer le droit de la personnalité et son objet.

Ainsi, le rapport du droit de propriété au sujet de droit postule l'appartenance du droit de propriété à la catégorie des droits extrapatrimoniaux. La comparaison des attributs du droit de propriété et des attributs des droits de la personnalité confirme cette appartenance. D'où il découle que le droit de propriété est soumis au régime des droits extrapatrimoniaux.

⁸⁴². V. En ce sens, à propos de ce qu'il considère comme les intérêts de la personne (droits à la vie, à l'intégrité physique, à l'honneur, au travail, à la santé, au repos) : P. KAYSER, *Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques*, *loc. cit.*, n° 10 et s., p. 455 et s.). -- Rapp. : H. MOTULSKY (*Le droit subjectif et l'action en justice*, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1964, t. 9, p. 221-222).

⁸⁴³. F. RIGAUX (*La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 685, p. 762). Le même auteur relève que, à l'inverse, l'élément moral semble se greffer sur la quasi-totalité des droits qualifiés de patrimoniaux. Même en matière de chose ou droit réel, cet élément moral se manifesterait (par exemple, le préjudice d'affection relatif à la garde de l'animal domestique) (*Ibid.*, n° 659, p. 734 ; v. aussi n° 541 et s., p. 607 et s. sur la transformation de valeurs morales en biens juridiques).

⁸⁴⁴. Sauf le droit sur le corps.

⁸⁴⁵. M. F. POLLAUD-DULIAN évoque la coexistence d'un droit de la personnalité et d'un droit patrimonial, à propos du nom, de l'image et de l'œuvre de l'esprit (*Loc. cit.*, n° 16).

⁸⁴⁶. V. *supra* : n° 227.

⁸⁴⁷. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 646, p. 723 ; v. égal. n° 671 et s., p. 745 et s. -- Le même auteur fait toutefois référence à un droit de la personnalité, maîtrise préjuridique exercée par l'individu sur son corps et sur sa faculté de production spirituelle. Ce droit serait hors du commerce ni plus ni moins que les autres libertés publiques et le patrimoine entendu au sens d'AUBRY et RAU (*Op. cit.*, n° 658, p. 732).

§ 2. - *Les caractères du droit de propriété*

284. – « Le droit n'est rien d'extérieur à la personne qui l'a, rien qui ne soit cette personne même [...] Le pouvoir d'agir de la personne ne peut pas, à proprement parler, lui survivre, ni se séparer d'elle et passer dans une autre personne » ⁸⁴⁸.

Mis à part le fait que l'auteur de la formule semble considérer le droit comme un pouvoir physique ou intellectuel du sujet ⁸⁴⁹, la remarque traduit bien l'idée que le droit de propriété est la projection du sujet sur les biens. En effet, parce qu'il est attaché au sujet, le droit subjectif s'éteint au décès du sujet. Inhérent au sujet, il ne peut pas en être détaché, ni lui survivre, ni s'acquérir ou se perdre par l'écoulement du temps. De même que, s'il porte sur un bien, il dure tant que le bien dure, et disparaît lorsque le bien disparaît dans l'absolu ou dans un autre patrimoine ⁸⁵⁰. Le droit de propriété est, ainsi, soumis au régime des droits extrapatrimoniaux. Les actes juridiques de cession, de transmission ou de prescription atteignent les biens mais pas le droit de propriété qui porte sur eux. Comme tous les droits extrapatrimoniaux ⁸⁵¹, le droit de propriété est donc incessible entre vifs (A), intransmissible pour cause de mort (B) et imprescriptible (C). Telle est sa place dans l'espace et dans le temps.

A. - *L'incessibilité du droit de propriété*

285. - On conçoit aisément qu'un droit de la personnalité soit incessible dans la mesure où il se rapporte à la personne ⁸⁵². Par exemple, si le contrat par lequel une personne autorise l'exploitation publicitaire de son nom etc. est valable, l'acte par lequel une personne renoncerait définitivement et sans limitation à sa pudeur, à la maîtrise de son image physique ou existentielle etc. serait illicite ⁸⁵³. De même, un individu ne peut pas abandonner son nom sans le remplacer.

⁸⁴⁸. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, La définition et la notion juridique de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1905, n° 16, p. 452.

⁸⁴⁹. DE VAREILLES-SOMMIÈRES écrit, en effet, que « la personne ne peut pas plus transférer son pouvoir d'agir qu'elle ne peut transférer son pouvoir de penser, de voir ou d'entendre » (*Ibid.*, n° 28, p. 459). -- V. égal. : *supra* n° 187 et s.

⁸⁵⁰. V. S. GUINCHARD rappelle que les droits extrapatrimoniaux parce qu'ils sont attachés à la personne, parce qu'ils lui sont affectés, sont intransmissibles, imprescriptibles et incessibles (Thèse préc., n° 262, p. 223) même si cette indisponibilité n'est pas absolue (cession du droit au nom, actes matériels ou juridiques sur son corps ou sa dépouille mortelle) rajoute l'auteur (mais sur ce sur dernier point, il faut distinguer le droit incessible et l'objet du droit qui peut le devenir par transformation). -- V. égal. M. CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité de la propriété - Etude de sociologie juridique et de droit positif*, Paris, Sirey, 1933, p. 91.

⁸⁵¹. Sur l'incessibilité, l'intransmissibilité et l'insaisissabilité des droits de la personnalité, v. par ex. : A. COLIN et H. CAPITANT, *Introduction générale*, par L. Julliot de la Morandière, préc., n° 586, p. 347.

⁸⁵². ... et à la protection d'intérêts moraux (P. KAYSER, *Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques*, loc. cit., n° 37, p. 493).

⁸⁵³. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 658, p. 733.

En revanche, l'incessibilité du droit de propriété semble plus difficile à admettre⁸⁵⁴. Car il est traditionnel d'attribuer à la propriété la nature d'un droit patrimonial. Pourtant, sa nature extrapatrimoniale impose cette incessibilité.

286. - Le transfert de propriété a pour objet le bien auquel se rapporte le droit de propriété (ou la propriété au sens objectif du terme) mais non le droit de propriété qui porte sur le bien⁸⁵⁵. Les *droits de propriété* des parties à l'opération de transfert du bien, se constituent et se déconstituent simultanément sur leurs têtes. Les parties à la mutation n'échangent pas un droit de propriété, elles se constituent et se déconstituent mutuellement⁸⁵⁶ et simultanément propriétaires. Lorsque le bien passe sous la propriété de l'acquéreur, le droit de propriété du cédant se déconstitue ; faute d'objet il sommeille, il tombe en léthargie. Dans le même temps, la propriété de l'acquéreur se constitue et se projette sur la chose acquise par lui⁸⁵⁷. Et ce changement de maîtrise du bien est officialisé par la tradition des choses mobilières ou par la transcription sur un registre en matière immobilière⁸⁵⁸.

La vision purement objective de la propriété avait permis à DUGUIT d'analyser dans le transfert de propriété un simple transfert de biens. Rejetant l'idée de *droit* de propriété, il voyait dans la propriété, une chose, une utilité, une richesse et une situation de fait - l'affectation de l'utilité totale d'une chose à un but déterminé - dans laquelle le droit n'intervient que pour faire cesser l'atteinte portée à l'affectation de la chose à un certain but⁸⁵⁹. Ce qui le conduisait à définir le transfert de propriété non pas comme le transfert d'un droit qui, pour lui, n'existe pas, mais comme l'acte

⁸⁵⁴. JHERING soutient l'incorporation du droit dans la chose et considère que « dans le transfert de la propriété, le droit et la chose se confondent. La chose aliénée se déplace en apparence, et à ne s'attacher qu'à ce fait extérieur, il est facile de perdre de vue ce fait interne : la transmission du droit », « le commerce d'échanges, examiné du point de vue juridique, n'est pas une circulation de choses, [...] la transmission d'une chose signifie le transfert du droit sur cette chose » (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, préc., par. 48, p. 123-124). -- Dans le même sens : F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, préc., n° 662, p. 737.

⁸⁵⁵. En ce sens : v. F. ZENATI, thèse préc. (n° 270, p. 360 ; n° 302, p. 400) et obs. sur Civ. 3è, 28 mars 1990 (*Rev. trim. civ.* 1991, 565). -- L'auteur renvoie à l'article 1138 du Code civil qui intellectualise le transfert de propriété et à l'article 1604 du même code qui, en énonçant que « le transfert de la chose vendue *en la puissance* et possession de l'acheteur », renvoie à la conception romaine de la propriété comme pouvoir attaché à la personne (Thèse préc., n° 270, p. 360).

Contra : JHERING considère que, juridiquement, la transmission d'une chose signifie le transfert du droit sur cette chose. Simplement, « dans le transfert de la propriété, le droit et la chose se confondent. La chose aliénée se déplace en apparence, et à ne s'attacher qu'à ce fait extérieur, il est facile de perdre de vue ce fait interne : la transmission du droit » (*Ibid.*, par. 48, p. 123-124).

⁸⁵⁶. « Quand il aliène sa chose, écrit M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, le propriétaire ne transmet pas son pouvoir d'agir sur elle : il y renonce au regard et au profit de l'acquéreur et ménage à celui-ci la possibilité d'acquiescer sur la chose, par une sorte d'occupation, un droit tout semblable au droit abdiqué par le vendeur » (*Loc. cit.*, n° 28, p. 459). -- F. ZENATI, thèse préc., n° 533 et 535, p. 729 et 730 et « Sur la constitution de la propriété », *D.* 1985, Chr., p. 172.

⁸⁵⁷. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ibid.*, n° 16 et s., p. 452 et s. ; n° 28, p. 459 ; *adde* n° 87, p. 490-491. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 520, p. 712.

⁸⁵⁸. L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, 3è éd., Paris, 1927, par. 41, p. 449.

⁸⁵⁹. L. DUGUIT, *op. cit.*, par. 41, p. 445-448.

déterminé par la loi et qui conditionne le changement d'affectation de l'utilité totale d'une chose et la protection de la nouvelle affectation ⁸⁶⁰.

En ce qu'elle prêche pour le transfert du bien et non du droit, la conception de DUGUIT nous semble exacte.

287. - Ce changement de patrimoine du *bien* s'opère, le plus généralement, par le jeu de la faculté d'acquérir de celui qui convoite le bien et par l'exercice du droit de disposer du propriétaire. L'acquéreur acquiert le bien qui, passant dans son patrimoine, se trouve soumis à son droit de propriété. Ainsi, le sujet acquéreur se projette sur le bien. Tandis que le vendeur se défait du bien en ne projetant plus son droit de propriété sur lui. Le bien se déplace alors dans le patrimoine et sous la puissance de l'acquéreur, du donataire etc. L'acquisition d'un bien peut aussi être l'œuvre du droit objectif indépendamment d'une rencontre de volonté de l'actuel propriétaire et du futur propriétaire. L'éveil du droit de propriété du nouveau propriétaire peut se produire par le jeu de la possession lorsqu'elle remplit les conditions requises par les normes objectives. Lorsque le possesseur détient la chose depuis un certain laps de temps, voire même instantanément dans le cas d'un bien meuble, et ce de bonne foi, la loi le répute propriétaire du bien. De même, le droit de l'ancien propriétaire peut réapparaître et se projeter de nouveau sur le bien en raison de la modification de la configuration et du statut du bien lui-même ⁸⁶¹.

Incessible, le droit de propriété est également intransmissible.

B. - L'intransmissibilité du droit de propriété

288. - Fusion entre l'être et l'avoir, le patrimoine correspond au droit extrapatrimonial de propriété. Mais force est de reconnaître, que la notion de patrimoine, telle qu'elle est utilisée en droit français, a aussi une seconde acception. Si le terme « patrimoine » sert à nommer un contenant ; il sert également à désigner un contenu, c'est-à-dire l'ensemble des biens dont le sujet est réellement propriétaire (l'actif) et des dettes dont ce même sujet est effectivement redevable (le passif) ⁸⁶². En ce sens, il se détache du droit de propriété et désigne l'ensemble que forment les objets auquel s'applique le droit de propriété d'un sujet. Ce sont les composants de ce

⁸⁶⁰. L. DUGUIT, *op. cit.*, par. 41, p. 449. -- Rapp. F. ZENATI (thèse préc., n° 531, p. 726 ; v. aussi n° 533 et 535, p. 729 et 730) qui, par transfert d'une propriété, entend le transfert du bien lui-même envisagé sous son rapport privatif.

⁸⁶¹. J.-F. BARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Toulouse, 1977, S.R.T., p. 76 et s.

⁸⁶². En ce sens, par ex. : A. SERIAUX, *loc. cit.*, n° 1, p. 801.

Cette autre acception du patrimoine a servi d'argument aux opposants de la théorie de l'unicité du patrimoine. V. dans le sens de cette seule acception du patrimoine : N. MÉVORACH, *loc. cit.*, p. 817 ; p. 825.

Les deux acceptions du patrimoine sont en pratique intimement liées. F. COHET-CORDEY le rappelle, la personne ne peut se concevoir en société sans un patrimoine, c'est-à-dire sans un ensemble de biens qui lui soit attaché et qui répond de ses actes (*Loc. cit.*, n° 16, p. 826).

patrimoine-là qui peuvent faire l'objet d'opérations juridiques⁸⁶³ et d'actes de disposition. En somme, comme la propriété, le patrimoine a une acception subjective et une acception objective.

289. - Au décès du propriétaire, seule la propriété objective ou le patrimoine-contenu (l'ensemble de ses biens éventuellement grevés de dettes) est transmissible aux héritiers du défunt et se place sous leur droit propriété⁸⁶⁴. L'héritier acquiert après le décès de son auteur un droit direct sur le patrimoine de la personne défunte envisagé dans son contenu⁸⁶⁵. Le droit de propriété subjectif s'éteint avec le sujet et un droit semblable naît chez l'héritier⁸⁶⁶. Ainsi, sous l'angle du sujet, le droit de propriété est viager. Il n'est perpétuel que sous l'angle de l'objet auquel il se rapporte : il dure tant que l'objet existe et ne disparaît pas dans l'absolu ou dans un autre patrimoine⁸⁶⁷.

290. - Le droit moral semble faire exception à ce caractère puisqu'il est transmissible aux héritiers (Art. L. 121-1 de la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992). Mais ce régime particulier tient au fait que l'objet du droit moral s'attache à l'œuvre qui est l'expression d'une personne⁸⁶⁸. De sorte que l'expression de cette personne, même décédée, continue de survivre à travers l'œuvre. De la même manière, certaines atteintes portées au nom, à la mémoire, à l'honneur, à l'image, à la sépulture d'un mort peuvent être sanctionnées⁸⁶⁹. Bien que certains considèrent que les héritiers exercent alors des droits nouveaux nées à l'occasion des atteintes portées à la personnalité de leur auteur et dans l'intérêt de celui-ci⁸⁷⁰.

Droit extrapatrimonial, la propriété est également imprescriptible. Ce que les tenants de la patrimonialité du droit de propriété ne contestent pas.

⁸⁶³. N. MÉVORACH, *loc. cit.*, p. 825.

⁸⁶⁴. F. COHET-CORDEY, *loc. cit.*, n° 46, p. 837-838.

⁸⁶⁵. F. COHET-CORDEY, *ibid.*, n° 46, p. 838.

⁸⁶⁶. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 16, p. 452 ; n° 28, p. 459. -- Et il en va de même des droits de la personnalité (E.-H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 526).

⁸⁶⁷. V. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ibid.*, n° 24 et n° 25, p. 457. -- Rappr. M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACIARI, *loc. cit.*, p. 237.

⁸⁶⁸. F. POLLAUD-DULIAN, *loc. cit.*, n° 17.

⁸⁶⁹. F. POLLAUD-DULIAN, *loc. cit.*, n° 17. -- J. FRANÇOIS, Contribution à l'étude de la personnalité, *Rev. Prat. Dt. Fr.* 1932, p. 109. -- J. CARBONNIER, Sur les traces du non-sujet de droit, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1989, t. 34, p. 202. -- P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 39, p. 497-498 (cet auteur s'oppose à la transmission du nom et de l'image mais en ce qu'il seraient perçus comme des éléments détachés ou détachables de la personne du défunt).

⁸⁷⁰. En ce sens : E.-H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 527. -- POLLAUD-DULIAN, *loc. cit.*, n° 17. -- Rappr. : P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 39, p. 499.

C. - L'imprescriptibilité du droit de propriété

291. - Conformément à l'article 2226 du Code civil qui prévoit qu'« on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce », le droit de propriété, extrapatrimonial et incessible, n'est pas susceptible de prescription acquisitive ou extinctive, comme les droits de la personnalité⁸⁷¹. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 lui-même affirme le caractère imprescriptible de la propriété (et de la liberté)⁸⁷².

Le droit de propriété ne peut pas être acquis par l'usage puisqu'il apparaît avec la personne et que chaque sujet en est doté. Et il ne se perd pas par le non usage⁸⁷³ puisqu'il est indétachable de la personne⁸⁷⁴. De surcroît, le droit de propriété étant absolu, ne pas l'exercer positivement, c'est encore en jouir⁸⁷⁵. Pour les mêmes raisons, l'action en revendication n'est pas susceptible de prescription extinctive, même lorsqu'il s'agit de revendiquer des biens meubles. Si la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » peut permettre à un tiers possesseur d'acquérir le bien, l'action en revendication est vouée à l'échec parce que le bien est légalement tombé dans le patrimoine d'un tiers, elle n'est pas éteinte par prescription⁸⁷⁶.

292. - L'écoulement du temps ne peut produire son effet qu'à l'endroit du sujet propriétaire, qui décède, ou de l'objet du droit de propriété, qui est prescrit par le possesseur. Ainsi, la prescription acquisitive peut atteindre le bien mais pas le droit de propriété qui s'y applique. Tout comme elle peut frapper le nom mais pas le droit au nom⁸⁷⁷. Par exemple, quand le titulaire d'un droit réel ou personnel ne l'exerce pas dans un délai déterminé, ordinairement de trente ans, ce droit s'éteint et celui contre lequel il existe peut se prévaloir de son extinction. Cette extinction peut concerner soit les droits de créance, soit des droits réels⁸⁷⁸ tels que l'usufruit (art. 617 C.Civ.) et les servitudes (art. 706 C.Civ.) qui s'éteignent en principe par le non usage trentenaire⁸⁷⁹. Mais la règle ne vaut pas pour le droit de propriété qui est perpétuel.

⁸⁷¹ E.-H. PERREAU, *loc. cit.*, p. 520. -- P. KAYSER, Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *loc. cit.*, n° 38, p. 495.

⁸⁷² F. ZENATI, Sur la constitution de la propriété, *D.* 1985, Chr., p. 172-173.

⁸⁷³ Civ. 3è, 22 juin 1983 et 19 février 1985, *J.C.P. Ed. G.* 1986, 20565, obs. J.-F. BARBIÉRI.

⁸⁷⁴ F. ZENATI, thèse préc., n° 525, p. 719 ; n° 554, p. 761 ; n° 555, p. 763 ; Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 316.

⁸⁷⁵ Dans ce sens : M. A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACIARI, *loc. cit.*, p. 242. -- Cf. F. ZENATI selon qui la propriété étant le fondement de l'usage, il n'y a pas d'usage du droit de propriété (Thèse préc., n° 555, p. 763-764).

⁸⁷⁶ V. Civ. 1ère, 2 juin 1993, *D.* 1994, J., 584, note B. FAUVARQUE-COSSON. -- V. égal. J.-F. BARBIÉRI, obs. sur Civ. 3è, 22 juin 1983 et 19 février 1985, *J.C.P. Ed. G.* 1986, 20565.

⁸⁷⁷ Sur la possession acquisitive du nom : A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, La possession du nom patronymique, *D.* 1998, Chr., p. 39 et s.

⁸⁷⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 442, p. 311.

⁸⁷⁹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 851, p. 694-695. -- Toutefois, les servitudes naturelles et légales qui suivent le régime normal de la propriété.

A cet égard, M. F. ZENATI souligne que la prescription est une institution essentiellement au service de la propriété. La loi la définit comme un moyen de devenir propriétaire ou de se libérer, c'est-à-dire à certains égards de soulager la propriété d'une charge entravant son exercice⁸⁸⁰. Si le législateur souhaite l'extinction par prescription des droits autres que la propriété, c'est que ces droits sont des entraves à la propriété : les droits réels obligent le propriétaire d'un bien déterminé et limitent l'utilité qu'il peut en tirer ; tandis que les droits personnels grèvent la propriété du patrimoine et constituent une ingérence virtuelle des créanciers dans la jouissance de celui-ci⁸⁸¹.

Conclusion de la section II

293. - La propriété est donc inhérente au sujet, et pour cette raison elle est irréductible. Comme tous les droits subjectifs et extrapatrimoniaux, elle puise ses caractères dans le sujet. Elle est extrapatrimoniale et, par conséquent, incessible, intransmissible et imprescriptible (elle ne s'acquiert pas par l'écoulement du temps). On conçoit alors que le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne puisse constituer un droit subjectif réduit. Le droit subjectif ne peut être qu'absolu et indivisible, comme le sujet de droit.

Conclusion du CHAPITRE II

294. - Lorsqu'il s'applique aux biens, le droit subjectif désigne le droit de propriété. Le droit visé à l'article 544 du Code civil est, en effet, le seul droit qui renferme le pouvoir de jouir et disposer des biens de la manière la plus absolue. Les autres droits, réels ou personnels, sont au contraire des objets d'appropriation et de maîtrise du sujet. Ce sont des biens incorporels apposés aux choses corporelles et soumis au droit de propriété du sujet. La supériorité de la propriété s'explique par sa nature : comme tout droit subjectif, le droit de propriété est extrapatrimonial. Il est une projection du sujet sur les biens. Ce qui lui vaut de figurer aux côtés des droits de la personnalité dans la catégorie des droits subjectifs et extrapatrimoniaux.

Dans ces conditions, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne peut pas être construit sur le modèle du droit subjectif. Le droit de propriété porte sur les biens du sujet propriétaire ; or le droit du disposant porte sur le bien d'autrui

⁸⁸⁰. F. ZENATI, thèse préc., n° 554, p. 761 ; n° 590, p. 812 et s.

⁸⁸¹. F. ZENATI, thèse préc., n° 554, p. 762. -- Peut-être est-ce en ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation de L. JOSSERAND selon laquelle la dématérialisation de la propriété justifierait que la propriété soit de moins en moins souvent perpétuelle (*Loc. cit.*, n° 8, p. 100-101).

comme l'a révélé l'examen de son étendue et de son exercice. En outre, la synonymie du droit subjectif sur les biens et du droit de propriété interdit la création d'un droit subjectif réduit *ab initio* au pouvoir de disposer des biens. Le droit subjectif sur les biens (ou droit de propriété) est jouissance et disposition puisqu'il émane du sujet.

En conséquence, la conception d'un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, diminutif du droit subjectif doit être abandonnée.

Conclusion du TITRE II

295. - En aucune manière le droit subjectif ne peut servir de réceptacle au droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

Le droit de disposer d'un bien ne peut pas être extrait du droit subjectif dans le but d'être concédé à un tiers. Le droit subjectif n'est pas susceptible de démembrement parce qu'il est exclusivisme et absolutisme. Il est un et indivisible. Il ne peut être que plein et entier et il ne souffre pas l'amputation de l'un de ses éléments constitutifs.

Ce qui rejoint d'ailleurs l'idée que le droit subjectif est annexé au sujet et extrapatrimonial. Le pouvoir absolu que renferme le droit subjectif n'est, en effet, qu'une conséquence de son exclusivisme. C'est l'appropriation d'un bien par un sujet qui lui permet d'agir librement dans la sphère d'action délimitée par la personne et par le bien. Le droit subjectif est une projection du sujet sur un objet. Or, dans le domaine des biens, seul le droit de propriété est doué d'une telle structure. Parmi les droits qui portent sur les biens, seul le droit de propriété est exclusif et absolu, incessible, intransmissible et imprescriptible. Les autres droits sont des objets d'exclusivité et de maîtrise et ils sont cessibles, transmissibles et prescriptibles, comme les choses corporelles. Ce sont des biens incorporels. Le seul droit subjectif qui permette de disposer d'un bien est le droit du propriétaire de disposer de ses propres biens. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne faisant pas acquérir la propriété du bien d'autrui, il ne peut donc pas davantage constituer un droit subjectif cantonné au droit de disposer d'un bien.

Conclusion de la PARTIE I

296. - L'observation du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, à la lumière du droit subjectif, en général, et du droit de propriété, en particulier, permet de donner une définition négative de ce droit. D'abord, il n'est pas une nouvelle manière d'acquérir la propriété d'un bien. Il n'équivaut au droit de propriété ni du point de vue de son étendue, ni du point de vue de son exercice. Sous quel qu'angle qu'on le considère, son infériorité par rapport au droit de propriété se fait jour. Ensuite, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne

constitue pas un diminutif du droit subjectif puisque les droits subjectifs sont indivisibles et non susceptibles de démembrement. Enfin, le droit subjectif qui s'applique aux biens n'étant autre que le droit de propriété lui-même, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne peut pas être un droit subjectif puisqu'il n'est pas acquisitif de la propriété du bien d'autrui et qu'il se cantonne au droit de disposer du bien d'autrui.

Il faut donc rechercher la définition du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte dans un autre domaine que celui du droit de propriété. C'est ce que nous nous proposons d'étudier dans une seconde partie consacrée à la théorie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

SECONDE PARTIE

LA THÉORIE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

297. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte doit être placé dans le système juridique ; un intérêt théorique et un intérêt pratique s'attachent à sa définition.

L'autonomie de ce droit, d'abord, commande de le définir. Si, de loin, il ressemble à la propriété et au droit de disposer qui la compose, au fond il s'en distingue. Il rivalise avec le droit du propriétaire du bien sans le démembrer et sans constituer un droit indivis. Il est donc intéressant de cerner ce droit qui ne s'identifie pas à la propriété mais qui la concurrence certainement. En outre, la qualification du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte développe des conséquences pratiques. En particulier, cette qualification peut aider à déterminer comment le droit est constitué et comment il s'éteint. La place qu'il occupe dans le système juridique dicte les règles qui régissent sa constitution et son extinction.

C'est pourquoi, la théorie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte doit en proposer une définition (*Titre I*) avant d'en esquisser le régime juridique (*Titre II*).

Cela dit, l'exposé d'une notion doit ouvrir la théorie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. Car cette théorie a une clef de voûte. Que l'on considère le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte sous l'angle de sa définition ou sous l'angle de son régime, du point de vue de sa nature et de sa structure ou du point de vue de sa constitution et de son extinction, il renvoie toujours à une même notion : la notion de valeur. Elle fera donc l'objet d'un chapitre préliminaire (*Chapitre préliminaire*).

Chapitre préliminaire. - La notion de valeur

Titre I. - Essai d'une définition du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

Titre II. - Esquisse du régime du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

LA NOTION DE VALEUR

298. - La valeur serait « ce que vaut en argent une chose ; le montant de la somme d'argent qu'elle représente, sa valeur pécuniaire, en général calculée d'après sa valeur vénale » ⁸⁸². Ainsi, la valeur est l'élément qui révèle la patrimonialité d'une chose. Elle est la caractéristique du *bien*.

En fait, dans cette définition deux types de valeur se dissimulent. Car le vocable a deux acceptions en droit. La patrimonialité peut prendre deux formes et remplir deux fonctions distinctes. D'abord, la valeur est valeur de change. C'est elle qu'on dit vénale et qui résulte de l'appréciation pécuniaire du bien par les personnes, au regard de l'unité monétaire en vigueur. Sous cette forme, la valeur est attachée à la chose : elle désigne l'une de ces qualités (*Section I*). Ensuite, la valeur est la contre-valeur du bien. Elle est la somme d'argent qui représente la valeur de change de la chose. Dans ce sens, la valeur est une valeur de réserve et elle désigne le bien par excellence que sont les espèces monétaires (*Section II*).

Section I. - La valeur de change

Section II. - La valeur de réserve

⁸⁸². G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 6^e éd., 1996, v° valeur.

SECTION I.

La valeur de change

299. - Dans le cadre de la théorie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, deux aspects de la valeur des choses méritent d'être mis en relief : la nature de la valeur de change, d'une part (*I*), et son évolution, d'autre part (*II*). Car la nature de la valeur de change aura une incidence sur la constitution du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et son évolution influera sur l'efficacité de ce droit.

§ 1. - La nature de la valeur de change

300. - Les choses ne sont pas seulement douées d'utilités matérielles, elles sont encore, pour nombre d'entre elles, dotées d'une valeur de change. Même si cette valeur n'est pas tangible, même si elle est souvent éclipsée par d'autres éléments qui la génèrent ou l'avoisinent comme la chose, le droit de propriété qui surplombe la chose, la contrepartie monétaire ou le prix de cette chose, la valeur de change existe. L'examen de ses conditions d'apparition (*A*) permet de prendre la mesure de cette autonomie (*B*).

A. - L'apparition de la valeur de change

301. - La valeur de change d'une chose se déclare lorsque cette chose est accessible à l'échange (*1°*), qu'elle soit corporelle ou incorporelle (*2°*).

1°. - L'accessibilité de la chose à l'échange

302. - L'aptitude de la chose à faire l'objet d'un échange serait une condition de sa patrimonialité. Selon M. P. CATALA, la patrimonialité postule, en effet, l'évaluation et la cessibilité onéreuse ou la transmissibilité à cause de mort⁸⁸³. M. A. SERIAUX considère même que le critère de la patrimonialité ne réside pas, à proprement

⁸⁸³. P. CATALA, La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne, *Rev. trim. civ.* 1966, n° 25, p. 207.

parler, dans le fait qu'un bien soit susceptible d'évaluation pécuniaire mais plus radicalement dans l'accessibilité de la chose à l'échange⁸⁸⁴. Pourtant, la coïncidence entre la patrimonialité et l'accessibilité à l'échange n'est pas parfaite. Un actif patrimonial peut être indisponible c'est-à-dire ne pas être accessible à l'échange. La patrimonialité se désolidarise alors de la cessibilité. En somme, l'évaluation pécuniaire d'une chose constitue le critère de la patrimonialité. Elle fait naître une valeur (pécuniaire) et fait apparaître, un actif patrimonial ou un bien. Tandis que la disponibilité à titre onéreux des biens est le critère de la cessibilité, la condition de l'échange de ces biens et de l'existence d'une valeur de change.

Ce faisant, l'accessibilité d'une chose à l'échange et l'apparition de la valeur de change postulent une exigence de fait qui consiste dans l'évaluation de la chose (a) et une exigence de droit qui réside dans la cessibilité du bien (b).

a) Une exigence de fait : l'évaluation de la chose

303. - La valeur doit s'entendre de la valeur économique qui fait de la chose un bien⁸⁸⁵. Elle est le fruit de l'évaluation de la chose. Et plusieurs paramètres interviennent dans cette fixation.

304. - En premier lieu, pour qu'il soit question de l'évaluation d'une chose, cette chose doit être l'objet de convoitises. L'évaluation de la chose dépend, en effet, de l'intérêt que les individus lui portent⁸⁸⁶. Ce qui suppose que la chose ait une composition telle, qu'elle présente une ou plusieurs utilités matérielles et que ces utilités répondent aux besoins ou aux désirs des individus. C'est lorsque la chose présente un intérêt pour l'individu, que celui-ci l'évalue. C'est même la pluralité et la confrontation de prétentions semblables ou similaires sur une même chose qui lui confère une véritable valeur parce qu'elle l'érige en objet potentiel de transaction. Une évaluation individuelle reste purement isolée, non juridique. Alors que la concurrence et la simultanéité de convoitises à l'endroit d'une même chose rend plausible son échange et fait naître le bien. D'ailleurs, lorsque le juge intervient pour fixer la valeur d'une chose, y compris lorsqu'il n'est pas question de vente, il doit rechercher quelle valeur se serait dégagée d'une négociation normale dans les

⁸⁸⁴. A. SERIAUX, La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *Rev. trim. civ.* 1994, n° 2, p. 805. -- Adde : M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 10 et s., p. 591 et s. ; n° 36, p. 611.

⁸⁸⁵. Rapp. : J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, De la propriété comme modèle, *Mélanges en hommage à André Colomer*, LITEC 1993, n° 13, p. 285 ; n° 14, p. 286.

⁸⁸⁶. V. R. QUERU : La valeur est quelque chose d'éminemment social, le produit d'une série confuse de volontés, de jugements... qui évolue mais qui demeure, dans sa nature ultime, un phénomène essentiellement humain, purement subjectif (*Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, Caen, 1905, p. 101). -- V. égal. sur les rapport de l'utilité à la rareté : J.-M. MOUSSERON, Valeurs, biens, droits, *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz 1991, p. 277 et s.

conditions économiques du moment ⁸⁸⁷. Dans un arrêt en date du 18 juillet 1989, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu ainsi affirmer que la valeur vénale d'un terrain, acquis par succession, devait correspondre au prix que le jeu de l'offre et de la demande aurait permis de retirer ⁸⁸⁸.

De cette manière, outre la composition et les utilités matérielles de la chose, l'intérêt que plusieurs individus portent à la chose participe de la fixation de sa valeur. D'ailleurs, les choses communes, qui ont une individualité organique, n'ont pas de valeur notamment parce qu'elles sont en quantité suffisante (par exemple la pluie) ou ne sont pas immédiatement utiles (par exemple la neige).

305. - En second lieu, l'unité monétaire nationale joue un rôle dans l'évaluation des choses puisqu'elle est l'unité de compte commune à toutes les évaluations, l'étalon de référence auquel l'individu se reporte pour fixer la valeur de la chose. Elle désigne une valeur *de référence* abstraite, l'unité de compte à laquelle il convient de se référer pour évaluer les choses ⁸⁸⁹.

Mais pour que cette valeur soit une valeur de change, l'évaluation de la chose ne suffit pas. Il faut encore que la chose soit disponible à titre onéreux.

b) Une exigence de droit : la cessibilité de la chose

306. - A la condition de fait de l'accessibilité de la chose à l'échange, s'ajoute une exigence de droit. Une chose, évaluée et constitutive d'un bien, n'appartient pas nécessairement à la sphère privée et au commerce. Pour se voir attribuer une valeur *de change*, la chose doit, en outre, être commercialisable, c'est-à-dire disponible à titre onéreux. L'accessibilité de la chose à l'échange suppose que le Droit autorise l'échange de la chose convoitée ⁸⁹⁰. C'est, en effet, le Droit objectif qui détermine les choses susceptibles d'appropriation. C'est le Droit objectif qui peut retirer certaines choses du domaine de la sphère privative ou, à l'inverse, créer ou admettre la création de nouveaux objets de propriété ⁸⁹¹.

⁸⁸⁷. C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, « *Le gage commercial* », Nov. 1994, par. 1, p. 72. -- Rapp. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Préf. P. Mayer, Bibl. dr. priv., t. 225, L.G.D.J. 1992, n° 323, p. 259.

⁸⁸⁸. *Bull. Com.*, n° 232, p. 156.

⁸⁸⁹. R. SAVATIER, Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, *Rev. trim. civ.* 1958, n° 30, p. 345.

⁸⁹⁰. M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 14, p. 593-594.

⁸⁹¹. La liste peut donc varier selon les époques et les lieux (M. FABRE-MAGNAN, Propriété, *loc. cit.*, n° 8, p. 589 ; n° 15 à n° 19, p. 594-599).

Ainsi, les biens publics ont une valeur⁸⁹² mais, en principe, ils ne sont pas sur le marché. L'article L. 52 du Code du Domaine de l'Etat pose le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine public⁸⁹³. Ce qui signifie que les biens publics ne peuvent être cédés tant que dure leur affectation et qu'ils ne tolèrent pas, en principe⁸⁹⁴, la constitution de droits réels au profit de particuliers⁸⁹⁵. Même l'acquéreur de bonne foi d'un bien domanial est soumis à restitution. Ni l'article 2279 alinéa 1^{er} du Code civil ni aucune autre disposition similaire ne lui est applicable⁸⁹⁶. D'autres choses sont hors du commerce par décision de la loi, dans un but d'intérêt général et de salubrité publique, comme les stupéfiants, les sépultures etc. Le nom, l'image, l'œuvre de l'esprit ne peuvent non plus, en principe, faire l'objet de transactions commerciales parce qu'ils se séparent difficilement de la personnalité juridique ou de la personne humaine⁸⁹⁷. Selon Mme M. FABRE-MAGNAN, le fait que la chose doive être physiquement détachable de la personne du propriétaire⁸⁹⁸ justifie que l'accessibilité de la chose à l'échange soit matérielle et constitue une exigence de fait de la qualification d'objet de propriété⁸⁹⁹. Cependant, cette condition de l'extériorité de la chose à la personne semble imposée par le droit objectif et tenir à l'interdiction juridique de la commercialisation des éléments de la personne humaine ou de la personnalité juridique. D'ailleurs, le droit objectif pose en principe que le lien de la chose à la personne est un obstacle à sa commercialisation (disponibilité à titre onéreux), mais il ne s'oppose pas à ce que certains éléments du corps humain soient disponibles à titre gratuit (tel qu'un don du sang ou d'organe...) ⁹⁰⁰, c'est-à-dire inaliénables mais détachables de la personne ⁹⁰¹.

De manière générale, plus forts seront l'*intuitu personae* et le caractère complexe ou abstrait des biens, plus nombreux seront les obstacles à leur pleine cessibilité ⁹⁰². C'est aussi la raison pour laquelle on ne peut mettre en gage un office ministériel ni toute autre clientèle liée à la personne ⁹⁰³.

⁸⁹². V. sur le droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens publics et privés : CE, 23 juillet 1974, *Commune de Saint-Gaudens, Rec. Lebon*, p. 446.

⁸⁹³. L'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation (*J.O.* du 6 janvier 1988) rappelle ce principe.

⁸⁹⁴. V. *infra* : sur la constitution de droit réels sur le domaine public : n° 496.

⁸⁹⁵. V. not. F. LLORENS, note sous CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France, L.P.A.*, n° 127 du 23 octobre 1985, n° 23 et n° 25, p. 8. -- O. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *Domaine public et droits réels* (Commentaire de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public), *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3812, n° 25.

⁸⁹⁶. V. O. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *loc. cit.*, n° 21.

⁸⁹⁷. V. *supra* : n° 281 et s.

⁸⁹⁸. En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 11, p. 591.

⁸⁹⁹. Ainsi, selon cet auteur, l'accessibilité de la chose à l'échange serait à la fois une exigence de fait - une possibilité matérielle d'échanger la chose - et une exigence de droit - une autorisation juridique d'échanger (*Loc. cit.*, n° 10 et s., p. 591 et s.).

⁹⁰⁰. V. *supra* : n° 282.

⁹⁰¹. Certes, on peut entendre par élément indétachable de la personne, celui qui ne peut en être extrait sans entraîner la mort de la personne (M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 11, p. 591), mais cette exigence, *a priori* de fait, reste une exigence de droit. Il s'agit finalement d'interdire l'aliénation ou la destruction de la personne par elle-même.

⁹⁰². ... « à leur pleine patrimonialité » écrit M. P. CATALA (*La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne, loc. cit.*, n° 25 et n° 26, p. 207-209).

⁹⁰³. P. CATALA, *ibid.*, n° 25 et n° 26, p. 207-209.

Si la qualification de bien suppose l'évaluation et la cessibilité de la chose, elle n'exige pas, en revanche que cette chose soit corporelle ou matérielle.

2°. - L'indifférence de la corporalité de la chose

307. - Corporalité n'est pas patrimonialité⁹⁰⁴. Les deux caractères sont souvent réunis, mais leur coïncidence n'est pas systématique. La patrimonialité s'attache même de plus en plus à des choses incorporelles puisque les biens contemporains et de grande valeur sont des choses incorporelles. Ce sont les clientèles, le fonds de commerce, les valeurs mobilières, la monnaie scripturale etc.⁹⁰⁵. Comme l'écrit M. P. CATALA, au sujet des droits de propriété incorporelle, « ce sont des droits sans *corpus*. Leur valeur ne réside pas dans l'épaisseur rassurante de la matière... »⁹⁰⁶. Car, la nature corporelle ou incorporelle de la *res* importe peu, pourvu qu'il y ait valeur économique⁹⁰⁷.

308. - Il est vrai, cependant, que pour être rendue perceptible aux yeux de tous la chose incorporelle doit être véhiculée par un support matériel. Par exemple, certaines valeurs ont été incorporées dans les titres qui les portent (on pense aux titres au porteur). Et de cette manière ces valeurs avaient acquis la nature corporelle de leur support-papier. Mais cette corporalisation n'est nullement une nécessité. Dès lors que le support ne participe pas de la fonction de la chose incorporelle, il n'entre pas dans sa définition et il ne lui communique pas sa nature corporelle⁹⁰⁸. Sa valeur de change suffit à la chose incorporelle pour en faire un bien. Pour reprendre l'exemple des titres au porteur, le support-papier participait bien de la fonction de ces titres puisqu'ils avaient, par définition, vocation à circuler par tradition - ce que permettait leur incorporation dans un écrit. Mais, hormis cette hypothèse particulière et celles dans lesquelles la loi prescrit la rédaction d'un écrit comme condition de validité du contrat, une créance existe indépendamment de l'existence d'un écrit. Elle est et reste incorporelle sans doute en raison de sa structure : elle est l'engagement d'une personne.

⁹⁰⁴. V. en ce sens : J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 14, p. 286.

⁹⁰⁵. V. *supra* : n° 219 et s.

⁹⁰⁶. P. CATALA, L'évolution contemporaine du droit des biens, Exposé de synthèse, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, n° 26, p. 189.

⁹⁰⁷. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 14, p. 286. -- A. PIÉDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart. Aspects du droit privé à la fin du XXe siècle*, L.G.D.J., 1986, p. 55-56.

⁹⁰⁸. En ce sens, MM. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET notent que le développement des techniques de reproduction, de représentation et, plus généralement, de publicité ont dissocié l'œuvre de l'esprit de son *corpus* matériel pour l'investir d'une valeur économique en raison du public qui la convoite. Le développement des techniques industrielles appelle la même observation pour l'invention (*Loc. cit.*, n° 14, p. 286). -- Comp. Sur la nature corporelle des valeurs mobilières et autres droits ou actifs scripturaux : D. R. MARTIN (De la nature corporelle des valeurs mobilières, *D.* 1996, Chr., p. 47 et s. et De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *D.* 1998, Chr., p. 16) ; rapp. sur la corporalité des instruments financiers : A. GAUVIN (Déshérence ou renaissance du contrat de dépôt en matière financière ?, *D. Affaires*, 1998, 1471).

Ainsi, la valeur économique est fondamentale et « comme elle se réduit à une abstraction le clivage entre matériel et immatériel devient indifférent »⁹⁰⁹. C'est un bien incorporel, écrit R. SAVATIER, un objet de calcul et de transfert⁹¹⁰. Autonome, la valeur de change peut faire l'objet d'un certain nombre d'opérations juridiques.

B. - L'autonomie de la valeur de change

309. - La valeur de change est autonome. Elle ne se confond ni avec la composition matérielle du bien (1°) ni avec sa contrepartie monétaire (2°) pas plus qu'elle ne doit être incluse dans le droit de propriété qui surplombe la chose (3°). Car elle est une qualité de la chose.

1°. - L'annexion de la valeur à la composition matérielle de la chose

310. - Parce qu'elle est la résultante de caractéristiques du bien que l'on peut apprécier, il a été soutenu que la valeur « ne saurait être considérée en elle-même et isolément »⁹¹¹. Autrement dit, la valeur de change n'aurait aucune autonomie par rapport à la chose dans laquelle elle puise sa source.

Il est vrai que sans chose, la valeur de change ne peut exister ni dans son principe ni dans son *quantum* puisqu'elle naît de son appréciation et de son évaluation. Néanmoins il est excessif de fondre la valeur dans la matérialité ou de l'impliquer dans l'immatérialité de la chose. La valeur de change n'est pas incorporée dans la chose ; elle est incluse dans le bien.

Elle n'est pas *dans* la chose parce qu'elle n'exprime pas la capacité de la chose à remplir telle ou telle fonction purement matérielle et ne désigne pas l'aptitude de la chose à constituer un bien et à faire l'objet d'un échange. Elle caractérise la chose parce qu'elle est le signe de l'intérêt que les individus lui portent⁹¹². Et pour cette raison, on peut dire de la valeur de change qu'elle est une qualité de la chose, qu'elle se greffe *sur* la chose pour former l'une de ses caractéristiques et donner naissance à un bien. Elle n'est donc pas inhérente à la chose ; elle s'y ajoute.

311. - Ainsi décrite, la valeur de change ressemble fort à une utilité de la chose et, plus exactement, à une utilité de second degré. D'abord, l'utilité d'une chose est le fruit de l'appréciation humaine et elle n'est pas tangible⁹¹³ ; or la valeur de change est subjective et abstraite, comme l'utilité. Ensuite, cette valeur semble être

⁹⁰⁹. A. PIÉDELIEVRE, *loc. cit.*, p. 61.

⁹¹⁰. R. SAVATIER, Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, *loc. cit.*, n° 28, p. 344.

⁹¹¹. C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *loc. cit.*, par. 6, p. 74.

⁹¹². Rappr. : Selon R. QUERU, la valeur économique d'une chose ne se confond pas avec la chose elle-même (Thèse préc., p. 101).

⁹¹³. V. *infra* : n° 376.

superposée aux utilités matérielles de la chose dans la mesure où elle est issue de leur appréciation.

En dépit de ces ressemblances, la valeur de change ne répond pas à la définition de l'utilité. Contrairement à une utilité, la valeur n'est pas la projection, dans le futur, de l'usage de la chose, de l'acte qui sera accompli sur la chose. La valeur de change est actuelle et saisissable. Elle est la qualité de la chose⁹¹⁴ qui en fait un bien⁹¹⁵. Elle est la qualité qui exprime l'intérêt que les individus peuvent porter à la chose. C'est pourquoi l'idée selon laquelle il coexisterait deux biens à l'endroit d'une même chose, la chose et sa valeur, est erronée. *C'est la valeur de la chose qui fait de la chose un bien.*

La valeur de change ne doit pas non plus être confondue avec sa contrepartie monétaire.

2°. - L'antériorité de la valeur de change à la contrepartie monétaire du bien

312. - Il est aisé de confondre la valeur avec les espèces monétaires que le cédant perçoit en contrepartie de la chose⁹¹⁶ puisqu'elle est libellée dans la même unité de valeur que la monnaie. En fait, la valeur de change existe indépendamment de la contrepartie monétaire du bien. *Elle est actuelle, contrairement à la contrevaleur qui est future et éventuelle.*

D'ailleurs, s'il peut être attribué une valeur à un bien sans qu'il fasse l'objet d'une aliénation ou d'un autre acte de disposition juridique à titre onéreux, c'est bien qu'elle existe en elle-même. Ainsi, tout comme l'usage d'une chose peut s'avérer infructueux parce que les arbres sont sans fruits ou les actions sans dividendes, la contrepartie monétaire de la chose peut s'avérer d'un montant différent de celui de la valeur qui lui est attribuée. Par exemple, le prix ou le loyer d'une chose sont distincts de la valeur de change de cette chose. Ils sont le résultat d'une évaluation plus

⁹¹⁴. V. MM. CABRILLAC et MOULY considèrent que la valeur marchande du bien est sa qualité seconde (*Droit des sûretés*, 4^e éd., Paris, LITEC, 1997, n° 503-2°, p. 417). -- Selon M. HAURIU, la valeur économique est principalement une qualité des choses, accessoirement une qualité des hommes. C'est une qualité des choses établie par rapport à la satisfaction des besoins individuels, elle est pour l'individu et elle est affaire d'appréciation subjective de la part de l'individu (*Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 177).

⁹¹⁵. J.-M. MOUSSERON, Valeurs, biens, droits, *loc. cit.*, p. 279. -- Selon M. C. GRZEGORCZYK, on ne peut pas définir le bien à partir de la valeur. Car on se heurterait à la définition préalable de la « valeur » ou de la « chose de valeur » (Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1979, t. 24, p. 264-265). L'auteur soutient plutôt l'idée que l'expression « bien juridique » serait un « terme primitif » en Droit, autrement dit une notion indéfinissable, comme il en existe en géométrie et en logique (par ex. « droite », « point », « nom » etc.). Ce qui serait, selon lui, admissible puisque le langage du droit est technique : il utilise des termes dont les désignés ne sont pas des choses du monde naturel, mais des choses du monde juridique (*Loc. cit.*, p. 267).

⁹¹⁶. V. not. S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français*, Bordeaux, 1937, p. 417 et s. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 503-2°, p. 418.

complexe ⁹¹⁷ C'est bien là la preuve de l'autonomie de la valeur de change par rapport à la contrepartie monétaire du bien.

Distincte de la contrepartie monétaire du bien, greffée sur la chose, la valeur de change ne doit pas davantage être incluse dans le droit de propriété qui s'applique à la chose.

3°. - L'extériorité de la valeur de change au droit de propriété

313. - Le droit de propriété dissimule souvent la valeur de la chose sur laquelle il porte. Cette confusion tient au fait que le droit de propriété donne accès à la chose et à toutes ses utilités. C'est l'exclusivisme et l'absolutisme du droit de propriété qui favorisent son incorporation dans la chose et invitent à le percevoir comme l'élément qui a une valeur patrimoniale ⁹¹⁸. Ce retrait de la valeur de change derrière le droit de propriété est aussi certainement favorisé par la fréquente réunion sur une même tête des qualités de propriétaire du bien et de bénéficiaire de sa valeur. L'existence de ce double statut à l'endroit d'une seule et même personne rend inutile la distinction des attributs de la propriété, de la valeur de change et des utilités matérielles de la chose. Alors qu'en réalité, la valeur de change préexiste, ne serait-ce qu'un instant, à l'application du droit de propriété sur la chose.

314. - L'apparition de la valeur de change précède et provoque l'application du droit de propriété.

L'assujettissement au droit de propriété devient nécessaire lorsqu'une chose est convoitée par plusieurs individus. La chose devenant un objet de rivalités et une source de désordres, elle doit faire l'objet d'une exclusivité, en principe, indiscutée. Ce n'est donc pas le pouvoir du sujet sur la chose qui la projette dans le domaine des biens, c'est la convoitise potentielle d'une pluralité d'individus sur cette chose qui implique son affectation à l'un (ou plusieurs : l'indivision) d'entre eux et son passage sous la protection d'un droit de propriété. L'impression est fautive selon laquelle la valeur est retenue par le droit de propriété qui porte sur la chose.

⁹¹⁷. Le montant du loyer, par exemple, prend certainement en compte la valeur locative de l'immeuble mais ne s'y réduit pas : il comprend aussi la marge bénéficiaire, les taxes et frais divers qui ont été nécessaires à l'obtention de la chose : R. LIBCHABER, thèse préc., n° 323, p. 259.

Le prix proprement dit, selon le même auteur, ne se réduit ni à la valeur de la chose, ni à l'ensemble du service que représente la vente de la chose, il leur est supérieur. Mais il ne peut non plus dépasser la valeur que le marché attribue à la chose, qui lui permet de faire du bénéfice : « c'est par une double référence intrinsèque puis extrinsèque que le prix est fixé » (R. LIBCHABER, thèse préc., n° 232, p. 187-188 ; v. égal. n° 341, p. 277 ; n° 342, p. 278-279).

Comp. P. CATALA, L'évolution contemporaine du droit des biens, *loc. cit.*, p. 186.

⁹¹⁸. Dans ce sens, JHERING écrit : « Isolée du droit qui la concerne, la chose est dépourvue de toute valeur. Ni l'utilité, ni l'usage économique des choses ne déterminent leur valeur ; celle-ci résulte essentiellement de cette circonstance que l'emploi de la chose est juridiquement assuré et dépend de la manière dont il est protégé par la loi » (*L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, trad. fr. par O. de Meulenaere, Paris, 3^e éd., 1877, par. 48, p. 123).

La preuve en est, les *res nullius* ont une valeur⁹¹⁹ mais pas de maître. Le fait qu'elles ne soient appréhendées par personne n'empêche pas qu'elles puissent présenter un intérêt pour plusieurs individus et qu'elles puissent faire l'objet d'une appréhension d'un instant à l'autre. Mais, contrairement à ce qui se produit pour les choses communes, l'impossibilité d'accéder à l'échange n'est pas ici absolue et juridique ; elle est seulement ponctuelle et circonstancielle. Lorsqu'un individu exercera sa maîtrise sur une chose sans maître, il en aura la propriété⁹²⁰. C'est pourquoi la valeur devance la propriété.

L'existence de la valeur de change interviendra dans la constitution du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et son *quantum* sera une condition d'efficacité de ce droit de disposer.

§ 2. - *La variation de la valeur de change*

315. - La valeur de change n'est pas figée ; elle varie en fonction des facteurs d'évaluation (A) ou de cessibilité (B) de la chose.

A. - Les facteurs d'évaluation de la chose

316. - La valeur de change n'est pas immuable mais précaire⁹²¹ parce qu'elle évolue dans le temps. Résultat de l'appréciation d'une chose au regard de l'unité monétaire de référence, elle peut, en effet, être modifiée sous l'influence de deux facteurs : l'érosion monétaire, d'une part, et, d'autre part, la dégradation de la chose.

317. - L'érosion monétaire développe ses effets sur les obligations monétaires puisqu'en vertu du principe du nominalisme monétaire, l'unité monétaire, par rapport à laquelle on évalue ces choses, est réputé avoir la même valeur à quelque époque qu'on la considère⁹²². Plus l'exécution sera différée, plus la valeur de l'obligation monétaire faiblira sous l'influence de ce facteur. Même les autres choses ne sont pas à l'abri d'un changement de valeur.

⁹¹⁹. Comp. : M. A. SERIAUX selon qui « les biens sans maître ne sont patrimoniaux qu'en puissance. Ils ne le deviendront en acte qu'à compter du jour où une personne pourra exercer sur eux des droits de propriété » ou un autre titre juridique qui permet aux personnes de s'approprier un bien déterminé (*Loc. cit.*, n° 4, p. 810).

⁹²⁰. « L'intervention de la personne lorsqu'elle s'approprie une chose la transforme juridiquement en bien » (A. PIÉDELIÈVRE, *loc. cit.*, p. 55).

⁹²¹. V. P. CATALA, L'évolution contemporaine du droit des biens, *loc. cit.*, n° 19, p. 186-187.

⁹²². F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 1241, p. 998.

318. - L'existence et le maintien de la valeur de change dépend de l'attrait que la chose présente pour les individus. La dégradation matérielle ou la mauvaise conservation de la chose sont des facteurs de diminution de la valeur de change.

Cette altération peut s'entendre de deux manières. Elle peut être l'œuvre du temps (choses périssables) ou d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'individu (force majeure). Et de plus en plus s'agissant des biens nouveaux, le maintien de la valeur de change dépend du comportement et de l'action des individus. Si le droit de propriété ne se perd pas par le non usage, la passivité du propriétaire peut aboutir à la perte de la chose. Celle-ci dépérit de ne pas être mise en valeur. La remarque ne vaut pas seulement pour les choses corporelles, elle concerne aussi, voire plus encore, les choses incorporelles. Ainsi, la valeur d'exploitation des biens que M. Pierre CATALA désigne comme des biens complexes et abstraits suscités par l'exploitation humaine, l'emporte largement sur leur valeur intrinsèque. Par exemple, la diffusion du produit influe sur la valeur de la marque⁹²³. La clientèle fait la valeur de l'entreprise, de l'office, du cabinet. Elle est l'œuvre de l'activité professionnelle et doit être entretenue et renouvelée pour être maintenue. Le propriétaire ou le preneur négligent du fonds civil ou commercial peut faire fondre cette clientèle et faire périr le fonds⁹²⁴.

L'état matériel - ou immatériel - de la chose n'est pas la seule cause de précarité de la valeur.

319. - La valeur de nombreux biens dépend aussi largement d'événements extérieurs à eux-mêmes et à leur propriétaire. Il peut s'agir pêle-mêle de la variation des cours de la Bourse ou des matières premières, de la menace du supermarché sur les petits commerces, de l'abaissement des barrières douanières, de la découverte d'un produit nouveau, de l'implantation d'un établissement qui déprécie un quartier résidentiel, de la décision de l'administration sur la constructibilité d'un terrain...⁹²⁵, de dispositions fiscales ou successorales⁹²⁶...

Parce qu'une chose n'est pas seulement utile en elle-même, de manière isolée ; elle l'est aussi par comparaison aux autres biens. La variation de l'offre et de la demande ou la rareté de la chose, la concurrence nationale ou internationale, l'obsolescence du bien, l'impossibilité d'user d'une utilité naturelle de la chose... sont

⁹²³. Ou encore : le breveté perd la protection que la loi lui octroie s'il ne fait pas usage de sa découverte avant l'expiration d'un certain délai ; les droits d'auteur sont proportionnels au tirage de l'ouvrage, à la diffusion sur les ondes de la chanson... (P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne*, *loc. cit.*, n° 23, p. 203-204).

⁹²⁴. R. THÉRY, *De l'utilisation à la propriété des choses*, *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, t. 2, p. 21 et s., p. 25, p. 26. -- P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne*, *loc. cit.*, n° 23, p. 203-204. -- E. AGOSTINI, *L'étiollement du droit de propriété en France (1804-1985)*, *Mélanges dédiés à Guy Flattet*, Lausanne, 1985, p. 7.

⁹²⁵. P. CATALA, *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Exposé de synthèse, *loc. cit.*, n° 19, p. 186-187.

⁹²⁶. C. ATIAS, *Droit de propriété ou condition du propriétaire*, *AJPI*, 10 janv. 1996, *Etudes*, p. 12.

autant de facteurs de fixation et de variation de la valeur de change même s'ils ne relèvent pas de la composition matérielle de la chose. Ces circonstances altèrent les utilités matérielles de la chose, modifient le besoin des individus et, par conséquent, entament la valeur de change des choses. La valeur des choses peut également évoluer en raison des modifications qui atteignent leur cessibilité.

B. - Le régime de cessibilité de la chose

320. - Comme la précarité de la patrimonialité de la chose, la précarité de sa cessibilité est bivalente. Elle peut tenir à la paralysie de la valeur de change. Par exemple, le propriétaire d'un bien décide avec un cocontractant de l'inaliénabilité de l'un de ces biens, dans l'intérêt de celui-ci et pour un temps déterminé. La valeur de change du bien est, dans ce cas, paralysée et la chose, quoique douée de valeur, disparaît du commerce juridique. Mais la précarité de sa commercialité peut se manifester en sens inverse. C'est-à-dire qu'une chose dénuée de valeur de change peut devenir une chose dans le commerce, et donc un bien, en application du droit objectif.

Ainsi, le principe de l'inaliénabilité du domaine public interdit de céder les biens publics ou de les grever de droits réels au profit de particuliers. De cette manière, les biens publics ne peuvent être grevés de servitudes⁹²⁷ et les baux emphytéotiques dont ils pourraient faire l'objet sont nuls⁹²⁸. La durée du bail emphytéotique - au moins égale à dix-huit ans - serait contraire à la précarité des occupations du domaine public. Et, si en vertu des principes de la domanialité publique la précarité pouvait être imposée au droit réel, celui-ci serait dénaturé⁹²⁹. En outre, en conférant à l'emphytéote le droit de constituer une servitude, d'hypothéquer son droit réel, de le céder etc., le bail emphytéotique dépouillerait le propriétaire⁹³⁰. La nullité devrait même être étendue à tous les droits réels constitués sur les dépendances du domaine public puisque ces caractères ne sont pas propres au bail emphytéotique⁹³¹. Or, le droit positif a évolué en la matière et le principe de l'inaliénabilité du domaine public

⁹²⁷. CE, 28 avril 1980, *S.C.I.F. Résidence des Perriers c/ Centre hospitalier intercommunal de Montfermeil* : « aucune servitude ne peut être valablement instituée sur le domaine public » (*Rec. Lebon*, p. 506 ; *A.J.D.A.*, n° 111, p. 607 ; *RD imm.* 1980, p. 277, obs. J.-M. AUBY et D. LAVROFF).

Le Tribunal des conflits indiquait également « qu'il n'appartient qu'à la juridiction administrative de se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public ». Autrement dit, l'appartenance au domaine public ne peut se fonder sur l'intention manifestée par l'administration dans une décision ou un contrat ; et en cas de contestation sérieuse, les tribunaux de l'ordre judiciaire doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que soit tranchée, par la juridiction administrative, la question préjudicielle de l'appartenance au domaine public : v. Obs. J.-M. AUBY et D. LAVROFF, *RD imm.* 1980, p. 277.

⁹²⁸. CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France*, *Rec. Lebon*, p. 141 ; *A.J.D.A.* 1985, n° 133, p. 620, note E. FATOME et J. MOREAU ; *L.P.A.*, n° 127 du 23 octobre 1985, p. 4, spéc. n° 24, p. 8, note F. LLORENS ; *RFD adm.* 1986, p. 21, concl. B. GENEVOIS.

⁹²⁹. E. FATOME et J. MOREAU, *A.J.D.A.* 1985, n° 133, p. 622.

⁹³⁰. E. FATOME et J. MOREAU, *A.J.D.A.* 1985, n° 133, p. 622.

⁹³¹. En faveur de cette interprétation extensive, E. FATOME et J. MOREAU relèvent que, dans l'arrêt du 6 mai 1985, le Conseil d'Etat constate que le bail emphytéotique confère un droit réel et, de cette seule constatation, conclut à la nullité du bail emphytéotique (*A.J.D.A.* 1985, n° 133, p. 622). -- Comp. Un usufruit peut être viager et donc de longue durée (art. 617 C.Civ.) ; il peut être vendu ou céder à titre gratuit (art. 595 C.Civ.) et passer entre les mains d'autrui.

souffre, aujourd'hui, des tempéraments nets. Les biens publics font des incursions dans le domaine privé.

321. - Les premières dérogations au principe de l'inaliénabilité du domaine public ont été d'ordre jurisprudentiel⁹³² et réglementaire⁹³³. Mais le tempérament le plus tranché apporté à ce principe est l'œuvre du législateur qui a consacré la thèse soutenue par quelques auteurs. Ces auteurs avaient proposé de tempérer la sévérité avec laquelle était interprété le principe de l'inaliénabilité du domaine public⁹³⁴. Ainsi, en 1978, M. Y. GAUDEMET soutenait l'idée que l'inaliénabilité n'existe que pour préserver l'affectation du bien public, de sorte que *seule* la constitution sur les dépendances du domaine public de servitudes (et donc de droits réels) qui ne respectent pas l'affectation devrait être interdite⁹³⁵. En somme, l'inaliénabilité ne naîtrait qu'avec l'affectation et disparaîtrait avec elle⁹³⁶. La loi n° 88-13 du 5 janvier 1988⁹³⁷ a consacré cette conception puisqu'elle a organisé la constitution de baux emphytéotiques sur certaines dépendances du domaine public des collectivités locales. Puis la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994⁹³⁸ a complété le Code du Domaine de l'Etat d'une section relative aux occupations constitutives de droits réels⁹³⁹. Ces derniers sont des occupations domaniales, des droits réels constitués sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier réalisés pour l'exercice d'une activité autorisée⁹⁴⁰. L'article L. 34-1 alinéa 2 nouveau du Code Domaine de l'Etat dispose même que « ce droit confère à son titulaire [...] les prérogatives et obligations du propriétaire ». Et cette formule doit être rapprochée de l'article 578 du Code civil au terme duquel l'usufruitier qu'il a le droit de jouir de la chose « comme le propriétaire lui-même... ». Elle ne signifie pas que le titulaire de l'occupation domaniale devient propriétaire de la dépendance domaniale, mais que ses pouvoirs et ses obligations *ressemblent* à ceux du propriétaire. D'ailleurs, ils lui sont conférés « pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et limites [que la loi précise] »⁹⁴¹. Cette durée, qui est fonction de la nature de l'activité, de la nature des ouvrages autorisés et de leur importance, sans pouvoir excéder soixante-dix ans⁹⁴², révèle l'existence d'un droit réel. Loin de dénaturer le droit réel, la précarité

⁹³². V. les décisions citées par P. SABLIERE (Les servitudes sur le domaine public, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 116 et s.).

⁹³³. V. par exemple le domaine public ferroviaire (P. SABLIERE, *loc. cit.*, p. 124 et s.).

⁹³⁴. V. R. SAVATIER, La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers, *D.* 1976, Chr., n° 10, p. 106-107.

⁹³⁵. Y. GAUDEMET, La superposition des propriétés privées et du domaine public, *D.* 1978, Chr., p. 293 et s. -- *Adde* du même auteur : Les constructions en volume sur le domaine public, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 135 et s.

⁹³⁶. O. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *loc. cit.*, n° 19.

⁹³⁷. Loi d'amélioration de la décentralisation, *J.O.* du 6 janvier 1988.

⁹³⁸. *J.O.* du 26 juillet 1994, p. 10749 ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, III, 66690. -- Dans la décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 (Par. 14), le Conseil constitutionnel a précisé qu'aucune disposition de l'article 1^{er} de la loi du 25 juillet 1994 n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'inaliénabilité du Domaine public : l'attribution du droit réel sur le domaine public n'est pas contraire au principe d'inaliénabilité du domaine public (*J.O.* du 23 juillet 1994, p. 10635).

⁹³⁹. Art. L. 34-1 et s. C. Dom. de l'Etat.

⁹⁴⁰. Art. L. 34-1 nouv. C. Dom. de l'Etat.

⁹⁴¹. Art. L. 34-1 al. 2 nouv. C. Dom. de l'Etat.

⁹⁴². Art. L. 34-1 al. 3 nouv. C. Dom. de l'Etat.

que les principes de la domanialité publique devraient imposer au droit réel constitué sur les dépendances publiques, permet d'accueillir ce type de droit. En effet, la précarité relève de l'essence du droit réel. A l'inverse de la propriété qui surplombe les droits réels et qui est perpétuelle, les droits réels sont par définition temporaires⁹⁴³. C'est donc bien d'un droit temporaire et dépendant de l'affectation du domaine public qu'il s'agit, et non d'un « "droit de propriété" restreint dans le temps et dans ses effets »⁹⁴⁴.

De cette manière, la loi introduit en partie le bien public dans la sphère privative. Elle admet qu'une utilité du bien public puisse être concédée et réservée à une personne privée. Elle pose le principe de l'aliénabilité du droit ainsi constitué dans les limites et pour la durée de l'affectation qu'elle lui assigne. Plus que cela, dans la mesure et pour la durée de l'affectation du bien domanial et du droit d'occupation, le droit objectif fait du bien public un bien disponible à titre onéreux, un bien accessible à l'échange et donc, en partie un bien privé. Le droit d'occupation dont traite la loi du 25 juillet 1994 est cessible si la cession respecte l'affectation du bien grevé⁹⁴⁵.

322. - Toutes ces choses sont donc douées d'une valeur de change qui pourra faire l'objet d'une opération juridique. Même les biens publics acquièrent parfois, partiellement, cette valeur de change et font l'objet d'un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte puisqu'ils peuvent être grevés de droits réels au profit d'entreprises privées.

Face à cette valeur de change, il y a la monnaie car la valeur de change a vocation à fournir au propriétaire du bien une contrepartie monétaire.

⁹⁴³. V. *supra* : n° 380-3.

⁹⁴⁴. Sur l'emploi de cette expression : O. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *loc. cit.*, n° 4 et note 8. -- Toutefois, l'auteur place entre guillemets les mots *droit de propriété* et admet qu'il ne s'agit pas de la propriété de l'article 544 du Code civil.

⁹⁴⁵. Il faut y voir l'abandon du caractère personnel des autorisations d'occupations publiques (O. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *loc. cit.*, n° 5). -- Concrètement, la cession doit être opérée au profit d'une personne agréée par l'autorité compétente afin qu'elle vérifie que l'utilisation envisagée est compatible avec l'affectation du domaine public occupé. En outre, cette cession ne peut être réalisée que pour la durée de validité du titre restant à courir (C. Dom de l'Etat, art. L. 34-2 al. 1^{er} nouv.).

SECTION II.

La valeur de réserve

323. - Comme la valeur de change, les espèces monétaires existent par relation à l'unité monétaire de référence car elles représentent précisément l'équivalent, en argent, de la valeur de change. Mais c'est là leur seul point commun avec la valeur de change. Les espèces monétaires ont une fonction qui leur est propre : elles sont des valeurs de réserve. Ce qui leur vaut d'être intangibles (*Section I*) et d'avoir la nature de biens à part entière (*Section II*), alors que la valeur de change est variable et ne constitue qu'une qualité de la chose et un élément du bien.

§ 1. - L'intangibilité des espèces monétaires

324. - Dans la mesure où elles ont pour fonction de combler des décalages de temps entre les offres et les demandes de biens (A), les espèces monétaires doivent elles-mêmes échapper à l'emprise du temps et demeurer immuables. Leur fonction postule leur intangibilité et les soumet au principe du nominalisme monétaire (B). Les espèces monétaires ont ce double rapport au temps.

A. - La fonction des espèces monétaires

325. - La monnaie est une unité d'étalonnage de valeur. Mais elle désigne aussi les fonds, les deniers, les espèces monétaires sonnantes et trébuchantes ou simplement scripturales qui en sont la représentation ⁹⁴⁶. En effet, si l'existence d'une

⁹⁴⁶. Le juriste et l'économiste reconnaissent traditionnellement à la monnaie les trois mêmes fonctions bien que sous des vocables différents : 1) un instrument d'évaluation : la monnaie de compte ; 2) un moyen de paiement (ou instrument d'échange) permettant les transactions : la monnaie de paiement ; 3) un objet de propriété (ou réserve de valeur) : une réserve de pouvoir d'achat et un meuble corporel fongible et consommable (G. SOUSI, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *Rev. trim. civ.* 1982, n° 5, p. 518). -- Le doyen SAVATIER dénonce cette confusion de la valeur et de la monnaie : la première est l'unité de calcul, tandis que la seconde lui sert d'instrument (Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, *loc. cit.*, n° 30, p. 345). -- Rapp. F. SCHWERER : « Si une unité de compte est un concept générique, un instrument de paiement est toujours un bien spécifique réel » (Le statut juridique de la monnaie unique pendant la phase transitoire, *Banque et Droit*, n° 46, mars-avril 1996, p. 5 ; v. égal. p. 3). -- Comp. R. LIBCHABER, lequel distingue deux éléments au sein de la monnaie : les unités de valeur, abstraites et qui ne constitueraient qu'un nom, et les unités de paiement, représentées sur un support matériel (Thèse préc., n° 17 et s., p. 20 et s. ; n° 23, p. 23). Les premières permettraient d'étalonner les valeurs, d'une façon compréhensible pour l'ensemble des individus

unité de compte permet les échanges, la création d'espèces monétaires s'y ajoute pour faciliter ces échanges.

Sans espèces monétaires, les échanges sont possibles. Dès lors qu'ils existent un étalon de référence, par exemple l'euro, les choses peuvent être évaluées par référence à cet étalon. Mais dans un tel système, les choses ne sont échangeables qu'avec d'autres choses de même valeur et lorsque leurs propriétaires respectifs veulent s'en défaire au même moment. C'est le système du troc, sans intermédiation monétaire.

Or, l'exigence d'une parfaite coïncidence de valeur et de temps restreint les possibilités d'échange et les alourdit. Pour que les échanges se produisent, les offres et les demandes doivent se rencontrer au même moment et sur les mêmes biens. Les espèces monétaires sont précisément les valeurs qui permettent de passer outre cette double exigence. Elles sont des valeurs de réserve qui pallient les décalages de valeur de change et de temps existant dans les échanges au sein d'un système de troc ⁹⁴⁷. Elles existent par référence à l'unité monétaire dont elles sont la représentation - leur valeur est liée à l'estampille officielle qui leur attribue cette valeur ⁹⁴⁸ - et elles jouent le rôle d'intermédiaire dans les échanges ⁹⁴⁹. Ainsi, à défaut de pouvoir échanger au même instant un bien avec un autre bien, les espèces monétaires permettent d'acheter un bien en échange duquel l'acquéreur ne pourrait pas donner une autre chose. Et elles permettent de vendre un bien sans attendre l'apparition d'une autre chose libre et de valeur semblable. Elles autorisent l'abandon du troc en donnant les moyens au propriétaire de céder un bien à une époque et d'acquérir un autre bien à une autre époque. Elles permettent *a fortiori* d'effacer les distorsions de valeur de change entre les choses échangées. Le versement d'espèces monétaires équilibre ou rééquilibre, selon les vœux des parties, les opérations d'échange inégales.

appartenant à la collectivité ; tandis que les secondes, par nature incorporées dans des instruments monétaires, auraient pour objet de permettre les paiements (*Ibid.*, n° 22, p. 22). Or les unités de valeur auquel fait référence l'auteur ressemblent au franc et les unités de paiement s'apparentent aux espèces monétaires qui lui servent d'instrument.

Contra : v. not. B. COURBIS et B. SOUSI, L'euro, réalité monétaire dès 1999, *D.* 1997, Chr., p. 309. -- V. égal. J. CARBONNIER, Les noms monétaires à sens multiples (étude de droit français), *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, 1964, p. 9 et s.

⁹⁴⁷. V. H. GUITTON, La monnaie existe-t-elle ?, *Essais en l'honneur de Jean Marchal*, Cujas, 1975, p. 33. -- Comp. E. KANT écrit que « l'argent est le moyen universel qu'ont les hommes entre eux d'échanger leur travail » (*Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, trad. fr. 1971 par A. Philonenko, Préf. M. Villey, Paris, Vrin, 5^e éd. 1993, p. 167.

⁹⁴⁸. J. HAMEL, Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie, *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 88. -- V. égal. J. CARBONNIER, L'imagerie des monnaies, *Etudes de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac*, LITEC, 1968, p. 47 et s. -- J.-L. RIVES-LANGE, La monnaie scripturale (Contribution à une étude juridique), *Etudes de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac*, Litec, 1968, n° 7, p. 409. -- E. ALFANDARI, Le droit de la monnaie : de l'instrument à la politique, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 146 et s.

⁹⁴⁹. H. GUITTON, *loc. cit.*, p. 33.

Une espèce monétaire n'est donc pas une fin en soi ⁹⁵⁰. Considérée isolément, elle n'a pas d'utilité. Elle ne fait que pallier le défaut de coïncidence entre les dépossessions de biens espérées et les acquisitions souhaitées en faisant office de contrepartie de la chose cédée et de contrepartie de la chose convoitée. De la sorte, elle favorise aussi la circulation des biens.

326. - Pour remplir cette fonction, les espèces monétaires doivent être numériques comme l'unité monétaire de référence. Ce caractère comptable les rend divisibles, consommables et fongibles. Elles sont divisibles, d'abord, sous réserve que le *corpus* qui les véhicule ne porte pas atteinte à cette divisibilité. Ainsi, les grosses coupures n'ont pas la divisibilité de la petite monnaie. Elles sont consommables, ensuite, puisqu'elles ne sont dotés que d'une seule et même fonction ⁹⁵¹. Même lorsqu'il s'agit de les faire fructifier, les espèces monétaires doivent être aliénées ⁹⁵². La monnaie est, enfin, le bien le plus fongible qui soit, du moins lorsque la fongibilité est appréciée dans sa fonction libératoire. Les espèces monétaires peuvent équivaloir à tous les biens, lorsque ceux-ci sont réduits à de simples valeurs ⁹⁵³. Cette fongibilité est, en revanche, moins absolue lorsqu'on la considère dans sa fonction acquisitive de la propriété du bien d'autrui. En effet, les diverses catégories d'espèces monétaires (métallique, fiduciaire, scripturales...) ont le même contenu mais des supports différents. Or, cette distinction formelle fait obstacle à la confusion des espèces monétaires de catégories différentes ⁹⁵⁴. *A contrario*, la fongibilité des espèces monétaires de même forme est parfaite. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle « lorsqu'un compte est crédité du montant d'une créance insaisissable en tout ou partie, l'insaisissabilité se reporte à due concurrence sur le solde du compte » (D. n° 92-755 du 31 juill. 1992 - art. 44 al. 1^{er}) ⁹⁵⁵.

A ces trois caractères de divisibilité, de consommabilité et de fongibilité s'en ajoute un quatrième : les espèces monétaires sont intangibles.

⁹⁵⁰. V. E. KANT, *loc. cit.*, p. 166. -- Rapp. P. DIDIER, Monnaie de compte et compte bancaire, *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 139. -- B. NOGARO, Les principes fondamentaux du droit monétaire français, *Rev. trim. civ.* 1929, p. 992-993. -- J. WOLFF, L'élaboration du circuit monétaire aux XVII^e et XVIII^e siècles : Petty, Boisguilbert, Cantillon, *Essais en l'honneur de Jean Marchal*, Cujas, 1975, p. 40-41. -- V. égal. F. GRUA, Le dépôt de monnaie en banque, D. 1998, Chr., p. 259 et s.

⁹⁵¹. *Contra* : selon M. R. LIBCHABER, la monnaie n'est consommable puisqu'elle peut passer de patrimoine en patrimoine sans perdre jamais sa substance (Thèse préc., n° 133, p. 106-107).

⁹⁵². V. *supra* : n° 15 ; v. égal. *infra* n° 579 et s.

⁹⁵³. V. G. SOUSI selon qui la possibilité de remplacement des instruments monétaires entre eux est totale (La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *Rev. trim. civ.* 1982, n° 10, p. 520). -- Cf. J. CARBONNIER lui reconnaît une fongibilité absolue (*Nomos, Numisma*, variations sur le droit monétaire, *Mélanges à la mémoire de Michel Dendias*, Athènes, 1978, p. 1279).

⁹⁵⁴. V. *supra* : n° 44 et s.

⁹⁵⁵. V. D. R. MARTIN, De la monnaie, *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 336-337.

B. - Le nominalisme monétaire

327. - Instrument de l'unité monétaire de référence, les espèces monétaires en subissent l'intangibilité. Si, par la création des espèces monétaires, le temps est matérialisé dans la valeur de réserve, par le jeu du nominalisme monétaire la valeur de réserve est à son tour immobilisé dans le temps. « Pour remplir convenablement un tel rôle, écrit le Doyen SAVATIER, la monnaie ne devait pas seulement être, *dans l'espace*, un instrument d'échange. Il lui fallait surtout demeurer *dans le temps*, un étalon fixe de la valeur »⁹⁵⁶.

On reprochera, certes, à la monnaie de ne pas bien remplir sa fonction parce qu'avec l'écoulement du temps elle n'exprimerait plus la valeur réelle qu'elle devrait traduire⁹⁵⁷. Mais, cette conséquence est le revers nécessaire de la fonction des espèces monétaires. Dans l'hypothèse où l'obligation monétaire, notamment, est immédiatement exécutée, tout se passe dans l'instant, et l'unité monétaire doit alors être un étalon fixe pour assurer sa fonction de valeur de référence et la sécurité du commerce. En outre, la revalorisation systématique de toutes les obligations monétaires non immédiatement exécutées serait matériellement impossible⁹⁵⁸. En revanche, dans les échanges soumis à la dépréciation monétaire (ceux qui durent dans le temps et sont d'une exigibilité tardive comme c'est souvent le cas en droit patrimonial de la famille, dans les régimes matrimoniaux et en matière de successions) l'effet négatif du nominalisme monétaire peut être pallié. La technique de la dette de valeur permet de faire échapper une obligation monétaire à la dépréciation monétaire en assurant la conservation de la valeur réelle des créances⁹⁵⁹. La dette de valeur représente, au jour du règlement, la valeur effective de ce qui est dû au créancier⁹⁶⁰. D'ailleurs, en réalité, dans l'hypothèse du valorisme monétaire, ce ne sont pas tant les espèces monétaires que l'évaluation qui est en cause. La *date d'évaluation* de l'objet de l'obligation au regard de l'unité de compte monétaire de référence est modifiée et différée à la date d'exécution de

⁹⁵⁶. R. SAVATIER, Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, *loc. cit.*, n° 30, p. 345.

⁹⁵⁷. V. l'article 1895 du Code civil aux termes duquel « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat » (al. 1^{er}). « S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement » (al. 2).

« Si la monnaie jouait parfaitement son rôle, la distinction des dettes de valeur et des dettes de somme d'argent serait sans signification ; une bonne monnaie est la mesure des valeurs, donc toute dette s'exprime ou peut s'exprimer normalement en argent et son libellé monétaire traduit la valeur de la prestation qui en fait l'objet » (P. RAYNAUD, Les dettes de valeur en droit français, *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 611). -- V. égal. B. NOGARO, *loc. cit.*, p. 957 et s. -- P. HÉBRAUD, Observations sur la notion du temps dans le droit civil, *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1979, t. 2, p. 53 et s., p. 57. -- E.-S. DE LA MARNIERE, Monnaie de compte et monnaie de paiement, *D.* 1951, Chr., p. 172.

⁹⁵⁸. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1241, p. 998 et s.

⁹⁵⁹. V. P. RAYNAUD, *loc. cit.*, 1967, p. 612. -- J.-F. PILLEBOUT, Observations pragmatiques sur la dette de valeur, *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 357-360.

⁹⁶⁰. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 1241, p. 998.

l'obligation ⁹⁶¹. Les espèces monétaires, elles, restent inchangées : ce sont toujours les mêmes biens.

§ 2. - *La nature des espèces monétaires*

328. - La dématérialisation récente des espèces monétaires et le pouvoir libératoire qui leur est communément attaché invitent à leur attribuer la nature juridique de droit (A). Mais la nature juridique de bien semble mieux traduire leur contenu (B).

1°. - L'attraction de la qualification de droit

329. - Les économistes qualifient les espèces monétaires de créances : le banquier étant admis, par la loi, à disposer des fonds reçus du public, il ne pourrait en restituer que l'équivalent ⁹⁶² et le client déposant n'aurait qu'une créance de restitution contre lui, représentée par les écritures en compte. L'article 4 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 énonce lui-même que « l'acte de saisie rend indisponible l'ensemble des comptes du débiteur qui représentent des *créances* de somme d'argent » ⁹⁶³. Et dans la mesure où l'on reconnaît aux espèces monétaires un pouvoir libératoire, la valeur de réserve, comme la valeur de change, finit par être happée par la notion de droit ; on connaît la subjectivité qui s'attache à la notion de pouvoir ⁹⁶⁴.

330. - Pourtant, il n'est pas certain que le dépôt irrégulier fasse du banquier dépositaire un propriétaire des fonds reçus du public ⁹⁶⁵. En outre, l'expression *pouvoir libératoire* est trompeuse. Les espèces monétaires entraînent la libération du débiteur d'une obligation monétaire non parce qu'elles contiennent un pouvoir mais parce qu'elles satisfont l'attente du créancier, de la même manière que la livraison de toute autre chose éteint la créance lorsqu'elle correspond à l'objet de l'obligation ⁹⁶⁶. C'est aussi la raison pour laquelle il ne nous semble pas exact de voir dans les espèces monétaires des unités de paiement qui incorporent un droit subjectif prenant sa mesure par rapport aux dettes constituées.

⁹⁶¹. « Seul le changement de l'unité monétaire elle-même vient rompre l'équivalence juridique dans le temps des unités monétaires » (C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. I, *Etat civil. Nationalité. Domicile. Absence. Protection des incapables*, par P. Esmein et A. Ponsard, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1964, par. 48, n° 180, p. 332).

⁹⁶². V. *infra* : n° 579 et s.

⁹⁶³. Le mot en italique est souligné par nous.

⁹⁶⁴. V. *supra* : n° 187 et s. ; n° 269 et s.

⁹⁶⁵. V. *infra* : n° 584.

⁹⁶⁶. V. *supra* : n° 142 et s.

Selon M. LIBCHABER le pouvoir que l'on trouve dans les unités de paiement serait un pouvoir d'extinction des obligations libellées en unités de valeur⁹⁶⁷. Et ce pouvoir serait constitutif d'un droit personnel parce que, lorsque le débiteur paie son créancier en lui donnant des unités de paiement, il devient le sujet actif du droit. C'est lui qui, par son versement d'unités de paiement, peut imposer l'extinction de l'obligation à son créancier, sujet passif⁹⁶⁸. A vrai dire, si le débiteur possède un pouvoir, ce n'est qu'en ce qu'il peut imposer au créancier l'extinction de la créance, notamment par la procédure des offres réelles. Ensuite, une créance - ici la créance du débiteur sur le créancier - a un objet déterminé, un débiteur dénommé, une échéance fixée. Or les espèces monétaires n'en ont pas⁹⁶⁹. Elles passent de mains en mains. En outre, le transfert d'espèces monétaires n'obéit pas aux règles de transport des créances⁹⁷⁰. Enfin, si les espèces monétaires renfermaient un droit et si leur possesseur renonçait à les utiliser, elles finiraient par disparaître. Or il n'en est rien. Les espèces monétaires ne disparaissent pas par le non usage, au plus perdent-elles de la valeur en application du principe du nominalisme monétaire. Elles ne sont pas des droits mais des objets de droits : ce sont des biens.

2°. - L'adoption de la qualification de bien

331. - Au fil du temps, la composition des espèces monétaires s'est modifiée : elles ont été décorporalisées. Aujourd'hui on les dits scripturales. Mais ce changement n'a pas porté atteinte à leur essence. Il ne fait même que traduire sa nature de bien incorporel⁹⁷¹.

⁹⁶⁷. R. LIBCHABER, thèse préc., n° 39, p. 34 ; n° 43, p. 36. -- On peut noter que lorsqu'il traite de ce pouvoir, l'auteur précise qu'il n'étudie pas le support de l'unité ni l'unité elle-même mais son contenu (n° 44-45, p. 37 et s.).

⁹⁶⁸. R. LIBCHABER, thèse préc., n° 43, p. 36-37. -- Rapp. B. COURBIS, Comment l'Etat confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de cours à la notion de pouvoir libératoire légal, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 35. -- Comp. J. BICHOT : « la monnaie a vocation à être en contrepartie d'une augmentation de l'actif, et à être annulée en échange de l'annulation d'un élément d'actif ; c'est dans cette création conjointe et dans cette destruction simultanée de la monnaie et de la contre-monnaie que réside la première raison de parler de la monnaie contemporaine comme d'une dette [...] *Monnaie et contre-monnaie sont des dettes l'une par rapport à l'autre* ; elles sont des dettes parce qu'elles appartiennent à un système comptable prévoyant l'annulation synchrone de l'une par l'autre » (En quel sens la monnaie contemporaine est-elle une dette ?, *Banque*, n° 376, septembre 1978, p. 929. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

⁹⁶⁹. P. DIDIER, *loc. cit.*, p. 139.

⁹⁷⁰. J.-L. RIVES-LANGE, La monnaie scripturale, *loc. cit.*, n° 9 et s., p. 410 et s.

⁹⁷¹. *Contra* : D. R. MARTIN selon qui « la valeur mobilière n'accède à la positivité juridique que par sa constatation, sa corporalisation, en écriture ; c'est un droit scriptural ». Et l'auteur de poursuivre : « l'idée même de droit réel ne peut s'épanouir que sur un objet doué de corporalité » (De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), *D.* 1996, Chr., n° 11, n° 12, p. 49). -- V. égal du même auteur : De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *D.* 1998, Chr., p. 16 et note sous Com., 19 mai 1998, *D.* 1998, J., 552. -- Rapp. sur la corporalité des instruments financiers : A. GAUVIN, Désuétude ou renaissance du contrat de dépôt en matière financière ?, *D. Affaires*, 1998, p. 1471.

332. - Avant de devenir purement numérique, les espèces monétaires étaient des choses existant dans la nature : un coquillage, du bétail puis un métal tel que l'or ⁹⁷². Dans cette dernière hypothèse, le bien constitutif des espèces monétaires a été façonné, fini et s'est peu à peu éloigné du bien constitué d'une chose existant dans la nature. Les espèces monétaires fiduciaires ou le papier-monnaie ont accentué ce mouvement. Et le lien de la valeur de réserve avec ces choses a été définitivement rompu avec l'inconvertibilité de la monnaie en métal ⁹⁷³. Cette règle a fait des espèces monétaires des créations du prince à part entière, des biens qui n'ont plus été des substituts de l'or mais des créations juridiques parfaites ⁹⁷⁴. L'étape la plus récente de l'abstraction des espèces monétaires résulte de leur inscription en compte. Les techniques modernes ont permis à la réalité d'approcher encore davantage l'incorporalité des espèces monétaires de sorte que ce caractère des espèces monétaires s'impose.

333. - Les espèces monétaires ne sont pas des droits, et en particulier des créances, mais des biens. Plus précisément ce sont des meubles corporels lorsqu'il s'agit d'espèces monétaires métalliques, et des biens incorporels lorsqu'il s'agit d'espèces monétaires scripturales ⁹⁷⁵. Leur substance réside toujours dans une signe monétaire, une écriture, ou signifiant qui traduit leur existence ⁹⁷⁶ sur une pièce, un billet ou un compte. Et cette nature incorporelle ne les empêche nullement d'être soumises au droit de propriété de celui qui les possède ⁹⁷⁷. Par définition, les espèces monétaires sont des valeurs par excellence et donc des objets de propriété : elles ne sont même que cela puisqu'elles sont valeur de réserve. Et l'apparition de la monnaie électronique n'atteint pas davantage leur nature incorporelle car il faut distinguer la monnaie elle-même et ses modes de transfert ⁹⁷⁸.

⁹⁷². V. J.-L. HÉRRENSCHMIDT, *Histoire de la monnaie, Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 15 et s. -- Adde E. DE LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris, 4^e éd., 1891, p. 367 et s.

⁹⁷³. M. PEDAMON note qu'avec la dématérialisation des instruments monétaires, l'inconvertibilité est définitivement entrée dans les mœurs (L'or au regard du droit, *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1964, p. 750). -- Adde B. COURBIS, *loc. cit.*, p. 35 et s.

⁹⁷⁴. V. *infra* : n° 381 et s.

⁹⁷⁵. J. HAMEL, *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie, Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 87. -- V. égal. R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, loc. cit.*, n° 28, p. 344. -- *Contra* sur la nature corporelle des valeurs mobilières et autres droits ou actifs scripturaux : D. R. MARTIN (De la nature corporelle des valeurs mobilières, *D.* 1996, Chr., p. 47 et s. et De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *D.* 1998, Chr., p. 16) ; rapp. A. GAUVIN (Désuétude ou renaissance du contrat de dépôt en matière financière ?, *D. Affaires*, 1998, 1471). -- *Contra* sur le rejet de la qualification de biens appliquée à la monnaie : F. GRUA, *Le dépôt de monnaie en banque, loc. cit.*, p. 259 et s.

⁹⁷⁶. Dans ce sens : P. DIDIER, *loc. cit.*, p. 139. -- J.-L. RIVES-LANGE, *La monnaie scripturale, loc. cit.*, n° 1, p. 405 ; n° 7, p. 409. -- V. égal. J. CARBONNIER, *L'imagerie des monnaies, loc. cit.*, p. 51.

⁹⁷⁷. *Contra* : R. LIBCHABER selon qui « la notion de droit de propriété n'a guère de sens appliquée à des objets incorporels qui ne se définissent que par le droit subjectif qui leur est inhérent : on est titulaire d'un droit et non propriétaire » (Thèse préc., n° 174, p. 139). -- V. égal. G. FARJAT selon qui la monnaie et les instruments financiers ne sont pas de nature juridique en eux-mêmes (Nature de la monnaie : une approche de droit économique, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 118). -- E. ALFANDARI considère, pour sa part, que la monnaie ne peut être une marchandise parce qu'elle a une valeur légale et non pas une valeur qui fluctue en fonction de l'offre et de la demande (Le droit de la monnaie : de l'instrument à la politique, *loc. cit.*, p. 138).

⁹⁷⁸. M. CABRILLAC, *Monétique et droit du paiement, Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart - Aspects du droit privé à la fin du XX^e siècle*, L.G.D.J., 1986, p. 86 et s.

C'est pourquoi la dématérialisation des espèces monétaires ne fait qu'exprimer et mettre en valeur leur véritable nature, celle de biens incorporels. En révélant l'immatérialité des espèces monétaires, les écritures en compte ont posé la question de sa nature juridique. En fait, cette décorporalisation ne change pas leur nature. Elle ne fait que la montrer au grand jour. La possession d'un *corpus* métallique ou fiduciaire laissait aisément penser que l'on était propriétaire des espèces monétaires que l'on détenait, alors que ce *corpus* avait une utilité secondaire, celle de véhiculer la chose incorporelle.

C'est la valeur de réserve que renferment les espèces monétaires et la valeur de change des autres biens que l'on retrouve à tous les stades de la théorie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. La valeur intervient au niveau de la définition et du régime de ce droit.

TITRE I.

ESSAI D'UNE DÉFINITION DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

334. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte a été identifié au droit de disposer de l'article 544 du Code civil parce qu'il renvoie comme lui à la consommation des biens ⁹⁷⁹. Mais cette ressemblance ne suffit pas à les assimiler. L'identité des deux notions est démentie lorsque l'on scrute l'étendue du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, son exercice, et la définition du droit subjectif ⁹⁸⁰. Il ressort de cette observation que ce droit de disposer n'est ni un mode d'acquisition ni un diminutif de la propriété subjective. Il relève d'une autre famille juridique. C'est cette catégorie juridique qu'il convient à présent de spécifier en analysant le contenu, la structure et la nature du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

A cette occasion, la notion de valeur se montrera omniprésente et interviendra à plusieurs titres dans la qualification du droit étudié.

Mais précisément parce que la référence à la notion de valeur n'est pas l'apanage du quasi-usufruit, du dépôt irrégulier, du droit de gage ou du droit d'hypothèque, il est nécessaire de tracer les frontières du domaine du droit de disposer du bien

⁹⁷⁹. V. introduction.

⁹⁸⁰. V. *supra* première partie.

d'autrui pour son propre compte. D'autres techniques juridiques s'appuient, en effet, sur la valeur du bien d'autrui (par exemple les privilèges, la fiducie, le gage-espèces etc.). Il faudra les comparer à ce droit afin de les inclure ou de les exclure du domaine de sa qualification.

Ainsi, à l'opération de qualification du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte (*Chapitre I*) doit succéder la délimitation du domaine de cette qualification (*Chapitre II*).

Chapitre I. - La qualification du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

Chapitre II. - La délimitation du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

CHAPITRE I.

LA QUALIFICATION DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

335. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte se distingue à tous égards de l'aptitude du sujet de droit : il n'est pas partie intégrante du droit subjectif, il ne se confond pas avec la capacité de disposer et il est étranger au pouvoir de représentation. Pour le définir, force est de se tourner vers une qualification opposée à la personne juridique et qui relève de l'ordre des biens. Le droit patrimonial pourrait bien être celle-là.

La catégorie des droits patrimoniaux semble être à même d'accueillir le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte car le bénéficiaire de ce droit de disposer intervient dans la sphère de liberté d'autrui en consommant son bien. Or, le droit patrimonial réalise toujours une immixtion dans la sphère d'activité d'autrui. En effet, dès lors que l'on accepte l'unicité du droit *subjectif* sur les biens, les droits patrimoniaux sont délivrés de ce droit absolu qu'est la propriété. S'ils constituent des objets de propriété, dans le même temps ils ne regroupent plus que les droits autres que la propriété, à savoir les droits réels, les droits personnels et les obligations réelles. Or les premiers s'appliquent au bien *d'autrui*, les seconds touchent à la personne *d'autrui* et les troisièmes frappent à la fois le bien *d'autrui* et la personne *d'autrui*. C'est dire qu'ils impliquent tous une ingérence dans la sphère de liberté d'un autre sujet. Pour cette raison, la qualification de droit patrimonial semble adaptée au droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

Une telle qualification justifierait la démarcation de ce droit de disposer du droit de disposer du propriétaire, notamment sur le terrain de leur étendue et de leur exercice ⁹⁸¹. D'une nature opposée à celle du droit de disposer du propriétaire, puisque patrimonial et soumis à la propriété subjective et extrapatrimoniale, ce droit de disposer porterait atteinte à la sphère d'activité du propriétaire sans entamer le

⁹⁸¹. V. *supra* : n° 4 et s. ; n° 94 et s.

pouvoir d'action de celui-ci : il frapperait l'objet auquel le droit du propriétaire se rapporte et non le droit de propriété lui-même.

A priori satisfaisante, cette proposition de qualification peut être vérifiée à l'endroit du contenu du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte (*Section I*). Ce qui autorise, ensuite, à préciser la qualification à la lumière de sa structure afin de déterminer si ce droit de disposer est un droit réel, un droit personnel ou une obligation réelle (*Section II*).

Section I. - Le contenu du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

Section II. - La structure du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

SECTION I.

Le contenu du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

336. - La catégorie des biens compte parmi ses composants un droit patrimonial important : le droit d'usufruit. Il convient de placer à ses côtés le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. A l'instar de l'usufruit, ce droit de disposer a la nature d'un droit patrimonial ; simplement, à la différence du droit d'usufruit qui a pour seul contenu l'*usufructus* du bien, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte intègre l'*abusus* du bien.

Il est vrai que la doctrine majoritaire perçoit dans l'*abusus* le doublet du droit de disposer du propriétaire, de sorte que l'indépendance du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte par rapport au second devrait commander son autonomie par rapport au premier. Mais l'assimilation de l'*abusus* au droit de disposer du propriétaire est imparfaite.

En effet, la conception classique de l'*abusus* recèle des incohérences qui font douter de son bien-fondé (*I*) et enjoignent de rechercher la véritable définition de cet élément. Il s'avère que l'*abusus* a un contenu proche mais une nature juridique opposée au droit de disposer de l'article 544 du Code civil. L'*abusus* n'est pas la résultante du droit subjectif ; il n'est pas annexé au sujet, comme un pouvoir. Il se rattache à l'objet du droit subjectif ; il est une utilité du bien (*II*).

C'est la raison pour laquelle, sans impliquer un démembrement de la propriété, il peut être érigé en contenu d'un droit patrimonial : le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

§ 1. - *L'assimilation discutable de l'abusus au droit de disposer du propriétaire*

337. - Traditionnellement, l'*abusus* est défini comme un attribut du droit de propriété. Il est juxtaposé à l'*usus* et au *fructus*⁹⁸² et il désigne le droit de disposer des choses, tandis que l'*usus* et le *fructus* correspondent au droit de jouir, d'user ou de ne pas user des choses⁹⁸³. La doctrine classique opère cet amalgame entre l'*abusus* et le droit de disposer du propriétaire *parce qu'elle* le considère du seul point de vue de son contenu et donc de sa parenté avec la disposition. Or, lorsqu'on observe l'*abusus* sous l'angle de son régime, cette assimilation est ébranlée. La conception classique de l'*abusus*, en apparence solide quand elle le décrit d'un point de vue statique (A), prête le flanc à la critique lorsqu'on scrute ce même *abusus* d'un point de vue dynamique (B).

A. - L'exposé de la définition classique de l'*abusus*

338. - Le contenu attribué à l'*abusus* explique sans-doute qu'il ait un statut particulier au sein du droit de propriété. L'*abusus* est lié à l'accomplissement des actes juridiques empreints d'une certaine gravité, ce qui justifierait qu'il soit perçu

⁹⁸². V. par ex. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. IV, *Les biens - La publicité foncière*, par P. Théry, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998, n° 432 et s., p. 119 et s. -- C. LARROUMET, *Droit civil*, T. II, *Les biens - Droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, n° 220 et s., p. 119 et s. -- J. OLIER, Distinction entre les droits réels et les droits personnels, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1896, 4^e, A, p. 471. -- J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 24^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1996, par. 164, p. 279. -- P. Jaubert, Deux notions du Droit des biens : la conscriptibilité et la fongibilité, *Rev. trim. civ.* 1945, p. 82. -- A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, T. I, *Introduction générale - Institutions civiles et judiciaires - Personnes et famille*, par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957, n° 81, p. 55. -- A. ROUAST, Problème de l'évolution du droit de propriété, *Travaux de l'Association H. Capitant, II, Journées de Genève* 1947, p. 115. -- G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, éd. nouvelle, t. II, *Obligations - Droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 2246, p. 787. -- G. SOUSI, *loc. cit.*, n° 22 et s., p. 525 et s. -- D. FIORINA, L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 3, p. 44. -- E. DOCKÈS, Essai sur la notion d'usufruit, *Rev. trim. civ.* 1995, note 4, p. 480 ; note 76, p. 493.

⁹⁸³. L. JOSSERAND, Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, n° 3, p. 96. -- G. MORIN, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, t. 2, p. 5. -- R. MARTIN, De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, *Rev. trim. civ.* 1975, n° 13, p. 59. -- H. PERINET-MARQUET, La propriété à l'épreuve de la décentralisation, *D.* 1986, Chr., *passim*, spéc. p. 127 et s. -- M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACIARI, Quelques remarques sur le droit de propriété, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1990, t. 35, p. 233. -- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, *loc. cit.*, n° 18, p. 287. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, *passim*, spéc. n° 1, p. 583-584.

comme l'un des attributs de la propriété (1°) et même comme l'attribut majeur et caractéristique de la propriété (2°).

1°. - L'*abusus*, attribut variable du droit de propriété

339. - L'*abusus* noue une relation certaine avec le pouvoir de disposition et le droit de propriété. Dans la conception classique de l'*abusus*, cette coïncidence est plus ou moins parfaite selon que le pouvoir de disposition est ou non annexé au droit de propriété.

Le plus souvent, l'*abusus* se loge dans le droit de propriété, il correspond à la disposition qui participe de la définition du droit réel de propriété et permet d'accomplir les actes matériels et juridiques (a) ou les seuls actes matériels sur les biens (b). Moins fréquemment, lorsqu'il est utilisé pour désigner la faculté de disposition du sujet propriétaire, il surplombe le droit de propriété (c). Plus rarement, il semble participer tout à la fois de la nature du droit de disposer et de la faculté de disposition du propriétaire (d).

a) L'*abusus*, droit de consommation matérielle et juridique

340. - La majorité de la doctrine voit dans l'*abusus* le droit de disposer absolu et général qui figure dans le droit patrimonial de propriété. Il est l'attribut du droit de propriété par lequel il peut être accompli sur la chose les actes matériels de destruction ou de transformation et les actes juridiques d'aliénation, à titre onéreux ou gratuit, ou d'impignoration⁹⁸⁴. En outre, pour la plupart des auteurs, il est également le droit de conserver⁹⁸⁵ ou d'abandonner⁹⁸⁶ la chose.

Cette conception, qui évoque indifféremment l'aliénation du droit et l'aliénation de la chose ou du bien⁹⁸⁷, subit les mêmes griefs que ceux qui ont pu être avancés à l'encontre du droit de disposer lorsqu'il est inclus dans un droit patrimonial de propriété. D'une part, elle ne prend pas en considération le fait que le droit ne peut pas être la source de sa propre disposition. D'autre part, elle ne tient pas compte du fait que les droits distincts du droit de propriété sont susceptibles de disposition au

⁹⁸⁴ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil français*, 2è éd., t. IV, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, Rousseau, 1938, n° 333, p. 353. -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 68, p. 141. -- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, par F. Chabas, 8è éd., 1994, n° 1333, p. 84. -- G. CORNU, *Droit civil*, Paris, P.U.F., Thémis, Droit Privé. *Introduction - Les personnes - Les biens*, 8è éd., 1997, n° 1021-1023, p. 350. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 9, p. 590.

⁹⁸⁵ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, 1994, n° 1333, p. 84. -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 68, p. 141. Ce dernier tire argument de 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, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

⁹⁸⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 5è éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 113, p. 97.

⁹⁸⁷ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, n° 333, p. 353.

même titre que les choses. La constatation de ces anomalies a poussé PLANIOL, suivi d'autres auteurs, à cantonner l'*abusus* à la disposition matérielle des choses et à le distinguer de la faculté de céder les droits.

b) L'*abusus*, droit de consommation matérielle

341. - Dans la conception de MM. PLANIOL, RIPERT, BOULANGER et PICARD⁹⁸⁸, l'*abusus* est le droit du propriétaire de disposer⁹⁸⁹ ou d'abuser⁹⁹⁰ de ses biens. Il permet d'accomplir les actes de consommation de la chose, c'est-à-dire les actes de transformation ou de destruction de la substance de la chose⁹⁹¹, à l'exclusion des actes de disposition qui relèvent de la faculté supérieure de céder ses droits.

Parce qu'on peut douter que les actes de disposition matérielle et les actes de disposition juridique découlent de deux pouvoirs distincts, DE VISSCHER a rehaussé l'*abusus* au niveau de la faculté de céder les droits en même temps qu'il élève le droit d'accomplir des actes de disposition matérielle au niveau du sujet.

c) L'*abusus*, faculté de consommation matérielle et juridique

342. - A l'instar de PLANIOL, DE VISSCHER a retenu que la faculté de disposer n'est pas une prérogative caractéristique du droit de propriété et que l'identité essentielle de cette faculté reste intacte chez le titulaire d'un droit quelconque⁹⁹². Mais, à la différence de PLANIOL et de ses successeurs, il a considéré que le principe de la distinction entre la faculté de disposer et le droit subjectif devait être étendu à tous les actes de disposition, qu'ils soient matériels et juridiques⁹⁹³. C'est pourquoi, la faculté de céder les droits englobe selon lui le pouvoir de disposer juridiquement des droits et le pouvoir de disposer matériellement des choses. Et c'est à l'endroit de cette faculté, hors du droit subjectif, que DE VISSCHER situe l'*abusus*. Non pas que l'*abusus* corresponde, selon lui, à une faculté de disposer de tous les droits ; il marque plutôt l'étendue de cette faculté permise *par le droit de propriété*. Ainsi, l'*abusus* désignerait une faculté *absolue* ou *générale*, dans la mesure où la propriété donne un droit au moins éventuel à toute l'utilité de la chose⁹⁹⁴. Pour cette

⁹⁸⁸. V. *supra* : n° 252 et s.

⁹⁸⁹. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droits réels*, 1957, préc., n° 2246, p. 787.

⁹⁹⁰. M. PICARD, *Les biens*, préc., note 2 sous le n° 216, p. 224.

⁹⁹¹. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droits réels*, 1957, préc., n° 2248, p. 788. -- Dans le même sens : M. PICARD, *Les biens*, 1952, préc., n° 216, p. 225.

⁹⁹². F. DE VISSCHER, Du « *jus abutendi* », *Rev. trim. civ.* 1913, p. 339.

⁹⁹³. V. *supra* : n° 255.

⁹⁹⁴. Cet absolutisme et cette généralité expliquerait d'ailleurs qu'on ait perçu dans le *jus abutendi* et dans la faculté de disposer une prérogative caractéristique du droit de propriété (F. DE VISSCHER, *loc. cit.*, p. 338-339).

raison, l'*abusus* aurait la même nature que cette faculté et il permettrait au sujet d'accomplir non seulement des actes juridiques mais encore des actes matériels ⁹⁹⁵.

Cette conception rapproche à juste titre les actes de disposition matérielle des actes de disposition juridique mais elle vide de son contenu le droit de disposer de l'article 544 du Code civil. C'est pourquoi, il peut être tentant de partager l'*abusus* en un droit de disposer des choses, d'une part, et une faculté du sujet de disposer de ses droits, d'autre part.

d) L'*abusus*, droit de consommation matérielle et faculté de consommation juridique

343. - MM. TERRE et SIMLER assimilent l'*abusus* au droit de disposer et lui reconnaissent un large contenu ⁹⁹⁶. Ils considèrent qu'il s'applique au droit lorsqu'il est question d'opérer une cession ou une constitution de droits réels au profit d'autrui. Dans cette hypothèse, le déplacement total ou partiel du droit est le jeu de la faculté de céder son droit qui n'est nullement caractéristique de la propriété ⁹⁹⁷. En revanche, le droit de disposer ou *abusus* porterait sur la chose elle-même lorsqu'il s'agit de consommer, transformer, détruire, abandonner ⁹⁹⁸.

Cette thèse opère comme un dédoublement de l'*abusus* qui ne se calque pas exactement sur la théorie de PLANIOL et qui se rapproche davantage de la thèse de DE VISSCHER. PLANIOL réservait le terme *abusus* à la disposition qui porte sur la chose alors que MM. TERRE et SIMLER y voient l'addition de la disposition matérielle de la chose appropriée et de la faculté de céder tout ou partie du droit de propriété. De sorte que l'*abusus* tel que le perçoivent MM. TERRE et SIMLER serait la disposition permise au sujet propriétaire, comme l'a affirmé DE VISSCHER.

344. - Sous une uniformité apparente, cette conception réintroduit une distinction entre les actes de disposition juridique et les actes de disposition matérielle puisque l'*abusus* se dédouble ici en une faculté et un droit de niveaux différents. Pour que l'*abusus* soit uniforme, il faudrait identifier la faculté d'aliéner au droit de disposer de l'article 544. Alors les actes de disposition relèveraient tous de cette faculté et se rapporteraient tous à la chose.

Une telle assimilation rejoint la thèse de la propriété extrapatrimoniale où le droit de disposer est rehaussé au niveau de la faculté de disposer de ses droits. De ce point de vue, la thèse de la propriété subjective contribuerait à l'assimilation de l'*abusus* au droit de disposer du propriétaire. D'ailleurs, *a priori*, la thèse de la propriété

⁹⁹⁵. F. DE VISSCHER, *loc. cit.*, p. 338-339.

⁹⁹⁶. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 39, p. 40 ; n° 112-113, p. 96-98 ; v. égal. n° 760-761, p. 624.

⁹⁹⁷. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 113, p. 98 ; v. égal. n° 760-761, p. 624.

⁹⁹⁸. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 112-113, p. 97-98.

extrapatrimoniale semble pouvoir s'accommoder de l'autre trait généralement reconnu par la doctrine classique à l'*abusus*, à savoir sa qualité d'attribut majeur et caractéristique du droit de propriété.

2°. - L'*abusus*, attribut majeur et caractéristique du droit de propriété

345. - Dans la conception classique de la propriété, l'*abusus* ou droit de disposer n'est pas un attribut ordinaire du droit de propriété. Il bénéficie d'un statut privilégié à tel point que la propriété finit par s'y concentrer. L'*abusus* devient l'attribut majeur du droit de propriété :

« C'est dans cet attribut que la propriété se manifeste, de façon éclatante, comme une petite souveraineté, écrit le Doyen CORNU. Le droit de disposition, de **libre disposition**, de disposition *pleine et entière* est conçu, comme le droit " d'abuser ", matériellement ou juridiquement, d'une chose (de fait, on l'appelle volontiers, par opposition au *fructus*, *abusus* ou *jus abutendi*). Maître chez lui, le propriétaire trouve virtuellement dans son pouvoir de disposition, tous les moyens d'assouvir, sur sa chose, sa volonté de puissance »⁹⁹⁹.

Et c'est spécialement dans l'exercice de la disposition juridique de sa chose que le pouvoir du propriétaire culminerait :

« Le maître est là. *Le propriétaire est celui qui peut, à son gré, vendre ou donner ce qu'il a* : Celui qui peut, librement, disposer de ses biens par des actes juridiques (testament, donation, vente etc.), dilapider si tel est son plaisir »¹⁰⁰⁰.

Assimilé au droit de disposer de l'article 544 de Code civil, l'*abusus* est donc perçu comme le noyau dur, l'attribut essentiel et caractéristique de la propriété¹⁰⁰¹, celui par lequel elle se distinguerait des autres droits réels¹⁰⁰². On en veut pour preuve la situation créée par la constitution d'un usufruit : l'usufruitier a l'usage de la chose comme le propriétaire, mais contrairement à lui il a « la charge d'en conserver la substance » (art. 578 C.Civ.)¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹. G. CORNU, *Les biens*, 1997, n° 1021, p. 350 (Les mots en caractères gras ou en italique sont soulignés par l'auteur).

¹⁰⁰⁰. G. CORNU, *ibid.*, n° 1023, p. 350 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

¹⁰⁰¹. J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 68, p. 141. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, par P. Théry, 4^e éd., 1998, n° 433, p. 120. -- G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droits réels*, 1957, préc., n° 2248, p. 788. -- M. PICARD, *Les biens*, 1952, préc., n° 216, p. 225. -- R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, préc., n° 333, p. 353. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1992, n° 111, p. 82. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 9, p. 590. -- M. CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité de la propriété - Etude de sociologie juridique et de droit positif*, Paris, Sirey, 1933, p. 92.

¹⁰⁰². G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droits réels*, 1957, préc., n° 2248, p. 788. -- M. PICARD, *Les biens*, 1952, préc., n° 216, p. 225. -- Rapp. au sujet du droit de disposition matérielle (transformation ou destruction de la substance de la chose) : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1992, n° 112, p. 82.

¹⁰⁰³. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droits réels*, 1957, préc., n° 2248, p. 788. -- Dans le même sens : M. Picard, *Les biens*, 1952, préc., n° 216, p. 225. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1992, n° 112, p. 82.

Cette conception de l'*abusus*, largement partagée par les auteurs, ne recèle aucun vice lorsqu'elle présente l'*abusus* uniquement dans son rapport à l'idée de disposition d'un bien. Il en va tout autrement lorsque l'*abusus* est observé sous un angle dynamique, c'est-à-dire à la lumière de son régime. Alors les contradictions de la conception classique de l'*abusus* se font jour et l'inclusion de cet élément dans le droit de propriété devient douteuse.

B. - Les contradictions de la conception classique de l'*abusus*

346. - L'assimilation de l'*abusus* au droit de disposer du propriétaire n'est pas exempte de critiques. Le régime de l'*abusus* s'accommode mal de cette identification.

Selon la conception classique, l'*abusus* partage le contenu de la propriété avec l'*usus* et le *fructus*. Or la réalité dément ce schéma. Par certains aspects, l'*abusus*, intangible, absorbe la propriété. Il apparaît alors comme le pivot de la propriété, la prérogative à laquelle elle peut se résumer. En somme, la propriété se concentre dans cet attribut unique et le composant finit par absorber le composé (1°). Puis, par d'autres aspects, l'*abusus* se montre étranger au droit de propriété ; il ne figure pas à l'article 544 du Code civil et le sort qui lui est parfois réservé n'influence en rien le sort de la propriété. Le propriétaire peut en être dépouillé sans que cette atteinte ne frappe son droit (2°).

L'*abusus* dans lequel on voit l'attribut majeur du droit de propriété, est donc l'objet de multiples contradictions qui posent finalement la question de savoir s'il ne relèverait pas de l'apparence du droit de propriété plutôt que de son essence.

1°. - La réduction du droit de propriété à l'*abusus*

347. - Même dans la conception classique de la propriété où le lien de filiation de l'*abusus* à la propriété est affirmé, le parent n'est pas celui qu'on croit.

Contrairement à l'*usufructus* dont elle peut être démunie, l'*abusus* serait l'attribut sans lequel la propriété ne peut pas exister. Il serait « l'apanage du seul propriétaire et ce droit de disposer ne pourrait être attribué à un autre que lui ou, plus précisément, profiter à un autre que lui, sans le priver par là même de son droit de propriété »¹⁰⁰⁴. Ce faisant, l'*abusus* ou droit de disposer est présenté tout à la fois comme un attribut majeur et caractéristique de la propriété et comme l'élément auquel la propriété peut être réduite.

¹⁰⁰⁴. M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 9, p. 590. -- Rappr. sur l'idée que l'*abusus* est l'attribut dont la propriété est inséparable : R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, préc., n° 333, p. 353.

La théorie de la propriété démembrée est à l'origine de cette absorption de la propriété par l'*abusus*. Elle postule que lorsqu'un usufruit est constitué sur un bien, le droit de propriété se concentre dans l'*abusus* et devient nue-propriété (a). En conséquence de quoi, elle relègue définitivement l'*usufructus* au rang d'élément accessoire et secondaire de la propriété et elle fait de la propriété un droit élastique ou un droit composé d'éléments hétérogènes (b).

a) Le faux sens de la nue-propriété

348. - La réduction de la propriété à l'*abusus* procède d'une équation simple : l'*abusus* est la prérogative qui demeure sur la tête du propriétaire d'un bien après la constitution d'un usufruit. Le droit de propriété étant composé de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, la constitution d'un usufruit, lui-même formé de l'*usus* et du *fructus*, ne laisserait que l'*abusus* entre les mains du propriétaire. De cette manière, l'*abusus* finirait par happer le droit de propriété dont il n'était initialement qu'un attribut. Il suffirait à la propriété pour qu'elle existe et il finirait par devenir son synonyme ou son équivalent. C'est cette propriété amputée que la doctrine dénomme « nue-propriété » et qui est finalement de peu d'utilité.

349. - La nue-propriété est plus une expression commode qu'une véritable notion.

Elle présente l'intérêt de désigner rapidement une situation juridique complexe : celle de la propriété d'un bien grevé d'usufruit. Et elle indique que la propriété ne permet plus au propriétaire d'accomplir tous types d'actes sur sa chose grevée d'un usufruit. En particulier, le nu-propriétaire ne peut plus effectuer des actes qui nuiraient à la jouissance de l'usufruitier. En cela, on peut approuver la conservation de l'expression nue-propriété. Mais sa raison d'être est plus terminologique que substantielle.

Dans la conception classique du droit de propriété, la nue-propriété n'est que le doublet et l'appellation circonstancielle de l'*abusus* et de la propriété. Elle désigne l'*abusus*, d'abord, puisque dans la théorie du démembrement elle est le pendant de l'usufruit qui réunit l'*usus* et le *fructus* ¹⁰⁰⁵. Et elle correspond à la propriété, ensuite, puisqu'elle s'applique au propriétaire du bien grevé d'un usufruit qu'on ne se résout pas, au fond, à disqualifier et dont on pressent qu'il demeure un propriétaire ¹⁰⁰⁶. D'ailleurs, les textes emploient seulement le terme propriétaire pour désigner celui dont le bien est grevé d'usufruit ¹⁰⁰⁷. La loi utilise le mot *abusus* pour désigner son

¹⁰⁰⁵. R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, préc., n° 333, p. 353. -- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, 1994, n° 1667, p. 396.

¹⁰⁰⁶. V. F. ZENATI, thèse préc., n° 326, p. 442-443 et obs. sur Civ. 3è, 28 mars 1990, *Rev. trim. civ.* 1991, 565.

¹⁰⁰⁷. V. les articles 578, 585, 592, 599, 600, 603, 605, 607, 609, 611, 612, 614, 616, 617, 618 du Code civil (V. F. ZENATI, thèse préc., n° 274, p. 366).

droit et elle ne connaît guère plus l'expression « nue-propiété »¹⁰⁰⁸. Quant à la doctrine, elle ne fait pas figurer la nue-propiété dans la liste des droits démembres¹⁰⁰⁹ ni dans celle des droits dits réels¹⁰¹⁰.

Outre sa nouveauté relative, le terme de nue-propiété n'apporte rien au droit existant puisque les prérogatives sont connues qui restent acquises au sujet lorsque son bien est grevé d'un droit réel. Le domaine de la nue-propiété se limite à l'hypothèse de la création d'un usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation ; or, les règles légales relatives à l'usufruit et au droit d'usage et d'habitation fixent les droits qui en découlent. En effet, la doctrine refuse le démembrement du droit de disposer alors que la constitution du droit de jouissance en droit d'usufruit enseigne que l'on peut extraire un composant de la propriété sans éteindre cette propriété. L'*abusus* devrait pouvoir être démembre, à l'instar de l'*usufructus*, afin d'être érigé en un droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, or il n'en est rien. D'une utilité limitée, la théorie du démembrement développe donc, aussi, des effets discutables.

b) Le faux jour du droit de propriété

350. - En droit des biens, il n'est jamais question d'extraire l'*abusus* du droit de propriété pour le concéder à autrui. La doctrine rejette cette hypothèse au motif que l'*abusus* désignant le pouvoir d'agir et spécialement le pouvoir d'accomplir des actes juridiques d'une gravité certaine¹⁰¹¹, il est doté d'un statut supérieur au droit de jouissance et ne peut être dissocié du droit de propriété. Ainsi, bien qu'il ne soit pas aussi continu, fréquent ou durable dans son exercice que peut l'être le droit de jouissance, l'*abusus* ne se prêterait pas à une opération de démembrement et le propriétaire ne pourrait pas en être dépossédé, même à titre temporaire.

De cette manière, la théorie du démembrement cache sous l'expression « nue-propiété » une propriété élastique ou une propriété hybride.

351. - Le caractère unilatéral de la théorie du démembrement et l'inégalité de traitement de l'*abusus* et de l'*usufructus* ne peuvent s'expliquer que par l'élasticité ou l'hétérogénéité de la propriété.

¹⁰⁰⁸ . M. ZENATI note que certaines lois postérieures au Code Civil ont employé le vocable de « nu-propiétaire ». L'auteur cite l'exemple de l'article 595 alinéa 4 du Code civil modifié par la loi du 13 juillet 1965 et relatif aux opérations dont peut être l'objet le droit de l'usufruitier. Mais il relativise cette observation en notant que cette expression est le résultat de l'influence de la théorie classique, source de l'idée de propriété démembre (Thèse préc., n° 274, p. 366 et Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 315. -- Dans le même sens : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Préf. M. Gobert, *Bibl. dr. priv.*, t. 248, L.G.D.J. 1995, n° 98, p. 79.

¹⁰⁰⁹ . DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 61, p. 476-477.

¹⁰¹⁰ . DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 12, p. 449 ; n° 47, p. 468 ; n° 61, p. 476. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 274, p. 366.

¹⁰¹¹ . V. *supra* : n° 338 et s.

351-1. - DE VAREILLES-SOMMIERES remarquait que la définition de la propriété comme le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une façon absolue et exclusive à la volonté d'une personne, interdit de qualifier la propriété qui se trouve restreinte par une prohibition légale ou par un droit réel¹⁰¹². En conséquence de quoi, il proposait une définition souple ou élastique de la propriété. Selon lui, la propriété serait toujours entière même lorsqu'un tiers se voit concéder un droit sur le bien du propriétaire. Elle regrouperait les droits qui sont libres et, dans le même temps, elle aurait vocation à englober les droits qui ne le sont pas en raison de leur concession temporaire à autrui. Ainsi, une propriété ne serait parfaite que lorsqu'elle atteint son degré de développement et de perfection maximums, c'est-à-dire lorsque tous les services que peut procurer la chose peuvent effectivement en être tirés par le propriétaire¹⁰¹³. Et si le propriétaire venait à concéder à autrui un droit sur sa chose, la propriété deviendrait incomplète ; elle se rétrécirait et n'aurait pas toute l'étendue dont elle est susceptible¹⁰¹⁴. Mais elle aurait toujours vocation à retrouver sa forme maximale et tendrait toujours à permettre au propriétaire de tirer de la chose tous les services dont elle est susceptible. Elle pourrait être incomplète ou imparfaite, elle serait toujours au moins un « arrière-droit » aux services qui ne sont pas libres¹⁰¹⁵, de la même manière qu'elle est « un droit aux services futurs comme aux services présents »¹⁰¹⁶.

Cette analyse fait du droit de propriété un droit d'étendue variable¹⁰¹⁷. Telle que DE VAREILLES-SOMMIERES le perçoit, à la fois complet ou incomplet et entier, le droit de propriété se présente comme un droit élastique et non comme un droit immuable. L'auteur écrit lui-même que « ce qui le caractérise, ce n'est pas l'étendue qu'il a, c'est celle qu'il est susceptible d'avoir »¹⁰¹⁸. « On lui donne son nom et sa définition non pas à raison des droits qu'elle comprend mais à raison de ceux qu'elle peut comprendre »¹⁰¹⁹. En quelque sorte, la propriété serait un droit à géométrie variable qui est potentiellement le plus étendu des droits.

¹⁰¹². DE VAREILLES-SOMMIERES, *loc. cit.*, n° 58-60, p. 475-476.

¹⁰¹³. *Ibid.*, n° 6, p. 446 ; v. égal. les n° 9, p. 447-448 et n° 67-68, p. 479-480.

¹⁰¹⁴. L'auteur la compare alors à un chêne d'un ou deux ans qui forme une chose incomplète mais entière (*Ibid.*, n° 7, p. 446-447).

¹⁰¹⁵. *Ibid.*, n° 3, p. 444-445 ; n° 20, p. 455 et n° 23, p. 456.

¹⁰¹⁶. *Ibid.*, n° 20 et s., p. 455 et s. ; n° 78, p. 485.

¹⁰¹⁷. *Ibid.*, n° 6, p. 446. -- Rappr. J. DABIN selon qui « le titulaire de la servitude la plus modeste, réduit à un usage étroitement déterminé, le nu-propriétaire, privé de la jouissance utile de son bien, l'héritier grevé de legs ou de charges sont maîtres, sinon comme le propriétaire complet, du moins de l'usage qu'ils en ont selon leur droit : ce service, cette propriété nue ou grevée » (*Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 91).

¹⁰¹⁸. *Ibid.*, n° 46, p. 467. -- « D'habitude la propriété est le plus large des droits réels » ; « toujours elle tend à en être le plus large et toujours peut le devenir » (*Ibid.*, n° 69, p. 480. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). Elle est « un droit d'étendue variable, susceptible d'atteindre un maximum... auquel il tend toujours, susceptible d'être réduit à quelques chances lointaines » (*Ibid.*, n° 6, p. 446), « un droit de puissance variable... tout un faisceau de droits, un faisceau changeant, le plus souvent très gros, parfois très mince, toujours conforme à sa définition, donc toujours entier : l'ensemble de tous les droits qu'il est naturellement possible d'avoir sur la chose, moins ceux qui sont suspendus par les lois positives ou par les conventions » (*Ibid.*, n° 8, p. 447).

¹⁰¹⁹. *Ibid.*, n° 91, p. 492-493. -- C'est un « droit collectif (...), un droit qui comprend ou peut comprendre une foule de droits » (*Ibid.*, n° 8, p. 447), « un droit composé de plusieurs droits » (*Ibid.*, n° 91, p. 492-493).

GINOSSAR a développé la même idée en affirmant que le droit de propriété peut n'être ni total ni perpétuel, mais qu'il est toujours résiduaire parce qu'il confère au propriétaire tous les avantages autres que ceux, partiels ou temporaires, reconnus ou concédés aux titulaires d'autres droits sur ou par rapport à la chose. Selon cet auteur, la propriété n'est donc pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer. Si le propriétaire ne peut pas toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité ¹⁰²⁰.

Cette vision de la propriété comme un droit élastique a l'avantage de donner une définition souple, mais elle laisse irrésolue la question de savoir *ce qu'est* véritablement la propriété. On ne peut se contenter de dire que la propriété est un terme juridique ou une notion résiduelle, comme la nue-propriété. Une définition négative de la propriété ne dit pas ce qu'elle est. En outre, il est douteux qu'elle soit élastique puisque le propre d'une définition est d'être stable. La définition de la propriété comme un droit hétérogène est peut-être plus satisfaisante.

351-2. - La définition de la propriété comme un droit composite peut justifier qu'elle survive à l'amputation du droit de jouissance mais ne souffre pas la soustraction du droit de disposer. Ainsi, l'*abusus* serait l'essence et le révélateur de la propriété, celui sans lequel elle ne peut survivre. Alors que le droit de jouissance ou *usufructus* serait relégué au rang d'attribut secondaire de la propriété. Cet *usufructus* serait une prérogative qui permet d'accomplir les actes purement matériels sur le bien, un pouvoir tout à la fois annexé et extérieur à la propriété, comme le fruit greffé sur le bien principal et qui peut s'en détacher sans l'épuiser. Il constituerait l'apparence de la propriété, à l'image de la possession.

Mais, ériger l'*abusus* en attribut majeur voire unique de la propriété, c'est distinguer là où la loi ne distingue pas. De cette manière, la théorie du démembrement marque une différence entre le droit de jouissance et le droit de disposer du propriétaire alors que le droit de jouissance a le même rapport à la propriété que le droit de disposition. L'un comme l'autre participe de la composition du droit de propriété. Plus précisément, la jouissance, qui désigne le pouvoir conféré sur un objet par le droit subjectif au sujet, englobe la disposition qui vise le pouvoir du sujet de droit d'accomplir des actes juridiques sur cet objet ¹⁰²¹. De surcroît, un composant, fût-il l'élément principal et caractéristique du composé, n'est pas le composé. Il serait donc curieux que l'*abusus* ou droit de disposer puisse équivaloir au droit de propriété défini par l'article 544 du Code civil comme « le droit de jouir et disposer des choses » ¹⁰²², abstraction faite du droit de jouissance.

¹⁰²⁰ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, préc., n° 12, p. 32.

¹⁰²¹ V. *supra* : n° 9 et s.

¹⁰²² Le mot en italique est souligné par nous.

352. - Qu'elle aboutisse à une propriété élastique ou à une propriété hétérogène, la théorie du démembrement est donc douteuse. La redéfinition de la propriété comme un droit subjectif ou extrapatrimonial condamne d'ailleurs l'hétérogénéité et l'élasticité de la propriété puisqu'elle postule son indivisibilité et son irréductibilité. Mais la réduction du droit de propriété à l'*abusus* n'est que la première contradiction inhérente à la conception classique de l'*abusus*. Il en est une seconde qui, paradoxalement respecte l'immutabilité de la propriété : le droit du propriétaire survit aux atteintes portées à l'*abusus*.

2°. - L'indifférence du droit de propriété à l'*abusus*

353. - Le droit de propriété montre son indifférence à l'*abusus* à plusieurs égards. D'une part, la définition que l'article 544 du Code Civil donne du droit de propriété ne mentionne pas l'*abusus* (a) et, d'autre part, l'existence du droit de propriété ne suit pas le sort de l'*abusus* (b).

a) L'*abusus* est absent de la définition légale du droit de propriété

354. - « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses... » énonce l'article 544 du Code Civil. Il n'y a donc nulle trace, dans ce texte, de l'*usus*, du *fructus* ou de l'*abusus*. Le fameux triptyque n'est pas inscrit dans la lettre de l'article 544 du Code civil. La définition du contenu de la propriété comme *jus utendi, jus abutendi, jus fruendi* fait même défaut dans les textes romains¹⁰²³.

Certes, l'absence d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus* de la définition (légale) du droit de propriété peut n'être qu'une question formelle. D'ailleurs, ceux qui l'ont relevée¹⁰²⁴ l'ont aussitôt dépassée en établissant un rapport de synonymie entre l'*usus*, le *fructus* ou l'*abusus*, d'une part, et le droit de jouir et disposer des choses, d'autre part. De cette manière, certains regroupent l'*usus* et le *fructus* sous l'expression « droit de jouir » et assimilent l'*abusus* au « droit de disposer »¹⁰²⁵. Pendant que d'autres affirment, d'une part, que le *jus fruendi* (ou *fructus*) est la jouissance des choses et le *jus utendi* (ou droit d'usage) son prolongement ; et que, d'autre part, l'*abusus* serait la disposition des choses et le droit d'aménagement et d'administration sa suite¹⁰²⁶. Dans ces conditions, le silence de l'article 544 du Code Civil quant à l'*usus*, au *fructus* et à l'*abusus* serait au plus l'effet d'une omission du législateur.

¹⁰²³. V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droits réels*, 1957, préc., note 1 sous le n° 2246, p. 787. -- M. PICARD, *Les biens*, 1952, préc., note 2 sous le n° 216, p. 225. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 276, p. 369. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 5, p. 587.

¹⁰²⁴. V. par ex. : DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 12, p. 449. -- G. CORNU, *Les biens*, 1994, n° 1016 et s., p. 349 et s.

¹⁰²⁵. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 12, p. 449. -- Rapp. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 39, p. 40 et n° 107, p. 94.

¹⁰²⁶. G. CORNU, *Les biens*, 1997, n° 1016 et s., p. 349 et s.

L'examen plus précis des trois termes en cause laisse, au contraire, penser que cette distorsion terminologique n'est pas purement circonstancielle et accidentelle.

b) Le sort de l'*abusus* n'a pas d'influence sur le droit de propriété

355. - Les auteurs qui constatent l'appartenance de l'*abusus* à la définition du droit de propriété, notent la dissociation croissante de la propriété et de cet *abusus*. Ils remarquent qu'il existe de nombreuses restrictions au droit de propriété individuelle qui, soit empêchent le propriétaire d'user pleinement de son droit, soit l'en dépouillent, soit lui enjoignent d'user de son droit ¹⁰²⁷. Or ces restrictions, qui n'épargnent pas l'*abusus*, laissent le droit de propriété inchangé. Le droit de propriété survit intact à la paralysie (1/) et à la réglementation (2/) de l'*abusus*.

Face à un tel cloisonnement du droit de propriété et de l'*abusus*, force est d'admettre l'extériorité de l'*abusus* à la composition du droit de propriété.

1. L'indifférence du droit de propriété à la paralysie de l'*abusus*

356. - Les hypothèses sont nombreuses dans lesquelles l'*abusus* échappe au pouvoir du propriétaire par immobilisation ou par dépossession. Pourtant, le droit de propriété ne subit aucun bouleversement du fait de ces atteintes portées à l'*abusus*.

Par exemple, le propriétaire du bien grevé d'un usufruit est tenu de ne rien faire qui puisse nuire à la jouissance de l'usufruitier (art. 599 C.Civ.) ¹⁰²⁸. En particulier, il ne peut pas disposer matériellement de la chose, ni la modifier ni diminuer sa substance ni la détruire ¹⁰²⁹. Et s'il peut disposer de la « nue-propriété », il ne peut pas céder l'usufruit. Son pouvoir de disposer du bien ne peut donc pas frapper la part du bien englobée par l'usufruit. L'usufruit et la part du bien à laquelle il correspond lui échappent - ce qui explique que l'opération de cession du bien grevé d'usufruit soit rarement avantageuse ¹⁰³⁰ - au plus, suivent-ils le bien lorsque le nu-propriétaire le cède. Malgré tout, la neutralisation de l'*abusus* n'efface pas la propriété et le « nu-propriétaire » demeure un véritable propriétaire. Le propriétaire qui a loué son bien ne peut non plus en changer la forme (art. 1723 C.Civ.) ni le louer une seconde fois, pour le même terme, au détriment du droit du preneur (arg. art. 1743 C.Civ.) ¹⁰³¹. Lorsqu'il greève son bien d'une servitude, il ne peut ni le grever de

¹⁰²⁷. V. not. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 257 et s., p. 192 et s. ; n° 302 et s., p. 218 et s. ; n° 319 et s., p. 230 et s.

¹⁰²⁸. Dans le cadre des servitudes et au profit du fonds dominant, l'article 701 du Code civil contient une disposition analogue à l'article 599.

¹⁰²⁹. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 77, p. 484. -- S. GINOSSAR, *Op. cit.*, note 55, sous le n° 11, p. 31. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 119, p. 166 ; n° 120, p. 167 ; n° 427, p. 589-590. -- G. CORNU, *Les biens*, 1997, n° 1267, p. 421 ; n° 1291-1293, p. 427.

¹⁰³⁰. G. CORNU, *ibid.*, n° 1292 et 1293, p. 427.

¹⁰³¹. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 77, p. 484. -- S. GINOSSAR, *op. cit.*, note 55, sous le n° 11, p. 31. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 426, p. 589.

charges nouvelles ni concéder de droits nouveaux qui soient incompatibles avec ceux antérieurement établis¹⁰³² ni opérer des transformations ou destructions qui porteraient atteinte aux servitudes qui grèvent déjà son fonds¹⁰³³. De nouveau, le propriétaire du bien loué ou grevé de servitude conserve sa qualité. De même, en matière d'indivision, l'*abusus* n'existerait pas tant au plan matériel que juridique¹⁰³⁴. Pourtant, les coïndivisaires sont bien propriétaires. Le propriétaire d'un monument historique, d'un site classé ou d'objets mobiliers d'intérêt historique et artistique ne peut pas non plus transformer sa chose, la réparer, la restaurer, l'aliéner, la construire, la grever d'une servitude etc. à son gré. De tels actes de disposition sont tantôt impossibles, tantôt soumis à l'autorisation de l'autorité publique compétente (le Ministre des Beaux-Arts) (L. 2 mai 1930 et L. 31 déc. 1913)¹⁰³⁵. Le propriétaire d'un livre hors du commerce ou le titulaire d'une créance indisponible à raison de son caractère alimentaire est également propriétaire de cette chose ou de ce droit quoiqu'il ne puisse en disposer¹⁰³⁶. Tous demeurent propriétaires de leur bien. Enfin, les parties à une opération juridique peuvent décider de l'inaliénabilité d'un bien, une nue-propriété ou un immeuble etc.¹⁰³⁷, pour un temps et pour un motif sérieux et légitime¹⁰³⁸. L'immobilisation de l'*abusus* n'entame pas le droit du propriétaire. Lorsque le donateur ou l'auteur d'un legs entend affecter l'utilité du bien transmis à l'usage d'un proche, le donataire ou le légataire perd temporairement la possibilité de le céder, mais il conserve la plupart des utilités du bien en qualité de propriétaire.

Ainsi, dans aucune de ces hypothèses, la propriété n'est frappée dans son essence. Le propriétaire reste le sujet doté du droit de jouir et disposer de son bien de la manière la plus absolue dans les limites posées par les lois et par les règlements. Et il en va de même lorsque l'*abusus* est réglementé.

2. L'indifférence du droit de propriété à la réglementation de l'*abusus*

357. - Les hypothèses sont nombreuses dans lesquelles le propriétaire peut disposer de son bien mais dans des conditions prévues par les textes. L'*abusus* semble alors échapper au propriétaire qui conserve pourtant son droit.

Ainsi, en raison de la nature, de l'emplacement et de la fonction du bien, le propriétaire peut être contraint d'accomplir un acte de disposition sur ce bien. Il peut

¹⁰³². S. GINOSSAR, *op. cit.*, note 55, sous le n° 11, p. 31.

¹⁰³³. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 77, p. 484.

¹⁰³⁴. F. ZENATI, thèse préc., n° 93, p. 136.

¹⁰³⁵. . V. sur ce rappel : DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 81, p. 487. -- A. ROUAST, *loc. cit.*, p. 112-113. -- D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 1969, p. 137. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 427, p. 589 et note 156 sous le n° 427, p. 589. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 112, p. 97 ; n° 342, p. 243-244 ; n° 344, p. 244-245.

¹⁰³⁶. D. BERRA, thèse préc., p. 124.

¹⁰³⁷. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 118, p. 101.

¹⁰³⁸. J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1ère éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 11147, p. 93.

être obligé de grever son bien d'une servitude d'utilité publique ou d'une servitude légale de voisinage, afin de supporter des appareils d'éclairage public, de signalisation etc. ou un bornage, une clôture, un jour ou une vue ¹⁰³⁹. Il même peut se voir imposé l'échange de sa parcelle en cas de remembrement ¹⁰⁴⁰. Et sa propriété peut lui être ôtée dans le cadre d'une nationalisation ¹⁰⁴¹ ou d'une expropriation pour cause d'utilité publique (v. art. 545 C.Civ.) ¹⁰⁴². Il n'empêche que le propriétaire conserve son droit sur le bien quoiqu'il ne soit pas maître de son affectation, du moins jusqu'à l'accomplissement de l'acte de transfert du bien.

Sans imposer au propriétaire l'accomplissement d'un acte de disposition, la loi peut encore désigner le bénéficiaire déterminé ou déterminable de l'acte de disposition éventuellement accompli par lui. Ainsi, l'Etat peut exercer sur toute vente publique d'œuvres d'art, classées ou non, un droit de préemption et de substitution (art. 37 de la loi de finances du 31 décembre 1921) ¹⁰⁴³. De même, le locataire d'un immeuble sera prioritaire à l'acquisition du logement qu'il occupe en cas de vente par le bailleur (Art. 15 II de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989).

Enfin, la loi peut fixer la teneur de l'acte de disposition accompli par un propriétaire sur son bien. Par exemple, un propriétaire d'un immeuble peut le donner en location mais il doit respecter les règles de durée minimale des baux, de maintien dans les lieux, de réglementation des loyers, de fixation d'une indemnité d'éviction le cas échéant ¹⁰⁴⁴. Les règles du droit de l'urbanisme qui peuvent faire obstacle au libre droit de cession de l'immeuble, modèrent aussi parfois le prix de cession ¹⁰⁴⁵. Quant à la personne qui a un titre de propriété sur un terrain ou un immeuble d'habitation, elle est tenue de respecter les règles concernant la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions, le mode de clôture et la tenue décente des propriétés foncières et des constructions (L. 11-1, al. 1^{er} C.Urb. ; R. 11-1 et s. C.Urb.), les règles de plan d'occupation des sols qui peuvent l'empêcher de construire sur son

¹⁰³⁹ L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 13 à n° 15, p. 105-107. -- G. MORIN, *loc. cit.*, p. 6-7, p. 12. -- E. AGOSTINI, *loc. cit.*, p. 4-7. -- P. CATALA, L'évolution contemporaine du droit des biens, *loc. cit.*, n° 13, p. 184-185. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 328, p. 325-326 ; n° 319 et s., p. 230 et s. ; n° 257 et s., p. 192 et s. -- E. ROGUIN, *La règle de droit*, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, 1889, n° 161-163, p. 305-306. -- *Adde* du même auteur : *La science juridique pure*, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, 1923, t. III, n° 1098-1099, p. 845-847.

¹⁰⁴⁰ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 352 et s., p. 250 et s.

¹⁰⁴¹ A. ROUAST, *loc. cit.*, p. 112-113. -- G. Morin, *loc. cit.*, p. 6-7, p. 12. -- E. AGOSTINI, *loc. cit.*, p. 8-10.

¹⁰⁴² L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 13 à n° 15, p. 105-107. -- A. ROUAST, *loc. cit.*, p. 112-113. -- G. MORIN, *loc. cit.*, p. 6-7, p. 12. -- E. AGOSTINI, *loc. cit.*, p. 8-10. -- J.-L. BERGEL, L'évolution contemporaine du droit de propriété en France, *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Beguet*, publié avec le concours de la ville de Toulon - Var, 1985, p. 17-22. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 487 et s., p. 341 et s.

¹⁰⁴³ E. AGOSTINI, *loc. cit.*, p. 8-10. -- P. CATALA, L'évolution contemporaine du droit des biens, *loc. cit.*, n° 13, p. 185. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 342, p. 244. -- *Adde* sur le droit de préemption de la S.A.F.E.R. : J.-P. MOREAU, L'évolution de la propriété foncière, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 35 et s.

¹⁰⁴⁴ A. ROUAST, *loc. cit.*, p. 112-113. -- E. AGOSTINI, *loc. cit.*, p. 4-7. -- J.-L. BERGEL, *loc. cit.*, p. 17-22.

¹⁰⁴⁵ E. AGOSTINI, *loc. cit.*, p. 4-7. -- H. PERINET-MARQUET, *loc. cit.*, n° 10 à n° 15, p. 130-131.

sol¹⁰⁴⁶, les règles qui imposent une déclaration préalable de l'administration pour entreprendre des travaux de défrichement de forêt ou de recherche et découverte des mines (C.minier)¹⁰⁴⁷. Néanmoins, les biens immobiliers de ces propriétaires leur appartiennent toujours et en totalité. Dans l'arrêt Mellacher du 19 décembre 1989, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a elle-même admis que la réduction de loyer prévue par une législation nationale n'entraîne pas une privation de propriété sous la forme d'une expropriation formelle ou de fait. En l'occurrence, la législation autrichienne établissait un contrôle du montant des loyers des baux d'habitation et imposait aux propriétaires des immeubles d'affecter le produit des loyers à leur entretien et à leur réparation. La cour européenne a jugé qu'une telle ingérence ne s'analyse qu'en une réglementation de l'usage des biens¹⁰⁴⁸ et que le droit de ces propriétaires subsiste puisqu'il n'y a ni transfert de propriété ni transfert du droit d'user, de louer ou de vendre lesdits biens. Comme la paralysie de l'*abusus*, la réglementation de l'*abusus* demeure sans incidence sur le droit de propriété.

358. - Pour justifier la survivance du droit de propriété, dans les faits et dans les principes, malgré le développement des limitations posées à l'*abusus*, on peut arguer du fait que ces atteintes sont parsemées et ne se concentrent pas sur les mêmes propriétaires ni sur les mêmes biens¹⁰⁴⁹. Pourtant, d'un point de vue quantitatif, elles sont et demeurent fréquentes. D'ailleurs, la plupart des auteurs disent de la propriété qu'elle a perdu son double caractère de droit absolu et exclusif¹⁰⁵⁰ ; que la notion romaine de la souveraineté, fondement de l'*imperium* et du *dominium*, est décadente¹⁰⁵¹ ; que le droit de propriété n'est plus qu'un droit de concession qui peut être précaire et qui n'a plus rien en commun avec celui qu'ont admis les auteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et ceux du Code civil¹⁰⁵² ; qu'il est peut-être en train de se constituer une sorte de système féodal dans lequel les collectivités locales, notamment, exerceraient un domaine éminent¹⁰⁵³. A vrai dire, l'importance quantitative et qualitative des limitations de l'*abusus* est indéniable mais ces limitations n'atteignent pas le droit de propriété.

¹⁰⁴⁶ H. PERINET-MARQUET, *loc. cit.*, n° 5 à n° 8, p. 128-129.

¹⁰⁴⁷ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 325, p. 233 ; n° 338, p. 242 ; n° 360, p. 255. -- L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 13 à n° 15, p. 105-107. -- A. ROUAST, *loc. cit.*, p. 112-113. -- D. BERRA, thèse préc., p. 137.

¹⁰⁴⁸ L. SERMET, La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Droit de Propriété : L'arrêt Mellacher 19/12/1989, *Gaz. Pal.* 1991, I Doctr., 142.

¹⁰⁴⁹ J.-L. BERGEL, *loc. cit.*, p. 22-23. -- Rapp. GINOSSAR qui, constatant que la faculté de disposition ou *abusus* peut être restreinte ou anéantie par la volonté du propriétaire ou du législateur, affirme que ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition, ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété (*Op. cit.*, n° 11, p. 30-31). -- V. égal. R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : ces auteurs considèrent que le droit de disposer du propriétaire peut être suspendu par l'effet d'une disposition légale ou d'une convention, mais qu'il ne s'agit là que d'exceptions, d'une portée d'ailleurs limitée, au principe de libre disposition (*Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, préc., n° 333, p. 353). -- V. égal. E. ROGUIN selon qui le propriétaire d'un bien grevé d'un droit réel partiel demeure propriétaire parce que, si à l'égard de son cocontractant il se trouve limité dans ses pouvoirs d'utilisation, il les conserve intacts envers les tiers (*La science juridique pure*, préc., n° 1095, p. 840-841).

¹⁰⁵⁰ G. MORIN, *loc. cit.*, p. 6-7, p. 12.

¹⁰⁵¹ G. MORIN, *loc. cit.*, p. 16.

¹⁰⁵² A. ROUAST, *loc. cit.*, p. 115.

¹⁰⁵³ H. PERINET-MARQUET, *loc. cit.*, n° 9, p. 129-130.

Les restrictions qui frappent l'*abusus* ne doivent pas conduire à rabaisser la propriété au rang de droit démembrement. Un tel recul du droit de propriété n'est pas possible ni même nécessaire. En raison de sa subjectivité ¹⁰⁵⁴, le droit de propriété est immuable et intangible. Si limitation il y a, l'*abusus* seul en subit les marques. Lui seul devient un droit de concession parce qu'il se distingue du droit de disposition exclusif et absolu du propriétaire.

§ 2. - La distinction souhaitable de l'*abusus* d'avec le droit de disposer du propriétaire

359. - Un auteur a fait le triple reproche à l'article 544 du Code civil de présenter la propriété comme la somme des éléments qui en sont nés, à savoir l'usage, la jouissance et la disposition ; de n'être pas loin de la considérer comme la réunion de l'usufruit et de la nue-propriété, malgré l'abolition de la distinction du domaine utile et du domaine éminent ; et de ne pas évoquer l'opportunité de développer les sujétions ni la nécessité de respecter la liberté du propriétaire ¹⁰⁵⁵. Pourtant, ces contradictions et ces lacunes ne sont que des défauts en trompe-l'œil. Elles découlent toutes de l'assimilation, contestable, du droit d'usufruit au droit de jouissance inclus dans la propriété. Plus généralement, elles tiennent à l'identification des droits sur le bien d'autrui aux attributs du droit de propriété ¹⁰⁵⁶. Car, les droits patrimoniaux ne sont pas extraits du droit de propriété d'autrui : ils sont construits à partir des utilités du bien d'autrui. L'usufruit, par exemple, a pour contenu l'*usufructus* du bien d'autrui qui est une utilité de ce bien. Et puisque cette utilité a une valeur, elle fait du droit d'usufruit un bien, un droit patrimonial.

Or il en va du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte comme du droit d'usufruit.

Le droit du quasi-usufruitier, du dépositaire irrégulier et du créancier gagiste ou hypothécaire correspond à un droit patrimonial parce qu'il est constitué de l'*abusus* du bien d'autrui. Cet *abusus* a été confondu à tort avec le droit de disposer du propriétaire sous l'influence de la confusion de l'*usufructus* et du droit de jouissance (A). Alors qu'il est objectif puisqu'il désigne l'une des utilités du bien d'autrui (B). Ce qui permet de l'ériger en un droit patrimonial au profit d'un tiers (C), sans démembrement du droit de propriété.

¹⁰⁵⁴. V. *supra* : n° 269 et s.

¹⁰⁵⁵. C. ATIAS, *loc. cit.*, p. 10-11.

¹⁰⁵⁶. V. *supra* : note 1 sous le n° 150.

A. - L'origine de la dénaturation de l'*abusus*

360. - L'*usufructus* qui compose le droit d'usufruit a été assimilé au droit de jouissance du propriétaire sous la pression de deux facteurs. D'abord, parce qu'il aboutirait à un partage mathématique des attributs de la propriété, le droit d'usufruit serait nécessairement issu du droit de propriété (1°). Ensuite, l'usufruit formel ressemblant fort à l'usufruit causal, le droit d'usufruit ne serait autre que le droit de jouissance du propriétaire (2°). De sorte que, par contagion ou par un jeu de parallélisme des formes, l'*abusus* a été identifié au droit de disposer du propriétaire.

1°. - Le partage mathématique des pouvoirs sur le bien grevé d'un droit patrimonial

361. - L'analyse des droits que l'usufruitier et le nu-propriétaire exercent respectivement sur le bien grevé laisse penser qu'ils se partagent les pouvoirs initiaux du propriétaire. Mais l'apparence est trompeuse et la déduction trop hâtive car elles ne tiennent qu'à l'observation du droit d'usufruit (*a*). Or une telle approche du droit d'usufruit est largement démentie par l'analyse des situations juridiques issues des autres droits patrimoniaux. Ces situations prouvent, en effet, que la constitution d'un droit sur le bien d'autrui n'entraîne pas nécessairement un partage arithmétique des droits sur le même bien (*b*).

a) Le modèle : le droit d'usufruit

362. - Le droit d'usufruit serait issu du droit du propriétaire puisque sa constitution provoque le partage mathématique des attributs de la propriété.

Le nu-propriétaire perdrait le pouvoir concédé à l'usufruitier tandis qu'il conserverait le pouvoir qui n'est pas transféré à cet usufruitier. Ainsi, il ne pourrait profiter ni de la fonction principale du bien (l'*usus*), ni des fruits civils ou naturels produits par le bien (le *fructus*). Et, il est vrai que le nu-propriétaire qui greève d'un usufruit son immeuble, par exemple, ne peut l'habiter ni en percevoir les fruits. Seul l'usufruitier est en droit d'user de la chose et d'en encaisser les revenus. Corrélativement, le nu-propriétaire conserverait l'*abusus* du bien que l'usufruitier ne posséderait pas, sauf à devenir propriétaire du bien comme le veut la théorie classique du quasi-usufruit ¹⁰⁵⁷.

363. - Pourtant, lorsqu'un propriétaire choisit de constituer un usufruit sur son bien, il est tenu de ne rien faire qui puisse nuire à la jouissance de l'usufruitier

¹⁰⁵⁷. V. *supra* : introduction III.

(art. 599 al. 1^{er} C.Civ.). Autrement dit, il ne peut pas en disposer matériellement ¹⁰⁵⁸. La possibilité de disposer juridiquement du bien est elle-même entamée puisque l'aliénation d'un bien donné en usufruit est pratiquement moins avantageuse que la vente d'un bien libre de toute charge ¹⁰⁵⁹. A l'endroit de l'*abusus* on ne peut donc pas dire que le droit d'usufruit opère une répartition algébrique des attributs du droit de propriété : le nu-propiétaire perd une bonne partie de cet *abusus*.

Même du point de vue de l'*usufructus*, l'idée d'une telle division est démentie. En effet, si le nu-propiétaire perd temporairement le droit de profiter de l'*usufructus* du bien, ce n'est pas en raison d'une distribution *juridique* des attributs de la propriété entre lui-même et l'usufruitier. L'impossibilité du nu-propiétaire d'accéder à cet *usufructus* tient à un empêchement *matériel* : l'*usus* et le *fructus* d'un bien ne sont pas toujours susceptibles de partage. Par exemple, si les fruits sont perçus par l'usufruitier, ils ne peuvent l'être en même temps par le nu-propiétaire. Mais d'autres fois, *usus*, *fructus* et *abusus* sont doués du don d'ubiquité et peuvent profiter à plusieurs personnes à la fois. L'analyse des situations juridiques nées des droits patrimoniaux autres que le droit d'usufruit le confirme.

b) Les exceptions : les autres droits patrimoniaux

364. - L'examen des situations juridiques issues de la constitution des droits patrimoniaux contredit la théorie du démembrement de la propriété. Il fait apparaître que les droits réels ne comportent pas nécessairement les caractéristiques de la fraction de propriété qu'ils sont censés représenter ¹⁰⁶⁰. Souvent, le propriétaire grevé continue de bénéficier du pouvoir dont profite le titulaire du droit patrimonial (1/). Dans d'autres situations, la création d'un droit sur son bien paralyse, à son détriment, un pouvoir différent de celui dont bénéficie le tiers titulaire de ce droit (2/).

1. La conservation de l'utilité concédée par le propriétaire

365. - La constitution d'un droit au profit d'autrui sur son bien n'ôte pas nécessairement au propriétaire le pouvoir dont tire avantage le titulaire du droit patrimonial ¹⁰⁶¹. Par exemple, le propriétaire du fonds servant peut continuer d'user

¹⁰⁵⁸. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 77, p. 484. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 119, p. 166 et n° 120, p. 167. -- G. CORNU, *Les biens*, 1997, n° 1267, p. 421 ; n° 1291-1293, p. 427.

¹⁰⁵⁹. G. CORNU, *Les biens*, 1997, n° 1292 et 1293, p. 427.

¹⁰⁶⁰. F. ZENATI, thèse préc., n° 68, p. 108 ; n° 69, p. 110 ; n° 180, p. 249. -- V. égal. les auteurs cités par lui au n° 180, p. 249. -- G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Aix, 1902, p. 306 et s.

¹⁰⁶¹. Le droit d'usage et d'habitation peut conduire à un partage des mêmes utilités du bien entre nu-propiétaire et usufruitier, contrairement à ce qui se produit avec le droit d'usufruit. Mais cette concurrence tient au fait que le titulaire du droit d'usage et d'habitation ne peut exiger de fruits du fonds ou habiter l'immeuble grevé qu'autant que cela est nécessaire pour ses besoins et ceux de sa

de la chose, dès lors qu'il respecte la jouissance que son voisin en retire ¹⁰⁶². En présence d'une servitude de passage, il conserve le droit de passer à l'endroit où la servitude est assise ¹⁰⁶³. De même, le propriétaire d'un immeuble apporté en garantie d'une créance peut vendre ce bien, constituer sur lui un droit dit « démembré » ou le céder à titre gratuit, puisque ces actes ne diminuent pas les droits du créancier, l'acquéreur du bien étant tenu de la dette à titre de tiers détenteur ¹⁰⁶⁴. Il peut également le détruire en tout ou partie dès lors que cette destruction augmente sa valeur (suppression de masures et de ruines ; destruction pour reconstruire) ¹⁰⁶⁵. Enfin, le déposant irrégulier peut user de ses fonds quand bien même ils se trouvent entre les mains du dépositaire irrégulier.

D'autres situations juridiques révèlent que la constitution d'un droit sur un bien au profit d'autrui peut laisser au propriétaire le bénéfice du pouvoir concédé et paralyser un autre pouvoir sur le même bien.

2. La distinction de l'utilité concédée et de l'utilité paralysée pour le propriétaire

366. - Dans des cas divers, la constitution d'un droit au profit d'autrui sur le bien du propriétaire prive celui-ci de pouvoirs autres que ceux acquis par le titulaire du droit.

Ainsi, le propriétaire qui constitue une servitude de passage sur son fonds abdique des droits autres que le passage sur son bien. Il renonce au droit de bâtir sur ce terrain, au droit de le cultiver, au droit de le clore à l'entrée et à la sortie du passage. Et ces droits sacrifiés par le propriétaire ne profitent pas davantage au bénéficiaire de la servitude de passage ¹⁰⁶⁶. La servitude négative de ne pas construire produit le même effet. Le propriétaire sacrifie la possibilité de modifier matériellement son fonds en s'abstenant de le bâtir. Pour autant, le propriétaire du fonds dominant n'obtient pas le droit d'édifier une construction sur ce fonds voisin. Le pouvoir dont il bénéficie est d'un autre ordre : il profite d'une vue et d'un ensoleillement.

De la même manière, en matière de sûreté réelle, pour que la valeur du bien soit conservée et son affectation mieux respectée, le débiteur doit jouir du bien en bon père de famille ¹⁰⁶⁷. A cette fin, il est privé de certaines de ses utilités ¹⁰⁶⁸.

famille (V. art. 630 et 633 C.Civ.). Le reste de l'*usus* et du *fructus* du bien demeure donc à la disposition du nu-propriétaire. -- V. G. RIPERT, *ibid.* -- F. ZENATI, *ibid.*

¹⁰⁶². DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 88, p. 491.

¹⁰⁶³. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ibid.*, n° 88, p. 491.

¹⁰⁶⁴. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 844, p. 673.

¹⁰⁶⁵. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 844, p. 676.

¹⁰⁶⁶. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 88, p. 491.

¹⁰⁶⁷. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 841, p. 672.

Notamment, il ne peut percevoir les loyers avec trop d'avance ni les céder ou les déléguer¹⁰⁶⁹. S'il passe outre les interdictions qui lui sont imposées, soit les actes irréguliers sont inopposables au créancier soit le créancier peut s'y opposer¹⁰⁷⁰. Il ne doit pas non plus aliéner les produits du bien ni détruire le bien lui-même¹⁰⁷¹. En cas de transformation d'une partie de l'immeuble en meuble ou d'aliénation et de transformation des produits en meubles, le droit de suite du créancier nanti se heurterait à la présomption de titre que l'article 2279 du Code civil confère au tiers détenteur¹⁰⁷². Enfin, les actes de destruction totale ou partielle de l'immeuble¹⁰⁷³ de même que les actes de conclusion de baux sur l'immeuble grevé¹⁰⁷⁴ ne doivent pas en diminuer trop fortement la valeur.

367. - L'étude des droits constitués sur le bien d'autrui fait donc apparaître que la théorie du démembrement du droit de propriété porte mal son nom. Elle est moins la théorie du fractionnement de la propriété que la théorie du droit d'usufruit et de la (re)constitution de la propriété à partir du droit d'usufruit. L'assimilation du droit d'usufruit au droit de jouissance de l'article 544 du Code civil est à l'origine de cette reconstruction du droit de propriété. D'ailleurs, la ressemblance existant entre l'usufruit formel et l'usufruit causal n'est pas pour décourager une telle confusion.

2°. - L'assimilation de l'usufruit formel à l'usufruit causal

368. - La distinction de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*, d'une part, et des attributs de la propriété, d'autre part, n'empêche pas leur ressemblance. Cette similitude tient à la configuration du bien et non à la forme des droits qui portent sur le bien. Si la conception du droit d'usufruit est à la base de la théorie du démembrement, c'est avant tout parce que ce droit reflète l'usufruit causal.

¹⁰⁶⁸. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 503-2°, p. 418 ; n° 839-840, p. 671.

¹⁰⁶⁹. Les loyers et fermages ne peuvent être perçus par avance que pour un maximum de trois ans. Au-delà la clause qui impose cette perception anticipée doit être publiée et son opposabilité est limitée à trois ans. La cession ou la délégation des loyers est soumise au même régime (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 843, p. 673).

¹⁰⁷⁰. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 841, p. 672.

¹⁰⁷¹. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 841, p. 672. Le créancier peut solliciter toutes les mesures conservatoires lui permettant d'éviter que des fractions d'immeuble ne disparaissent ou que leur prix ne soit versé au débiteur : v. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 844, p. 674-676.

¹⁰⁷². M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 844, p. 673-674.

¹⁰⁷³. Suppression de mesures et de ruines, destruction pour reconstruire (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 844, p. 676).

¹⁰⁷⁴. Le législateur utilise le critère de la durée. Si le bail est d'une durée inférieure à douze ans, il est toujours opposable au créancier. S'il est d'une durée supérieure ou égale à douze ans, il est soumis au régime de la publicité foncière. Consenté avant l'inscription de la sûreté réelle immobilière, il n'est opposable au créancier pour toute sa durée que s'il a été lui-même publié (Décret du 4 janv. 1955, art. 28-1°-b) ; à défaut il n'est opposable que pour douze ans. Consenté après l'inscription de la sûreté réelle immobilière, il n'est opposable que pour douze ans qu'il soit publié ou non (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 842, p. 672-673).

L'usufruit causal est l'usufruit que le propriétaire a sur sa propre chose et l'usufruit formel désigne l'usufruit qui appartient à un usufruitier¹⁰⁷⁵. L'usufruit formel serait donc en lui-même une forme, il aurait sa constitution propre. Tandis que l'usufruit causal trouverait sa cause dans la propriété dont il ne se séparerait pas matériellement¹⁰⁷⁶. En effet, le droit de propriété ne s'incarne pas dans la chose, il donne au propriétaire l'accès à ses utilités. Lorsqu'il exerce son droit, le propriétaire tire profit des utilités du bien et, notamment, de son *usufructus*. C'est donc l'exercice et non le contenu du droit de propriété qui met le propriétaire en rapport avec les utilités du bien. Pour sa part, l'usufruitier a le droit de jouir du bien comme le propriétaire lui-même (art. 578 C.Civ.) mais son droit est directement construit à partir de l'*usufructus* du bien. Ainsi, la nature du droit du propriétaire et du droit de l'usufruitier les oppose ; l'un est subjectif et extrapatrimonial, l'autre est objectif et patrimonial. Mais leur mise en œuvre les rapproche. C'est parce qu'ils ont pour objet ou pour contenu tout ou partie du (même) bien, que le droit de propriété et le droit d'usufruit se ressemblent et se rapprochent l'un de l'autre.

369. - Selon M. MASSON ce rapport de l'usufruit à la propriété a une incidence sur la nature des droits. L'auteur, qui étudie la conception de l'usufruit ou d'autres droits, en droit romain, chez les romanistes du Moyen-Age et dans le droit français¹⁰⁷⁷, souligne le fait que le titulaire d'un droit sur le bien d'autrui s'est vu accorder l'action *in rem* parce qu'il a accès à l'utilité du bien. Bien que cette action en revendication profite, en principe, au *dominium* ou droit de propriété¹⁰⁷⁸, les juristes l'auraient accordée à des *non domini*, par exemple au titulaire d'une servitude active, parce qu'ils auraient remarqué que le droit de ce titulaire est un *jus in re aliena*, une domination partielle sur un bien d'autrui¹⁰⁷⁹. De la même manière, l'usufruit serait devenu un *jus in re* et l'usufruitier se serait vu octroyer une action *in rem* : la *vindicatio ususfructus*¹⁰⁸⁰. Par la suite, les romanistes auraient déduit le concept de droit réel de l'existence, au profit du titulaire de ce droit, de l'action *in rem*. Il y aurait ainsi entre l'action *in rem* et tout *jus in re* une correspondance absolue. De sorte que tous ceux qui auraient une action *in rem* auraient un droit réel. Puis, pour ces commentateurs, le *dominium* serait lui-même devenu un *jus in re*. Ce qui aurait conféré au *jus in re* une portée bien plus grande qu'il n'en avait en droit romain. L'idée de droit réel contiendrait désormais l'idée de *dominium*. « Les diverses catégories de droits réels sont des catégories du *dominium*. Les espèces inférieures

¹⁰⁷⁵. V. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le droit français*, Dijon, 1933, p. 42-43.

¹⁰⁷⁶. P. MASSON, thèse préc., p. 45.

¹⁰⁷⁷. P. MASSON, thèse préc., -- Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain, *Rev. Hist. Dt. Fr.* 1934, p. 1 et p. 161.

¹⁰⁷⁸. Thèse préc., introduction p. VI.

¹⁰⁷⁹. *Ibid.*, introduction p. VII.

¹⁰⁸⁰. *Ibid.*, introduction p. VIII.

du droit réel sont des petits *dominia*... Il y a une série de droits réels, plus ou moins importants, mais tous de même nature »¹⁰⁸¹.

370. - En se gardant d'émettre un jugement sur l'évolution historique du droit d'usufruit et des autres droits, on peut noter que le fait que la propriété et les droits dits démembrés aient tous rapports au bien a certainement favorisé la confusion de ces droits avec les attributs de la propriété. En somme, l'influence aurait été réciproque. Les droits sur le bien d'autrui auraient donné au *dominium* leur nature de *jus in re*, c'est-à-dire de droit dans la chose, tandis qu'ils auraient emprunté sa nature subjective au droit de propriété. Finalement, la propriété deviendrait patrimonial tout en conservant sa subjectivité et les droits sur le bien d'autrui demeureraient réels tout en devenant eux-mêmes subjectifs¹⁰⁸². Les uns et les autres seraient pour partie pouvoirs, pour partie objets de pouvoir ! - où la dissociation de droits subjectifs en droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux, et les contradictions qu'elle porte, trouvent une explication¹⁰⁸³. Corrélativement, l'*usus* et le *fructus*, réels, auraient happé le droit de jouissance du propriétaire et le droit de disposer, extrapatrimonial, aurait éclipsé le contenu et la véritable nature de l'*abusus*.

B. - L'identification de l'*abusus* à une utilité du bien

371. - Lorsque HAURIOU écrit que c'est dans la situation établie entre le propriétaire et la chose que l'on trouve les éléments formant le contenu de la propriété c'est-à-dire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* donnés par la chose elle-même et par les utilités qu'elle peut fournir¹⁰⁸⁴, il souligne à juste titre la parenté de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* avec le bien et ses utilités. Cette conception est admissible lorsqu'on apprécie la propriété d'un seul point de vue objectif, c'est-à-dire comme le bien approprié par le sujet. Cependant, lorsqu'on affirme l'existence du droit subjectif, il devient nécessaire de distinguer l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, d'une part, et les attributs du droit de propriété, d'autre part. Les uns et les autres sont dans un rapport d'opposition : les premiers sont des utilités du bien, projection du bien sur le sujet ; les seconds sont des pouvoirs du sujet, projection du sujet sur le bien. Ainsi, l'*abusus* désigne l'une des utilités possibles du bien (1°) de sorte qu'il n'est pas un pouvoir du sujet sur le bien mais une projection du bien sur le sujet (2°).

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, introduction p. XII ; p. 74-75. -- V. égal. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif*, Lyon, 1981, 2 vol., dactyl., n° 200 et s., p. 276 et s. et Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 308.

¹⁰⁸² F. ZENATI, thèse préc., n° 205, p. 280-281 ; v. égal. n° 226-227, p. 305 et s. et Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 313.

¹⁰⁸³ V. *supra* : n° 152.

¹⁰⁸⁴ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 167-168 ; p. 542. -- Sa vision des rapports qu'entretiennent la propriété et la possession corrobore cette analyse : la propriété, qui est plus que la possession, englobe l'élément de maîtrise physique qu'il y a dans la possession (*Ibid.*, p. 168). Ainsi, la propriété individuelle serait un pouvoir sur les choses qui donne en principe la liberté d'en épuiser l'utilité disponible (*Ibid.*, p. 542).

1°. - La définition de l'*abusus*

372. - L'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ne sont pas les équivalents du droit de jouir et du droit disposer des choses mentionnés à l'article 544 du Code civil. Ils ne désignent pas les pouvoirs du sujet sur le bien mais ils correspondent plutôt aux utilités dont les biens sont doués.

En effet, les termes *jus utendi*, *jus abutendi*, *jus fruendi* sont étrangers au Code civil et absents des textes romains¹⁰⁸⁵. Les anciens n'employaient que les substantifs *usus*, *fructus*, *abusus* ou les verbes *uti*, *frui*, *abuti*¹⁰⁸⁶ qui ne sont pas des attributs de la propriété subjective ou des *jura* au sens du *dominium* mais des verbes employés comme noms pour qualifier les *types d'utilités* ou les *utilités types* dont les biens peuvent être porteurs¹⁰⁸⁷. La décomposition de la propriété en trois droits est donc une invention des romanistes¹⁰⁸⁸ alors qu'à l'origine, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* sont objectifs et non subjectifs.

Plus précisément, l'*usus* ou *uti* désigne (*L'*) *User*, soit l'aptitude de la chose à remplir sa fonction principale. Le *fructus* ou *frui* est (*L'*) *Exploiter*, ou l'aptitude de la chose à générer des revenus. Tandis que l'*abusus* ou *abuti* est (*Le*) *Consommer*, c'est-à-dire l'aptitude de la chose à être consommée, par aliénation (vente, échange, donation, impignoration) ou par destruction. Les trois utilités types coïncident parfois. Il en va ainsi de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* de la monnaie. La fonction principale des espèces monétaires (leur fonction libératoire), leur aptitude à générer des revenus (des intérêts) et leur qualité de chose dans le commerce imposent, en effet, de les aliéner lorsqu'on en use¹⁰⁸⁹. A l'inverse, certains biens sont par nature dénués de *fructus*, comme les objets de consommation¹⁰⁹⁰. D'autres ne présentent pas d'*usus*, comme le pic de granit que l'on ne peut gravir¹⁰⁹¹. D'autres, encore, sont privées d'*abusus*, en vertu d'une convention ou d'une décision de l'autorité

¹⁰⁸⁵ V. *supra* : n° 354.

¹⁰⁸⁶ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droits réels*, 1957, préc., note 1 sous le n° 2246, p. 787. -- M. PICARD, *Les biens*, 1952, préc., note 2 sous le n° 216, p. 225. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 5, p. 587.

¹⁰⁸⁷ En ce sens, MICHAS critique le fait de percevoir le droit de propriété comme la réunion d'un nombre indéterminé de « facultés » regroupées en trois grandes classes : l'*uti*, le *frui* et l'*abuti*. C'est, selon lui, confondre le pouvoir de fait de l'homme sur les choses, la valeur économique de celles-ci, l'utilité que ce pouvoir permet d'en retirer, avec l'avantage moral, purement abstrait résultant des droits dont ces choses sont l'occasion (*Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Paris, 1900, p. 38). -- V. égal. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 10-19, p. 448-455 ; n° 81, p. 486. -- F. ZENATI, Thèse préc., n° 276, p. 369 ; n° 328, p. 445.

¹⁰⁸⁸ F. ZENATI, thèse préc., n° 180, p. 248. -- Comp. : M. ATIAS note que les romanistes ont transformé les attributs de la propriété, *usus*, *fructus*, *abusus* en *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* ; ce qui aurait mieux révéler les rapports de la propriété avec ses démembrements et surtout provoqué l'éclatement d'un concept dont l'unité ne sera recomposé qu'avec M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (*Les biens*, n° 50-a, p. 65-66). -- Rapp. : M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 5, p. 587.

¹⁰⁸⁹ V. *supra* : n° 15.

¹⁰⁹⁰ F. ZENATI, thèse préc., n° 276, p. 369 ; n° 328, p. 446 ; Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 315.

¹⁰⁹¹ DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 81, p. 486.

publique¹⁰⁹². Il n'empêche que toutes ces choses demeurent dans le domaine du droit de propriété dès lors qu'elles ont une valeur de change.

373. - La distinction de l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* et du droit de propriété explique que le droit de propriété apparaisse parfois comme un droit imparfait, incomplet ou restreint alors qu'il demeure entier¹⁰⁹³.

La propriété est, en effet, le droit subjectif qui confère au sujet le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue (art. 544 C.Civ.). En raison de son exclusivisme et de son absolutisme, elle donne donc accès au bien et permet au propriétaire de tirer de sa chose toute l'utilité que celle-ci peut lui donner¹⁰⁹⁴. Lorsque le bien se trouve entre les mains du propriétaire, celui-ci peut profiter de toute son utilité. Toutefois, la définition du droit de propriété ne fait pas siens l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Les utilités du bien ne constituent que l'émolument de la jouissance du propriétaire¹⁰⁹⁵ ; elles n'en forment point le contenu. Il ne faut pas confondre l'économique et le juridique¹⁰⁹⁶. La propriété est un droit immuable mais elle ne peut fournir au sujet propriétaire plus que ce que le bien lui-même peut lui procurer matériellement et économiquement. Or certains biens n'ont qu'une utilité partielle parce qu'ils ne sont pas doués d'*usus*, de *fructus* ou d'*abusus*. Dans ce cas, le bien et, par ricochet, la propriété ne rendent qu'un éventail limité de services à celui qui en use¹⁰⁹⁷.

Ainsi, les limitations posées au pouvoir d'action du propriétaire ne touchent jamais que son bien¹⁰⁹⁸ et ne frappent pas son droit¹⁰⁹⁹. Seule une atteinte au droit lui-même le dénaturerait. L'hypothèse se produirait, par exemple, si le législateur reconnaissait la faculté de créer une indivision perpétuelle ou un droit perpétuel sur

¹⁰⁹² V. *supra* : n° 355 et s.

¹⁰⁹³ V. *supra* : n° 355 et s.

¹⁰⁹⁴ DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 1, p. 443-444 ; v. égal. n° 7, p. 446-447 ; n° 47, p. 468 ; n° 65, p. 478-479. -- DE VISSCHER, *loc. cit.*, p. 338. -- M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 542. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 310, p. 413 ; n° 421, p. 579 et s. ; Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 315. -- G. CORNU, *Les biens*, 1997, n° 1029, p. 352.

¹⁰⁹⁵ J.-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, Préf. R. Le Balle, Bibl. dr. priv., t. 29, L.G.D.J. 1961, p. 9 et s. ; p. 16. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 398, p. 541 ; n° 385, p. 516 et s. -- *Addé* : M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACIARI selon lesquelles l'utilité ne définit ni ne conditionne le droit de propriété, mais vient en surcroît (Quelques remarques sur le droit de propriété, *loc. cit.*, p. 242).

¹⁰⁹⁶ H. MICHAS, thèse préc., p. 224 et s. -- S. GINOSSAR considère comme une erreur le fait de définir la propriété comme la somme des utilités qu'une chose est susceptible de donner (*Op. cit.*, n° 10, p. 27).

¹⁰⁹⁷ Définissant la propriété comme le droit de tirer d'une chose tous ses services sauf exceptions, M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES admettait qu'il puisse arriver que « ces exceptions soient assez nombreuses pour la réduire à un rôle peu actif et en faire un droit de mince valeur, moins avantageux que tel ou tel des droits qui la restreignent » (*Loc. cit.*, n° 69, p. 480).

¹⁰⁹⁸ ... ou sa capacité à être titulaire de droits et d'obligations et à les exercer lui-même.

¹⁰⁹⁹ F. ZENATI, thèse préc., n° 274-275, p. 367 et s. ; n° 385, p. 516 et s. ; n° 405, p. 551 et s. et Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *loc. cit.*, p. 319. -- C'est pourquoi, ces limitations ne peuvent en aucun cas être anticonstitutionnelles (F. ZENATI, Sur la constitution de la propriété, *loc. cit.*, p. 173). Pour la même raison, les expropriations des biens privés ne diminuent pas le nombre de propriétaires. Elles n'entament que le nombre des propriétés (*Idem*). -- Comp. L. SERMET, *loc. cit.*, p. 142.

le bien d'autrui ¹¹⁰⁰. Mais toutes les restrictions frappant l'*usus*, le *fructus* ou l'*abusus* font partie du statut du bien et constituent des cas d'indisponibilité réelle qui bénéficient à une personne ou à une catégorie d'individus. Ainsi, la constitution de l'*usufructus* d'un bien en droit patrimonial touche le bien du propriétaire et l'empêche notamment d'accomplir sur ce bien des actes nuisibles à la jouissance de l'usufruitier qui profite de cet *usufructus* (art. 599 al. 1^{er} C.Civ.). Quant aux restrictions portées à l'*abusus*, elles n'atteignent pas le droit de propriété parce qu'elles ne touchent pas le sujet propriétaire. Elles visent l'utilité du bien et frappent le bien. La preuve en est, ces limitations n'ont pas pour but de priver le propriétaire de son bien (ni même de sa capacité juridique). Elles ont toutes pour finalité le maintien de la sécurité, de la tranquillité ou de la salubrité publiques, le logement de la population, la facilité des communications, la conservation des biens présentant un intérêt historique ou artistique ou la satisfaction des besoins de la population etc. ¹¹⁰¹. Autrement dit, elles mettent l'utilité du bien au service du public.

Reste à préciser ce que recouvre exactement l'utilité d'un bien. Car si l'utilité ne doit pas être confondue avec les pouvoirs du sujet, il faut encore définir ce qu'elle est.

2° . - La nature de l'*abusus*

374. - Tandis que le droit de jouir et disposer des choses est apparu comme une projection du sujet sur l'objet ¹¹⁰², l'*abusus*, l'*usus* et le *fructus* sont, chacun, une projection de l'objet sur le sujet.

De même que l'engagement d'un débiteur est la représentation de la prestation promise par la personne débitrice ¹¹⁰³, l'*abusus*, l'*usus* et le *fructus* d'un bien sont la représentation intellectuelle des services que peut rendre ce bien. L'utilité d'une chose est une projection de cette chose dans le futur ou une anticipation par le sujet de ce qui peut en être retiré, qu'il s'agisse de fruits civils ou naturels, d'une contrepartie monétaire ou d'un confort... L'utilité est l'aptitude de la chose à fournir tel ou tel service et elle n'est que la représentation intellectuelle de l'avantage que le sujet peut obtenir d'un bien, afin de satisfaire un intérêt matériel ou immatériel, temporaire ou continu ou autre. De cette manière, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* sont abstraits. Ils ne s'identifient pas à la composition matérielle du bien. Les composants matériels d'un immeuble d'habitation, par exemple, ne sont pas en eux-mêmes des utilités, mais ils se prêtent à l'occupation, à la mise en valeur, à la production ou à la

¹¹⁰⁰. F. ZENATI, Sur la constitution de la propriété, *loc. cit.*, p. 173.

¹¹⁰¹. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 336, p. 241. -- J.-L. BERGEL, *loc. cit.*, p. 17-22.

¹¹⁰². V. *supra* : n° 273 et s.

¹¹⁰³. V. P. JESTAZ selon qui, au stade de la conclusion du contrat, l'objet n'est autre que la représentation mentale de la prestation à venir, car le débiteur s'oblige à une prestation, future par définition (L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 295).

location etc. La composition du bien est telle qu'il peut fournir ces services, services qui ne s'incarnent pas davantage dans le gain espéré d'un bien.

375. - L'utilité du bien ne doit pas être confondue avec le gain réellement obtenu du bien puisqu'elle est abstraite. C'est pourquoi un nouveau rapprochement peut être opéré entre l'utilité du bien et la créance ¹¹⁰⁴.

Une créance ne prend pas corps dans la prestation du débiteur puisqu'elle existe indépendamment de l'exécution de l'obligation et survit à la défaillance du débiteur. Ceci parce qu'elle n'est que la représentation intellectuelle de la prestation promise. Or, la règle vaut également pour les utilités d'un bien. Le *fructus* d'une chose est abstrait comme peut l'être une créance et il existe même si le bien frugifère par nature ne génère pas de revenus. L'arbre peut n'avoir pas de fruits et les actions peuvent ne pas produire de dividendes, ils n'en sont pas moins *normalement* doués de *fructus* dès lors que leur composition leur permet de produire des fruits, l'utilité-*fructus* n'étant que la représentation intellectuelle de ces fruits. C'est la raison pour laquelle un usufruit qui s'avère infructueux reste valable. De même, la servitude d'ensoleillement demeure en cas de mauvais temps parce que, potentiellement, le fonds servant peut fournir cette luminosité au fonds dominant. La servitude ne cessera que lorsque « les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user » (art. 703 C.civ.), c'est-à-dire lorsque la composition ou la configuration du fonds servant sera devenue telle que son utilité ou son *usus* disparaîtra totalement et pour longtemps.

S'agissant de l'*abusus* d'un bien, il subsiste même si ce bien diminue de valeur. Dès lors que la chose ne disparaît pas complètement et ne tombe pas dans le domaine public, elle a une valeur de change, elle reste dans le commerce, et elle est toujours apte à faire l'objet d'un échange commercial. L'*abusus*, (*Le*) *Consommer* ou l'aptitude de la chose à être consommée, par aliénation ou par destruction, n'est donc pas le bien lui-même ni la contrevaletur du bien. Il est l'*aptitude* du bien à procurer une contrevaletur dans la vente ou l'échange, une satisfaction morale dans la donation, ou un crédit dans l'impignoration. C'est pourquoi le droit de gage, d'hypothèque ou de quasi-usufruit, construits à partir de l'*abusus* du bien d'autrui, sont régulièrement constitués même si les biens sur lesquels ils se greffent se dévalorisent et même si, finalement, la vente forcée ou volontaire du bien procure au créancier ou au quasi-usufruitier une faible contrepartie monétaire. En somme, comme toute utilité, l'*abusus* est le bien *apprécié du point de vue du sujet*. De ce (seul) point de vue, les utilités des biens sont donc abstraites et subjectives.

¹¹⁰⁴. Cf. Mme M. FABRE-MAGNAN écrit à propos du droit direct sur la chose d'autrui, que la propriété ne porte pas sur le droit lui-même mais sur le produit du droit, sur l'objet attendu de la réalisation de ce droit : « *Ce n'est pas le droit - réel ou personnel - qui figure dans le patrimoine mais uniquement le produit potentiel, le résultat escompté, de l'exercice de ces droits* » (*Loc. cit.*, n° 24-25, p. 602-604 ; note 101 sous le n° 24 ; n° 35, p. 610. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). Autrement dit, le gain obtenu du bien ou la prestation accomplie par le débiteur constitueraient, par anticipation, le contenu du droit réel ou personnel.

376. - La subjectivité de l'utilité se manifeste clairement dans le droit d'usage et d'habitation. Ce droit fait appel à la notion de *besoin* qui elle-même fait directement référence à la personne. Le droit d'usage et d'habitation, diminutif de l'usufruit parce qu'il lui est inférieur en étendue, comporte l'*usus* et le *fructus* dans la limite des *besoins* du titulaire du droit et de ceux de sa famille ¹¹⁰⁵. Ce qui renforce le lien étroit existant entre l'utilité du bien et l'appréciation du sujet. Mais la dimension personnelle de l'utilité existe même en matière de servitude quoique ce rapport juridique associe directement un fonds à un autre fonds, c'est-à-dire deux biens. Dans ce cas, en effet, s'il importe que le fonds dominant acquiert un surcroît d'agrément ¹¹⁰⁶, il faut compléter l'exigence de la réalité en tenant compte de la personne du propriétaire du fonds dominant ¹¹⁰⁷. On ne peut concevoir d'utilité transférée au fonds dominant qui ne profite par la même occasion à la personne propriétaire de ce fonds. Un droit de passage, par exemple, est avant tout pour le propriétaire qui l'exerce, avant même d'avoir une utilité pour la chose ¹¹⁰⁸. Car il est difficile de distinguer l'agrément de l'héritage et l'agrément individuel du propriétaire du fonds ¹¹⁰⁹.

En matière d'*abusus*, l'aspect subjectif de l'utilité renvoie à l'idée qu'un bien est doué d'*abusus* lorsque plusieurs personnes la convoient. Car ce sont les prétentions concurrentes sur la même chose qui en font un objet potentiel de commerce ¹¹¹⁰. Cette subjectivité justifie aussi l'existence de la consomptibilité conventionnelle. Celle-ci n'est autre que la réduction de l'utilité du bien, par les personnes, à sa seule aptitude à faire l'objet d'un échange et à procurer au sujet une contre-valeur monétaire. L'*abusus* est alors le fruit de la volonté des parties et il efface l'*usus* et le *fructus*.

377. - Emanation et projection de l'objet sur la personne, l'*abusus* est donc objectif. Il n'a pas la *nature* subjective du droit de disposer du propriétaire et il ne peut être dit subjectif que dans la mesure où il résulte de l'appréciation de la composition du bien par la personne. De manière générale, la confusion entretenue entre l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* et les attributs du droit de propriété, ne tient qu'au fait qu'en désignant l'*user*, l'*exploiter* et le *consommer*, ce triptyque évoque les actes

¹¹⁰⁵. V. pour le *fructus* : art. 630 al. 1^{er} (l'alinéa 2 ajoute qu'il peut en exiger pour les besoins des enfants survenus depuis la concession de l'usage) et 633 C.Civ.. -- V. égal. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1992, n° 789, p. 556. -- V. égal. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv., t. 145, L.G.D.J. 1976, n° 278, p. 239.

¹¹⁰⁶. D. FERRU, *La notion de servitude*, L.G.D.J. 1973, p. 253 et s. -- Rapp. M. S. GUINCHARD écrit que le mot utilité (v. 637 C.Civ.) ne doit pas être pris dans un sens trop précis. Le service tiré de la chose peut être un simple agrément (ex. la servitude de ne pas bâtir ou planter) (*L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv., t. 145, L.G.D.J. 1976, n° 67, p. 54).

¹¹⁰⁷. D. FERRU, thèse préc., p. 257.

¹¹⁰⁸. D. FERRU, *Ibid.*, p. 258. -- Ce qui permet à l'auteur de soutenir qu'il est possible d'admettre la validité d'une servitude dont l'objet spécial viserait à la satisfaction du goût individuel et non plus d'un besoin généralement apprécié, pourvu qu'il s'agisse là d'une satisfaction susceptible de profiter à tout propriétaire quel qu'il soit et successif du fonds qui désirerait en profiter (ex. le droit de chasse et le droit de pêche) (*Ibid.*, p. 258).

¹¹⁰⁹. D. FERRU, *ibid.*, p. 29, p. 252, p. 254, p. 257.

¹¹¹⁰. V. *supra* : n° 304.

susceptibles d'être accomplis par une personne sur un bien ¹¹¹¹, alors qu'il ne faut pas confondre l'aptitude du bien à fournir des services avec l'aptitude du sujet à accomplir des actes juridiques. Ceci fait que l'*abusus* d'un bien peut être constitué en droit patrimonial et profiter au quasi-usufruitier, au dépositaire irrégulier ou au créancier gagiste ou hypothécaire, sans entamer le droit du propriétaire.

C. - La constitution de l'*abusus* en un droit patrimonial

378. - Les droits sur le bien d'autrui ne sont pas issus du droit de propriété d'autrui ¹¹¹². Ils laissent ce droit de propriété plein et entier puisqu'ils sont composés d'une ou plusieurs utilités du *bien* d'autrui ¹¹¹³. Et le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte suit cette règle puisqu'il est formé de l'*abusus* du bien d'autrui ¹¹¹⁴. Contrairement au droit de disposer du propriétaire, il n'est pas un droit annexé au sujet et subjectif : il est un droit attaché à la chose et patrimonial. De ce fait, il est soumis à la propriété du disposant.

Ainsi, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte s'oppose au droit de disposer du propriétaire du bien quant à sa nature (1°) mais il se combine avec le droit de propriété du disposant quant à son usage (2°).

1°. - La nature du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

379. - Construit à partir de l'*abusus* du bien d'autrui, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un droit relatif, déterminé et temporaire (a) et il a la nature d'un droit patrimonial (b).

¹¹¹¹. Au plus, devant les restrictions croissantes à l'usage des biens, peut-on faire valoir l'idée que le triptyque *usus-fructus-abusus* décrit *abstraitement* et de façon *exhaustive* les types de pouvoirs que l'on peut avoir sur une chose et plus étroitement les *types de pouvoir* qu'un propriétaire peut avoir sur sa chose (En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 9, p. 589-590). Mais s'il faut entendre par là que l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* sont des pouvoirs virtuels au sens où peut l'être le droit de propriété, la proposition mêle les utilités du bien avec les attributs de la propriété.

¹¹¹². DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 87, p. 490-491.

¹¹¹³. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ibid.*, n° 10, p. 448. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 323, p. 438.

¹¹¹⁴. V. Sur le rejet du démembrement des droits réels de garantie : MM. P. MALAURIE et L. AYNÈS qui, constatant que le propriétaire d'un bien hypothéqué conserve toutes les prérogatives d'un propriétaire sur son immeuble, estiment que l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété (*Droit civil*, T. IX, *Les sûretés - La publicité foncière*, par L. Aynès, 8^e éd., 1997, n° 679, p. 259). -- M. CABRILLAC et C. MOULY rejettent également l'idée d'un tel démembrement, au motif que les droits réels de garantie permettent seulement d'appréhender la valeur du bien et non de bénéficier des utilités qu'il peut offrir (*Droit des sûretés*, 1997, n° 504, p. 418-419). -- Selon MM. M. PLANIOL et G. RIPERT, l'hypothèque est un droit réel établi au second degré ; elle porte sur un autre droit réel (*Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. XII, *Sûretés réelles*, par E. Becqué, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, n° 328, p. 375-376).

Contra : en faveur du démembrement du droit réel de garantie : par ex. R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil français*, T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. Voirin, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1948, n° 300, p. 309 et s. -- En faveur du démembrement du quasi-usufruit : P. SIRINELLI, « Le quasi-usufruit », *L.P.A.*, n° 89 du 26 juillet 1993, n° 42, p. 9. -- S. ROGIER, *De la mise en gage des créances en droit français*, Paris, 1929, p. 49. -- Adde R. LIBCHABER considère que l'usufruit des créances est une « véritable *pars dominii* [...] comme un décalque mutilé des droits du créancier, qui sont à l'évidence de nature personnelle » (L'usufruit des créances existe-t-il ?, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 19, p. 627).

a) Un droit relatif, déterminé et temporaire

380. - Le droit de se servir de la chose est, du point de vue du droit de propriété, la règle et, du point de vue des autres droits, l'exception ¹¹¹⁵. Conformément à cette idée, les droits sur le bien d'autrui consistent à tirer de ce bien un service ou un groupe *déterminé* de services. C'est alors qu'on peut affirmer avec DE VISSCHER que « nos droits prennent corps et figure sur les biens dont ils garantissent l'usage », qu'ils varient à l'image de la chose, que la chose commence par donner sa configuration au droit et qu'elle le modifie lorsqu'elle est altérée ¹¹¹⁶. Construit à partir de l'*abusus* du bien d'autrui, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est donc, à l'image des autres droits patrimoniaux, un droit *relatif, déterminé et temporaire*.

380-1. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas exclusif mais relatif puisque il est formé de l'utilité d'un bien qui appartient à *autrui*. Tenu de souffrir l'existence du droit de propriété d'autrui, le disposant doit notamment conserver la substance ou la destination du bien lorsqu'il en use ¹¹¹⁷. Il est contraint à user de son droit de disposer dans le respect des intérêts du propriétaire du bien.

En outre, parce qu'il n'a pas l'exclusivité du bien, le droit du disposant ne peut qu'être limité dans son étendue : il est déterminé.

380-2. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un droit déterminé puisqu'il est formé d'une utilité *précise* du bien d'autrui ¹¹¹⁸. Il se compose de l'*abusus* du bien d'autrui, tout comme un usufruit pur et simple, par exemple, est constitué de l'*usus* et du *fructus* du bien d'autrui. C'est pourquoi, toutes les utilités du bien ne lui sont pas ouvertes. Par exemple, le quasi-usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières n'exerce pas le droit de vote ; le créancier gagiste ne peut en principe user du bien ¹¹¹⁹.

La constitution du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte à partir de l'*abusus* du bien d'autrui justifie que ce droit n'ait pas l'absolutisme du droit de propriété. Certes, il contiendra souvent, outre l'*abusus* du bien d'autrui, son *usus* si le bien est consommable comme en matière de quasi-usufruit, voire même son *fructus* si le bien est consommable sous tous ses aspects comme peuvent l'être les espèces monétaires. Et dans ce dernier cas, le disposant profitera de toutes les utilités du bien meuble d'autrui, tout comme l'emphytéote bénéficie de toutes les utilités de l'immeuble d'autrui. Mais, même dans cette hypothèse, le droit de disposer du bien

¹¹¹⁵. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n° 2, p. 444 ; n° 48, p. 468-469.

¹¹¹⁶. *Loc. cit.*, p. 338. -- Rappr. MICHAS pour qui les droits ne sauraient en aucune façon être caractérisés essentiellement par les actes concrets que peut faire le titulaire du droit (Thèse préc., p. 38 ; v. égal. p. 206 et s. et p. 226 et s.).

¹¹¹⁷. V. *supra* : n° 103 et s.

¹¹¹⁸. V. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ibid.*, n° 2, p. 444 ; n° 3, p. 445 ; n° 65, p. 478-479.

¹¹¹⁹. V. *supra* : n° 63 et s.

d'autrui, comme le droit d'emphytéose, confère à son titulaire un pouvoir limité et non un pouvoir absolu. Le disposant du bien d'autrui pour son propre compte doit respecter un certain nombre d'obligations qui révèlent la survivance du droit de propriété d'autrui sur le bien grevé et restreint son propre droit. Ce droit est même limité dans le temps.

380-3. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un droit temporaire parce qu'il est constitué à partir de l'utilité du bien d'autrui. Tous les droits patrimoniaux, qu'il s'agisse des droits personnels ou des droits réels, présentent ce caractère qui les oppose à la propriété : ils ne sont pas perpétuels. Seule la servitude peut sembler déroger à la règle. Mais son apparente perpétuité tient au fait que la servitude lie un fonds à un autre fonds, soit deux biens entre eux. Aussi, dure-t-elle tant que les utilités du fonds servant et tant que le fonds dominant existent. En l'occurrence, le droit du disposant est temporaire parce que le disposant est tenu de garantir la restitution du bien dans son principe et dans son *quantum*. Notamment, le gagiste doit conserver la valeur du bien engagé ; le quasi-usufructier doit faire remploi des biens aliénés ; le dépositaire irrégulier doit s'assurer de conserver la valeur ou l'équivalent du bien ¹¹²⁰.

Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'a donc ni l'exclusivisme ni l'absolutisme ni la perpétuité du droit de propriété. De manière cohérente, il n'en a pas non plus la nature subjective.

b) Un droit patrimonial

381. - Les droits sur le bien d'autrui ne sont pas des droits subjectifs mais des droits patrimoniaux et cette patrimonialité leur est communiquée par les utilités du bien d'autrui qu'ils renferment ¹¹²¹. Ainsi, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte n'est pas subjectif mais patrimonial en raison de l'*abusus* qui le compose. Dans la mesure où l'*abusus* est l'aptitude du bien à faire l'objet d'une aliénation, il participe de la valeur du bien. Il justifie l'existence de tout ou partie de cette valeur. En outre, qu'il profite au propriétaire du bien ou à autrui, il conserve cette valeur. Il est une utilité pour le disposant autant qu'il peut l'être pour le propriétaire lui-même. Simplement, lorsque cette valeur profite momentanément au

¹¹²⁰. V. *supra* : n° 77 et s.

¹¹²¹. V. Bien que qualifiant de semblables les droits sur le bien d'autrui et le droit de propriété, M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES soutient que les deux types de droits n'ont pas la même nature et sont même de natures opposées (*Loc. cit.*, n° 92, p. 493). -- V. égal. M. VILLEY, Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique, *Rev. Intern. Dt. Antiquité - Mélanges F. de Visscher*, 1949, t. III, vol. II, p. 433 et Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne, *Publications de l'institut de droit romain de l'université Paris VI*, 1950, p. 195.

Contra : selon Mme M. FABRE-MAGNAN, « ce n'est pas le droit - réel ou personnel - qui figure dans le patrimoine mais uniquement le produit potentiel, le résultat escompté, de l'exercice de ces droits. Le droit est toujours un lien entre des personnes et on ne peut être propriétaire d'un lien mais uniquement du bien, c'est-à-dire de l'objet, de la valeur qui en résulte » (*Loc. cit.*, n° 24-25, p. 602-604 ; note 101 sous le n° 24 ; n° 35, p. 610. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

disposant, pour le propriétaire la valeur du bien se déprécie, tout comme la valeur de l'immeuble loué ou grevé d'usufruit diminue ¹¹²². La valeur de l'*abusus* justifie donc la patrimonialité du droit de quasi-usufruit, du droit de disposer du dépositaire irrégulier et des droits de gage ou d'hypothèque. Ces droits sont tous des droits patrimoniaux qui grèvent le bien d'autrui ; en principe, ils figurent au passif du patrimoine du propriétaire du bien et à l'actif patrimonial du quasi-usufruitier, du dépositaire irrégulier et du créancier nanti.

Pourtant, deux observations peuvent sembler remettre en cause cette affirmation.

382. - En premier lieu, l'analyse du droit de gage ou d'hypothèque démentirait la patrimonialité du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte : ces droits n'ajoutent aucun supplément de richesse à la créance garantie ¹¹²³.

A vrai dire, le phénomène s'explique aisément.

Les droits réels de garantie n'augmentent pas au niveau comptable la valeur des créances dont ils assurent l'exécution parce qu'ils ne sont que les doublets de ces créances. La créance garantie et le droit réel de garantie sont destinés à aboutir l'un ou l'autre à une seule et même prestation. D'un côté, la créance (garantie) débouche sur la perception d'une somme d'argent, soit parce que la créance de somme d'argent est exécutée en nature, soit parce que l'obligation de faire, de ne pas faire ou de donner une chose autre qu'une somme d'argent fait l'objet d'une exécution en valeur. D'un autre côté, en cas de défaillance persistance ou d'insolvabilité du débiteur, la réalisation d'une sûreté aboutit à la perception de la contre valeur du bien par le créancier, à concurrence du montant de la créance garantie ¹¹²⁴. Le créancier muni d'un gage ou d'une hypothèque ne peut donc pas bénéficier de l'exécution de la créance et du produit de la vente forcée du bien nanti. Il percevra cette contrepartie monétaire à défaut d'exécution de la créance. On comprend alors que le gage ou l'hypothèque n'ajoutent aucun supplément de richesse à la créance garantie. Les deux droits patrimoniaux ne s'additionnent pas ; ils sont alternatifs. L'utilité-*abusus* qui constitue le droit de gage ou d'hypothèque est la représentation intellectuelle de la valeur de la prestation promise par le débiteur constitutive de la créance. Il en ressort que le droit de gage ou d'hypothèque est bien un droit patrimonial.

383. - En second lieu, les caractères du quasi-usufruit feraient douter de sa patrimonialité. En effet, l'évaluation de la chose et son accessibilité à l'échange sont les deux critères de la qualification de bien. Le quasi-usufruit semble avoir une valeur puisqu'il est formé d'une utilité (l'*abusus*) du bien d'autrui qui présente lui-même un intérêt pour les personnes, mais son accessibilité à l'échange est incertaine.

¹¹²². V. *infra* : n° 397 et s.

¹¹²³. M. GRIMALDI, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *Defr.*, 1991, art. 35085, note 88, sous le n° 12, p. 914. -- V. égal. MICHAS qui relève que l'hypothèque n'a aucune valeur économique propre et que le prix de son aliénation, indépendamment d'une créance garantie par elle, ne se conçoit pas (Thèse préc., p. 253).

¹¹²⁴. La vocation du créancier nanti ne peut pas excéder sa créance qui est la mesure de la valeur engagée (C. ATIAS, La valeur engagée, *loc. cit.*, Nov. 1994, par. 19, p. 77).

Il ne paraît pas être transmissible aux héritiers du disposant et cessible entre vifs. Ainsi, le quasi-usufruit serait extrapatrimonial comme le droit de propriété.

En fait, les caractères du quasi-usufruit ne remettent pas en cause sa patrimonialité.

Ce droit est intransmissible à cause de mort en raison d'un caractère viager qu'il partage avec l'usufruit pur et simple et avec le droit d'usage et d'habitation. Il s'éteint au décès de son titulaire et ne peut donc profiter aux héritiers de ce dernier. Et s'il est incessible, à l'inverse du droit d'usufruit régulier, cela tient au fait qu'il est attaché à la personne de son titulaire. Le caractère *intuitu personae* du droit de quasi-usufruit interdit son transfert à autrui. D'ailleurs, lorsque le droit patrimonial de disposer n'est pas attaché à une personne mais à un bien, il suit ce bien mais disparaît avec lui. Ainsi, le gage et l'hypothèque qui lient une chose à une créance, suivent la créance garantie et sont cessibles avec elle. Ils survivent au décès du créancier, mais ils s'éteignent à la disparition de la créance. L'incessibilité et l'intransmissibilité du quasi-usufruit ne contrarient donc pas sa patrimonialité.

En somme, il ne faut pas confondre l'*abusus* libre du bien d'autrui avec l'*abusus* constitué en droit patrimonial de disposer. L'*abusus* du bien d'autrui a une valeur parce qu'il traduit la valeur de change du bien d'autrui. Ce n'est pas pour autant que le droit patrimonial qu'il compose sera lui-même cessible et transmissible. La fonction de ce nouveau droit peut interdire sa cessibilité et sa transmissibilité à autrui. En l'occurrence, le caractère prononcé de l'*intuitu personae* du quasi-usufruit ne le prive pas de valeur mais lui ôte son appartenance aux choses dans le commerce, alors que, pour les besoins du commerce juridique et du crédit, le gage et l'hypothèque doivent pouvoir suivre la créance dont ils garantissent la bonne exécution¹¹²⁵.

384. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte tire donc sa nature patrimoniale de l'utilité qui le compose (l'*abusus* du bien d'autrui). Et cette patrimonialité le soumet au droit de propriété du disposant. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un actif patrimonial au même titre que le droit de créance, le droit d'usufruit pur et simple, le droit d'usage et d'habitation etc.¹¹²⁶. Comme eux, il constitue un bien incorporel. De sorte que si, une fois érigé en droit patrimonial, l'*abusus* peut être qualifié de *jus abutendi*, ce n'est que dans le sens où l'entendait M. VILLEY : le mot *jus* ne signifierait pas droit subjectif mais chose incorporelle et juridique, pure création de l'homme et du juriste, bien que sa nature oppose aux choses corporelles¹¹²⁷.

¹¹²⁵. V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 503-3°, p. 419 ; n° 780, p. 632.

¹¹²⁶. Cf. not. Mme M. FABRE-MAGNAN qui qualifie les droits réels et les droits personnels ou droits de créance de droits subjectifs (*Loc. cit.*, n° 33, p. 609).

¹¹²⁷. M. VILLEY, L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, *Rev. Hist. Dt. Fr.*, 1946-1947, p. 214 et s. -- Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique, *Rev. Intern. Dt. Antiquité - Mélanges F. de Visscher*, 1949, t. III, vol. II, p. 427 et s. -- Le « *jus in re* » du droit romain classique au droit moderne, *loc. cit.*, p. 188 et s. -- Les origines de la notion de droit subjectif, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, nouvelle série, 1953-54, p. 165. -- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 167 et s.

Dans ces conditions, le droit patrimonial de disposer devrait être un objet de possession, de revendication et de prescription. Ainsi, le gage est soumis à la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre »¹¹²⁸. Et le créancier qui acquiert un gage d'un propriétaire *a non domino* peut s'opposer à la revendication du véritable propriétaire jusqu'au paiement de sa créance¹¹²⁹. Ce qui devrait être vrai pour le droit de quasi-usufruit. En revanche, le droit d'hypothèque n'est pas prescriptible¹¹³⁰. Dans la mesure où il ne dépossède pas le débiteur, le créancier ne l'exerce pas par des actes tangibles. Seul l'immeuble lui-même peut être acquis par usucapion ou possession à titre de propriétaire.

Enfin, puisqu'il est patrimonial, le droit réel de disposer est un objet de propriété. Il est donc soumis au droit de jouissance du disposant.

2°. - L'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

385. - La distinction du droit propriété et des utilités du bien justifie l'absence de coïncidence parfaite entre l'*usufructus* et le droit de jouissance du propriétaire, ou bien encore entre l'*abusus* et le droit de disposer du propriétaire. En effet, le droit de jouir est le droit du sujet propriétaire d'user du bien comme il l'entend, soit en accomplissant des actes juridiques sur le bien - ce que désigne spécialement le droit de disposer - soit en accomplissant des actes matériels sur le même bien.

Or l'usage ou la jouissance des trois utilités types dont sont susceptibles les biens peut se traduire par un acte juridique ou par un acte matériel selon les circonstances.

Par exemple, l'usage ou la jouissance de l'*usus* est un acte matériel lorsque le propriétaire occupe son immeuble ; c'est un acte juridique lorsque le créancier encaisse sa créance. Et cet acte juridique est lui-même un acte d'administration, un acte de disposition ou un acte conservatoire selon son impact économique sur le patrimoine du propriétaire. De même, l'acte d'usage ou de jouissance du *fructus* est matériel lorsque le propriétaire récolte les fruits naturels produits par ses biens immobiliers ; il est juridique lorsque le propriétaire prête ses deniers afin d'en percevoir les intérêts. Enfin, l'usage de l'*abusus* est un acte matériel lorsque le propriétaire consomme ses denrées alimentaires ; c'est un acte juridique lorsqu'un propriétaire détruit ou vend l'un de ses biens de valeur.

Dans le même sens : F. ZENATI, thèse préc., n° 155, p. 214 ; n° 272, p. 364 ; n° 290, p. 387 ; n° 292, p. 389 ; n° 578, p. 795.

¹¹²⁸ Com., 14 nov. 1989 (*Bull. Com. IV*, n° 290, p. 196) et 28 nov. 1989 (*Bull. Com. IV*, n° 300, p. 201).

¹¹²⁹ V. Req., 12 mars 1888, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, 10^e éd., 1994, n° 78, p. 329. -- Civ., 19 juin 1928, *D.P.* 1929, I, 45 ; S. 1932, I, 15. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 418, p. 296 ; n° 420, p. 297.

¹¹³⁰ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 446, p. 314.

Ainsi, l'usage de l'*usufructus* peut correspondre au droit de disposer de l'article 544 du Code civil et constituer un acte d'administration, un acte de disposition ou un acte conservatoire selon la gravité économique de l'acte juridique accompli sur le bien ¹¹³¹. Et l'usage de l'*abusus* peut ne pas relever de l'exercice du droit de disposer et correspondre au seul droit d'accomplir des actes purement matériels.

Si les combinaisons qui associent le droit de jouir et disposer des choses et les utilités de ces mêmes choses sont multiples, celles qui associent le droit de propriété et les droits patrimoniaux le sont également.

386. - Les droits patrimoniaux étant construits à partir de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* du bien d'autrui, leur mise en œuvre relève de l'exercice du droit de jouir ou de l'exercice du droit de disposer du titulaire du droit selon que l'utilité concédée nécessite l'accomplissement d'un acte matériel ou la réalisation d'un acte juridique. Par exemple, pour user de son droit d'usufruit, l'usufruitier mettra en œuvre son droit de jouissance, à l'exclusion de son droit de disposer, en occupant l'immeuble grevé et en récoltant les fruits. Mais il mettra en œuvre son droit de disposer pour encaisser la créance d'autrui venue à échéance ou pour aliéner les fonds d'autrui. Et, comme le quasi-usufruitier, le créancier nanti accomplira un acte juridique ou de disposition lorsqu'il déclenchera la procédure de réalisation du gage ou de l'hypothèque.

Conclusion de la section I

387. - Utilité du bien d'autrui, aptitude du bien à être consommé, l'*abusus* est objectif et, de ce fait, il peut être érigé en droit patrimonial au profit d'un tiers sans impliquer un démembrement du droit du propriétaire. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte concurrence et atteint le droit du propriétaire sans l'égaliser ni l'amputer. Il le restreint, dans son exercice, en se greffant sur le bien auquel s'applique la propriété d'autrui. Il se distingue aussi du droit de propriété sur le plan de sa nature, puisqu'il appartient à la famille des droits patrimoniaux. Il côtoie ainsi le droit de créance, le droit d'usufruit, le droit d'usage et d'habitation, les servitudes etc. et, peut-on ajouter, les obligations réelles.

Cette qualification appelle encore une précision. Il faut déterminer comment le disposant obtient un titre régulier à profiter de l'*abusus* du bien d'autrui ; comment, concrètement, l'*abusus* d'un bien peut profiter à une autre personne que le propriétaire de ce bien. Ce qui pose la question de la structure du droit patrimonial de disposer.

¹¹³¹. V. *supra* : n° 112-2 et s.

SECTION II.

La structure du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

388. - Traditionnellement, la doctrine distingue trois catégories de droits patrimoniaux qui se différencient les uns des autres par leur structure : le droit de créance (ou obligation personnelle) décrit comme un droit contre la personne d'autrui ; le droit réel défini comme un droit qui porte directement sur les choses¹¹³² ; et l'obligation réelle, lien de droit mixte qui emprunte au droit de créance son rapport à la personne et imite le droit réel dans son rattachement à la chose. C'est à l'une de ces deux dernières catégories juridiques qu'appartient le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. Dans la mesure où ce droit se rapporte au bien d'autrui, l'obligation personnelle ne peut, en effet, lui servir de structure. En revanche, il peut être bâti sur le modèle du droit réel ou de l'obligation réelle (I), dès lors, du moins, que le principe du *numerus clausus* des droits réels ne s'oppose pas à la création d'un tel droit (II).

§ 1. - Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et classification des droits patrimoniaux

389. - Puisque le droit patrimonial de disposer se rapporte au bien d'autrui, la qualification de droit réel semble adaptée à sa configuration. D'ailleurs, le droit de gage ou d'hypothèque se voit reconnaître la nature de droit réel par la doctrine et le quasi-usufruit est proche de l'usufruit régulier qui, classiquement, est qualifié de droit réel. Pour autant, il n'est pas certain que la structure de l'obligation réelle soit totalement exclue de cette étude. En effet, les thèses qui rehaussent la propriété au niveau du sujet remettent en cause le rapport existant entre la notion de droit réel et la notion d'obligation réelle. Plus précisément, les droits patrimoniaux y sont unifiés en raison d'une patrimonialité et d'une structure obligationnelle communes. Ainsi,

¹¹³². En ce sens : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T.I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, par F. Chabas, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 159 et s., p. 257 et s. -- L. JOSSERAND, *loc. cit.*, n° 5, p. 98. -- A. COLIN et H. CAPITANT, *Introduction générale*, par L. Julliot de la Morandière, préc., n° 80 et s., p. 54 et s. -- J. CARBONNIER, *Introduction*, préc., par. 164 et s., p. 279 et s. -- Comp. J. OLIER, *loc. cit.*, 3°, C, p. 469.

les droits réels seraient, *passivement*, des obligations (réelles) qui jouxtent les obligations personnelles dans le domaine des biens.

Si la construction du droit patrimonial de disposer est celle d'un droit réel (A), il faut encore vérifier que le droit patrimonial de disposer ne mérite pas, sous l'angle passif, la qualification d'obligation réelle (B).

A. - La construction du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

390. - Dès lors que la propriété subjective de l'article 544 du Code civil est un droit sur les biens qui ne constitue pas un droit réel, le droit réel ne peut plus être défini comme le droit qui se rapporte à une *res*. Sa particularité doit être recherchée ailleurs que dans sa relation aux choses¹¹³³. En fait, en examinant les droits patrimoniaux, on s'aperçoit qu'ils ont tous un rapport à *autrui*¹¹³⁴. Le titulaire d'un droit personnel bénéficie des services d'autrui ; le propriétaire d'un droit réel profite des utilités du bien d'autrui ; l'obligation réelle touche à la fois la personne et le bien d'autrui. Dans tous les cas, les droits patrimoniaux se présentent comme des modes d'immixtion dans la sphère d'activité d'un autre sujet. C'est là leur caractéristique. Ce sont des biens qui permettent d'interférer dans le droit subjectif d'autrui. Et pour remplir cette fonction, ils ont la configuration de rapports d'affectation¹¹³⁵.

Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte suit ce schéma. Il a la nature d'un droit réel parce qu'il repose sur l'affectation d'un élément de la définition du bien d'autrui (1°). En conséquence de quoi, il constitue un accessoire du bien d'autrui (2°).

1°. - Un rapport d'affectation

391. - L'affectation de l'utilité d'un bien à un autre sujet que le propriétaire forme une faille dans la sphère d'activité exclusive du propriétaire. Elle est la technique juridique qui permet de rompre cet exclusivisme et de s'immiscer dans la sphère d'action d'autrui. Ainsi, le droit patrimonial de disposer a les traits d'un rapport d'affectation puisque, composé de l'*abusus* du bien d'autrui, il repose sur l'affectation de la valeur de ce bien (a). Ce qui ne signifie pas que l'action du disposant sur

¹¹³³. En outre, comme l'écrit S. GINOSSAR, « décrire le droit réel comme un *droit sur une chose*, c'est en donner une définition trop large, puisqu'elle engloberait de droits purement personnels, comme ceux du dépositaire, de l'emprunteur et même [...] du preneur à bail. Il importe donc de resserrer la formule et de préciser que le droit réel donne sur la chose un droit *direct et immédiat*, tandis que le droit personnel est indirect et médiat en ce qu'il n'atteint la chose que par l'intermédiaire d'une autre personne, débitrice de l'obligation » (*Op. cit.*, n° 3, p. 3-4).

¹¹³⁴. En ce sens : S. GINOSSAR, *Ibid.* -- C. LARROUMET, *Droit civil*, T. II, *Les biens - Droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, n° 47, p. 31. -- M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, n° 24, p. 602.

¹¹³⁵. V. sur l'affectation en général : S. GUINCHARD, thèse préc., n° 26 et n° 27, p. 25-26. -- Et sur l'affectation en matière de sûreté : M. CABRILLAC et C. Mouly, *Droit des sûretés*, 1997, n° 503-2°, p. 417.

l'abusus soit toujours directe et immédiate. A cet égard, il faut distinguer selon que le destinataire de l'affectation de la valeur du bien est le disposant lui-même ou l'un de ses biens (*b*).

a) L'affectation de la valeur du bien d'autrui

392. - Malgré son abstraction, *l'abusus* n'est pas insaisissable. Il n'est pas plus difficile à appréhender que ne le sont *l'usus* et le *fructus* d'un bien, ou même la qualité d'une personne. Comme eux, il est érigé en droit patrimonial par l'affectation d'un élément de la définition du bien d'autrui ou de la personne d'autrui. Il acquiert alors la structure d'un droit réel.

En effet, tandis que la création du droit de créance implique l'*engagement* du débiteur à faire profiter le créancier de l'une de ses qualités, la constitution du droit réel repose sur l'*affectation* d'un élément de la définition du bien d'autrui. Les utilités puisent leur existence dans le bien d'autrui. Un bien est jugé doué d'utilité parce que sa composition laisse espérer qu'on peut en retirer tel ou tel service. C'est pourquoi, *l'usus* et le *fructus* d'un immeuble d'habitation, par exemple, peuvent être concédés à un tiers usufruitier par l'affectation de la matérialité de l'immeuble à cette personne ¹¹³⁶. De manière générale, l'interception de l'utilité d'un bien peut être réalisée par l'appréhension d'un composant actuel du bien. Simplement, lorsqu'il s'agit de concéder *l'abusus* du bien à un tiers, l'affectation ne porte plus sur la matérialité du bien ; elle a pour objet sa valeur. La valeur est, en effet, la caractéristique du *bien*. C'est l'élément qui révèle la patrimonialité de la chose. Aussi, puisque *l'abusus* est (*Le*) *Consommer*, c'est-à-dire notamment l'aptitude de la chose à être consommée par aliénation, vente, échange, donation, impignoration ¹¹³⁷, son existence repose sur la valeur du bien.

Plus précisément, en matière de droit réel de disposer, deux hypothèses doivent être distinguées.

393. - La valeur prend deux formes suivant qu'elle concerne la monnaie ou les choses autres que la monnaie. Dans le premier cas, elle est une valeur de réserve et elle constitue la substance du bien ¹¹³⁸. Dans le second cas, elle est une valeur de change et elle ne forme qu'une qualité du bien ¹¹³⁹. Or cette distinction a son importance dans la construction du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

¹¹³⁶ Comp. F. ZENATI considère que *l'usufructus* est la possession elle-même (Thèse préc., n° 347 et s., p. 467 et s.). Alors que *l'usufructus* du bien d'autrui nous semble désigner l'une de ses utilités abstraites du bien d'autrui et la possession le *moyen* d'obtenir *l'usufructus* du bien d'autrui.

¹¹³⁷ V. *supra* : n° 372.

¹¹³⁸ V. *supra* : n° 299 et s.

¹¹³⁹ V. *supra* : n° 323 et s.

393-1. - Lorsqu'il s'agit de créer un droit de gage ou d'hypothèque ou un droit de quasi-usufruit sur des biens autres qu'une somme d'argent, c'est la valeur de change du bien qui fait l'objet d'une affectation au profit du disposant. Car, le créancier ou le quasi-usufruitier qui obtient une sûreté ou un droit de disposer sur le bien d'autrui, ne désire pas recueillir la chose elle-même mais seulement sa contrepartie monétaire. Or, la valeur de change du bien permet, le cas échéant, de percevoir cette contrevaletur. L'*abusus* qui est une projection du bien dans l'avenir repose sur cette valeur de change parce que cette valeur assure que le bien peut être échangé contre des espèces monétaires. Ce n'est donc ni la contrepartie monétaire du bien, à venir et éventuelle, ni la composition matérielle du bien qui se trouvent affectés à la jouissance du disposant, mais c'est une qualité du bien : sa valeur de change.

De cette construction, découlent deux conséquences.

Premièrement, l'affirmation n'est pas nouvelle selon laquelle les sûretés reposent sur l'affectation de la valeur du bien du débiteur. On sait que l'objet de l'affectation est cette valeur plutôt que les utilités matérielles du bien ¹¹⁴⁰. Cependant, on peut faire observer que, parce que cette valeur de change se distingue de la contrepartie monétaire du bien ¹¹⁴¹, elle assure une fonction immédiate de crédit. Indépendamment du point de savoir si, à l'avenir, la contrevaletur de bien sera substantielle, la valeur de change fait l'objet d'une opération juridique. Elle est autonome. En outre, et surtout, cette autonomie révèle son don d'ubiquité ¹¹⁴². La valeur de change ne se confondant pas avec la contrepartie monétaire du bien, elle autorise la constitution de plusieurs sûretés sur le même bien ¹¹⁴³. Une somme d'argent n'offre pas cette possibilité. La contrevaletur du bien peut être inférieure au montant global des sûretés ¹¹⁴⁴.

Deuxièmement, si l'on entend dire du droit réel de garantie, notamment, qu'il est un droit de second degré, ce n'est pas parce qu'il porte sur la valeur du droit du

¹¹⁴⁰. V. par ex. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 2, p. 2-3 ; n° 503-2°, p. 417. -- P. THERY, *Droit civil, Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 181 et s., p. 241 et s. -- D. A. IMBROANE, *Nature juridique du gage des créances*, Paris, 1939, n° 34, p. 139 et s.

¹¹⁴¹. V. l'autonomie de la valeur : *supra* n° 312. -- *Contra* : MM. M. CABRILLAC et C. MOULY entendent par la valeur de la chose, sa contrevaletur monétaire. Ils affirment, en effet, que ce n'est que lors de l'apparition de la valeur, quelle qu'en soit la cause, que les sûretés pourront procurer au créancier l'avantage essentiel qu'il en attend (*Droit des sûretés*, 1997, n° 503-2°, p. 418). -- V. égal. S. QUINCARLET, thèse préc., p. 417 et s.

¹¹⁴². V. *supra* : n° 365.

¹¹⁴³. C. ATIAS, La valeur engagée, *loc. cit.*, par. 16, p. 76.

¹¹⁴⁴. Dans ce cas, le conflit de priorité se règle par un classement : v. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 839, p. 670-671. -- V. sur le règlement des conflits entre sûretés prises sur un même bien voire constituées à la même date : M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 899 et s., p. 718 et s. L'hypothèque légale prime l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire. En cas de pluralité d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires, le créancier dont le titre est le plus ancien l'emporte sur les autres. Enfin, dans l'hypothèse d'un conflit entre hypothèques légales, la règle du concours s'applique comme en cas de conflit entre hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées à la même date.

propriétaire ¹¹⁴⁵. La valeur de change n'est pas absorbée par le droit de propriété qui reste extrapatrimonial ; elle est greffée sur la chose ou le droit patrimonial dont elle constitue une qualité parce qu'elle est issue de l'appréciation des utilités matérielles de cette chose ou de ce droit patrimonial. Le droit réel de garantie et le quasi-usufruit ne peuvent donc être des droits de second degré que dans ce sens où la valeur de change sur laquelle ils reposent est, elle-même, superposée à la matérialité organique de la chose.

Lorsque le disposant est admis à utiliser les fonds d'autrui, le processus est inverse.

393-2. - Le quasi-usufruitier et le dépositaire irrégulier de somme d'argent n'entendent pas obtenir d'autrui la propriété de ses espèces monétaires, bien que ce soit là l'objet de leur droit. Ils ne cherchent pas à s'approprier les deniers eux-mêmes, mais ils espèrent pouvoir acquérir d'autres biens grâce aux deniers qui leur sont remis à titre précaire. Autrement dit, le quasi-usufruitier et le dépositaire irrégulier de somme d'argent ne désirent pas les espèces monétaires elles-mêmes mais bien plutôt les choses que ces fonds leur permettront d'acquérir. C'est pourquoi, la valeur de réserve qui forme la substance des fonds d'autrui est affectée au quasi-usufruitier et au dépositaire irrégulier sans que cette affectation ne fasse acquérir la propriété desdites espèces aux disposants.

Une autre distinction se fait jour sur le terrain de l'élément uni à la valeur du bien d'autrui par le rapport d'affectation.

b) L'élément destinataire de l'affectation

394. - L'élément destinataire de l'affectation varie en fonction du but assigné au droit réel de disposer.

Ainsi, lorsque la valeur du bien d'autrui est réservée au disposant dans le but d'en faire immédiatement commerce, comme en matière de quasi-usufruit et de dépôt irrégulier, la valeur de change ou de réserve du bien d'autrui est affectée directement à la personne du disposant. Comme dans le droit d'usufruit, le droit réel de disposer associe alors un bien et un sujet. Lorsqu'au contraire la valeur du bien d'autrui est réservée au disposant à titre de garantie de sa créance, elle n'est pas affectée directement à la personne du disposant mais à la créance garantie. Le lien de droit

¹¹⁴⁵. En ce sens : à l'instar de M. PLANIOL et G. RIPERT (T. XII, *Sûretés réelles*, par E. Becqué, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, n° 328, p. 376), MM. CABRILLAC et MOULY considèrent que l'hypothèque est un droit sur un droit et donc un droit réel au second degré, et non un droit sur un immeuble. Plus précisément encore, elle est un droit sur la valeur du droit (*Droit des sûretés*, 1997, n° 777, p. 631). En revanche cette valeur peut être la valeur de change d'un droit patrimonial (*Ibid.*, n° 503-2°, p. 417). -- Comp. : Selon D. A. IMBROANE, le droit de gage sur créance est un droit *personnel* de second degré parce qu'il s'exerce non sur une chose matérielle mais à l'encontre d'une personne (Thèse préc., n° 37, p. 150).

s'établit alors entre deux biens à la manière de la servitude qui unit deux héritages. En l'occurrence, le bien apportée en garanti prend la place du fonds servant tandis que la créance garantie joue le rôle du fonds dominant. Dans ce cas, le droit réel de garantie est accessoire de la créance garantie qu'il suit ¹¹⁴⁶. Il est même doublement accessoire puisque tout droit réel de disposer est un accessoire du bien d'autrui.

2°. - Un accessoire du bien d'autrui

395. - Dès lors qu'il est composé de l'affectation de la valeur du bien d'autrui, le droit réel de disposer ne peut qu'être un accessoire du bien d'autrui. En un certain sens, il ressemble à un fruit du bien. Comme les fruits, il s'attache au bien d'autrui dans lequel il puise sa source. Sans ce bien, il n'existe pas. C'est dans ce lien de « production » qu'il faut voir la relation d'accessoire à principal qui existe entre le droit réel et le bien d'autrui ¹¹⁴⁷. En effet, un rapport d'accessoire à principal peut résulter de l'affectation ou de la production. Dans le premier cas, l'accessoire vient s'ajouter au principal pour le compléter ou l'agréments. La destination assignée à l'accessoire le conduit à se joindre au principal qu'il doit servir et l'accessoire ne peut remplir son but que parce qu'il s'ajoute au principal. Dans le second cas, l'accessoire doit son existence et sa survie au bien principal ¹¹⁴⁸. C'est ce qui se produit en l'occurrence puisque le droit réel de disposer est construit à partir d'une utilité (*l'abusus*) du bien d'autrui. En fait, le droit réel ne se distingue du fruit civil que par deux traits de caractères. D'une part, il n'est pas détachable du bien principal et il doit, en principe, suivre le sort du bien d'autrui (*a*). D'autre part, il n'est pas un supplément du bien d'autrui ; il ampute, au contraire, sa valeur : il est une charge du bien d'autrui (*b*).

a) Le droit réel de disposer suit le bien d'autrui

396. - Outre le fait qu'il lui emprunte sa nature juridique ¹¹⁴⁹, puisque l'accessoire suit le sort du principal ¹¹⁵⁰, le droit réel de disposer devrait périr avec le bien d'autrui ¹¹⁵¹ ou le suivre entre les mains d'un tiers acquéreur. Or la nature

¹¹⁴⁶. V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 503-3°, p. 419 ; n° 780, p. 632.

¹¹⁴⁷. Toutefois M. S. GUINCHARD, si l'affectation constitue l'une des modalités de la règle de l'accessoire, elle ne s'identifie pas à elle. Il existe des hypothèses où un bien est considéré comme étant l'accessoire d'un autre, sans pour autant qu'il y ait affectation : il s'agit des cas dans lesquels l'accessoire est produit par le principal (par ex. les fruits). A l'inverse, il est des hypothèses d'affectation qui ne se fondent pas sur un rapport d'accessoire à principal (par ex. la copropriété forcée : tombeaux, titres de famille...) (Thèse préc., n° 46-48, p. 38-39).

¹¹⁴⁸. G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. D. Tallon, Bibl. dr. priv., t. 93, L.G.D.J. 1969, n° 19 et s., p. 35 et s.

¹¹⁴⁹. V. *supra* : n° 378 et s. -- V. G. GOUBEAUX sur l'idée que le principe selon lequel l'accessoire emprunte la nature juridique du principal n'est pas absolu : le principal communique plus ou moins complètement sa nature juridique à l'accessoire (Thèse préc., n° 251 et s., p. 337 et s.).

¹¹⁵⁰. Sur ce principe : v. G. GOUBEAUX, thèse préc., n° 24, p. 44-46.

¹¹⁵¹. V. G. GOUBEAUX, thèse préc., n° 41 et s., p. 72 et s.

d'accessoire du droit réel de disposer par rapport au bien d'autrui ne produit pas toujours ces effets.

Plus précisément, si le droit réel de garantie suit le bien grevé tant qu'il n'est pas exercé - le créancier gagiste ou hypothécaire (V. not. art. 2166 C.Civ.)¹¹⁵² et le quasi-usufructier bénéficient d'un droit de suite - il n'en va pas de même du dépositaire irrégulier. Ce dernier n'est pas admis à user de son droit de disposer lorsque le déposant consomme ses fonds. Or, on peut se demander si cette absence de droit de suite n'atteint pas la réalité du droit du dépositaire irrégulier. Il n'en est rien. Ce trait du dépôt irrégulier découle de la règle que le déposant conserve le droit de disposer des fonds confiés au dépositaire-disposant¹¹⁵³. Aussi, lorsque le propriétaire des fonds décide d'en faire usage, le droit du dépositaire disparaît faute d'objet. L'exercice de son droit de propriété par le déposant constitue un retrait qui prive d'objet le dépôt servant de cadre au droit réel de disposer. La nature réelle du droit de disposer du bien d'autrui n'est donc pas remise en cause. Seules les conditions du maintien de ce droit réel de disposer sont en jeu. En outre, à cette occasion, son caractère temporaire, caractéristique des droits patrimoniaux, se fait jour. Le retrait de fonds par le déposant est, en fait, une cause d'extinction de ce droit temporaire par nature¹¹⁵⁴. Il libère le bien d'autrui d'une charge qui le grève.

b) Le droit réel de disposer grève le bien d'autrui

397. - Le droit réel de disposer ampute la valeur du bien d'autrui. Il n'est pas un droit *sur* un bien, comme peut l'être le droit de propriété, mais il est un droit *dans* le bien d'autrui car il y puise sa source et il s'y greffe. Cette opinion rejoint l'analyse menée par MM. VILLEY et ZENATI à l'endroit du *jus in re* romain. Les deux auteurs évoquent, à ce propos, l'existence d'un droit qui serait non seulement un bien incorporel¹¹⁵⁵ mais encore un rapport de droit réifié et un droit *dans* la chose et non *sur* la chose¹¹⁵⁶.

En l'occurrence, le rapport juridique en cause n'est pas le pouvoir de disposer du propriétaire. Contrairement au droit de propriété, c'est un rapport de l'utilité (l'*abusus*) du bien d'autrui à la personne du disposant ou à sa créance. Et ce lien de droit a une valeur patrimoniale en raison de l'utilité qu'il renferme. Ainsi, le droit réel de disposer est un droit dans le bien d'autrui, alors que le droit de propriété est un droit sur ses propres biens.

¹¹⁵² M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 779, p. 631-632.

¹¹⁵³ V. *supra* : n° 101.

¹¹⁵⁴ V. *supra* n° 112 et *infra* n° 511.

¹¹⁵⁵ V. *supra* : n° 384.

¹¹⁵⁶ F. ZENATI, thèse préc., n° 156, p. 215-216 ; n° 160, p. 222-223 ; n° 179, p. 247 ; n° 582, p. 802. -- M. VILLEY, Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique, *loc. cit.*, p. 43 et L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, *loc. cit.*, p. 214, p. 218. -- Rapp. H. MICHAS considère que les mots *jus* ou *jura in re aliena* ne sont pas une expression technique désignant tel ou tel groupe de droits en général, mais une périphrase pour individualiser tel ou tel droit relatif à une chose dont on n'est pas propriétaire. On ne trouve pas chez les romains le terme *jus in re* ou *jura in re* pour désigner la propriété (Thèse préc., p. 45).

398. - C'est pourquoi, le droit réel de disposer fait partie du statut du bien d'autrui. Il modifie son état juridique ¹¹⁵⁷. Certes, « une chose inerte, dépourvue de personnalité juridique, ne peut rien devoir pas même passivement » ¹¹⁵⁸, mais elle a un statut, forgé par la volonté des parties et par la loi, porteur de restrictions au profit des tiers en général ou d'une personne en particulier. En l'occurrence, le droit réel de disposer diminue les possibilités d'action du propriétaire mais il n'entame pas directement son droit ¹¹⁵⁹. Le droit de propriété est atteint, indirectement, dans son objet et, par ricochet, dans son exercice mais pas dans son essence. En l'occurrence, l'objet auquel se rapporte le droit de propriété n'étant pas susceptible de toutes les utilités, il ne peut pas pleinement s'épanouir. Il se focalise sur les utilités restantes si l'*abusus* ne les absorbe pas toutes. C'est pourquoi, le droit du propriétaire du bien grevé d'un droit réel de disposer n'est pas tronqué ni démembré. Seul son exercice reflète l'utilité restreinte du bien.

La charge que le droit réel de disposer représente pour le bien d'autrui pose ainsi la question de savoir si, sous l'angle passif, il ne serait pas constitutif d'une obligation réelle.

B. - La qualification du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

399. - Le propriétaire du bien grevé d'un droit réel de disposer est-il débiteur d'une obligation réelle ?

Telle que MM. GINOSSAR et ZENATI l'analysent, l'obligation réelle semble bien pouvoir servir d'enveloppe au droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. Le statut qu'ils confèrent à cette obligation insiste sur l'idée qu'en matière de droit réel, il y a immixtion d'une personne (le disposant du bien) dans la sphère d'activité d'une autre personne (le propriétaire du bien). Selon ces auteurs, l'obligation réelle ne serait, en effet, que la figure passive du droit réel. A vrai dire,

¹¹⁵⁷. La modification de l'état juridique du bien peut découler de droits réels mais également de droits qui ont toute la chose pour assiette « fût-ce par le détour d'une obligation de donner (préemption) ou de faire (bail) », écrit M. P. CATALA. « Ces prérogatives enchevêtrées font partie de "l'état du bien" au sens juridique et, opposables *erga omnes* elles grèvent la propriété et altèrent sa valeur marchande » (L'évolution contemporaine du droit des biens, *loc. cit.*, p. 185).

¹¹⁵⁸. D. FERRU, thèse préc., p. 191. -- Rapp. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 39, p. 102.

¹¹⁵⁹. *Contra* : G. GOUBEUX rejette l'idée selon laquelle les droits démembrés seraient des accessoires de la chose. Car il ne serait pas possible de distinguer un droit nouveau qui ne soit pas déjà compris dans la propriété, s'il n'a un objet distinct. Pour qu'un droit accessoire s'ajoute à la chose principale, il faudrait que le droit de propriété sur cette chose demeure intact ; alors seulement un droit nouveau serait apparu. Mais comme la propriété absorbe la chose, un droit nouveau ne pourra naître que si un objet nouveau se dégage (Thèse préc., n° 81, p. 132). De même, à propos des servitudes, l'auteur considère que la servitude n'est pas une charge du fonds servant : le terme *charge* employé par la loi (art. 637 C.Civ.) serait une expression qui décrit la situation économique plutôt qu'elle n'a de signification juridique (*Ibid.*, n° 288, p. 387).

l'obligation réelle n'est pas l'exacte revers du droit réel ¹¹⁶⁰. L'adaptation de cette qualification au droit réel de disposer (1°) n'est qu'apparente (2°).

1°. - L'ajustement de la qualification d'obligation réelle au droit du disposant

400. - Le recensement des droits inférieurs à la propriété et relatifs aux biens, permet de cibler la caractéristique des droits dits réels. Qu'il s'agisse de l'usufruitier ou du titulaire d'un droit réel de garantie, de l'usager ou de l'habitué d'un bien immobilier etc., tous sont en rapport avec un bien placé sous la propriété d'autrui. Tous les droits réels concernent le bien *d'autrui* ¹¹⁶¹. Mais, en même temps qu'elle éloigne les droits réels de la propriété, cette observation pose la question de savoir si les droits réels ne seraient pas d'un certain point de vue des droits personnels. Le droit réel se rapportant au bien *d'autrui*, le titulaire du droit intervient dans la sphère d'activité juridique d'une autre personne lorsqu'il l'exerce. Or, ce propriétaire ne peut pas être totalement étranger à l'atteinte portée à son exclusivité. La propriété est par essence exclusivisme et absolutisme ; la restriction de son champ d'application doit donc, en principe, passer par le consentement du propriétaire. Il devient insuffisant de fonder l'opposition du droit réel et du droit de créance sur le seul critère de l'élément - une chose ou une personne - auquel est uni le titulaire du droit. Curieusement, l'idée d'un lien de personne à personne resurgit en matière de droits réels. Les partisans de la révision du droit de propriété ont recherché cette dimension personnelle dans la notion d'obligation réelle.

401. - MM. GINOSSAR et ZENATI ont successivement corrigé la théorie de la propriété et des droits réels, le premier en plaçant sous le droit de propriété tous les autres droits ¹¹⁶² ; le second en qualifiant ce nouveau droit de propriété de droit extrapatrimonial ¹¹⁶³ ; et simultanément, ils ont qualifié les droits sur le bien d'autrui d'obligations réelles ¹¹⁶⁴.

Le droit réel serait le droit qui correspond à une obligation réelle : « *Un droit est réel parce que l'obligation qui lui correspond est réelle*, écrit M. GINOSSAR. L'obligation réelle est essentiellement l'autre face du droit réel, celui-ci étant

¹¹⁶⁰. M. GUINCHARD donne une qualification juridique à l'affectation. A cette occasion, il rejette la qualification d'obligation *propter rem* ou d'obligation réelle parce que l'acquéreur du bien transmis n'est pas tenu directement d'exécuter la charge et n'a pas la faculté d'abandon de son droit. C'est, selon lui, une charge imposée à un bien dans ce sens où elle est une restriction pesant sur le droit de propriété (Thèse préc., n° 369, p. 317). -- V. égal. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 719, p. 589-590.

¹¹⁶¹. V. *supra* : n° 388.

¹¹⁶². V. *supra* : n° 260 et s.

¹¹⁶³. V. *supra* : n° 262 et s.

¹¹⁶⁴. F. ZENATI, thèse préc., n° 287, p. 382 ; n° 579-581, p. 797 et s. ; n° 586, p. 806 : Il y a deux formes de rapports juridiques entre les biens et les personnes : la propriété et l'obligation. On peut être propriétaire d'un bien ou avoir une charge sur ce bien. Dans le premier cas, on s'approprie ce bien, dans le second on oblige son propriétaire *in rem* et ce faisant on « modifie » sa propriété. L'une constitue le mode de relation normal de la personne aux biens, la relation privative ; l'autre constitue l'exception à ce mode de relation en ce qu'elle oblige le propriétaire à déroger à son exclusivité.

nécessairement corrélatif et constitutif de celle-là, et réciproquement »¹¹⁶⁵. Le propriétaire d'un bien grevé d'une hypothèque serait, en effet, débiteur d'une obligation active, quoiqu'encore alternative, de payer, délaisser ou purger¹¹⁶⁶. Il serait donc tenu d'une obligation distincte de l'obligation passive universelle¹¹⁶⁷ qui n'impose qu'un devoir de passivité aux tiers. Et ce qui est vrai de l'hypothèque ne le serait pas moins de l'usufruit et de la servitude¹¹⁶⁸.

Ainsi, le droit réel serait défini par référence à cette obligation réelle. L'un et l'autre formeraient les deux facettes d'un même lien de droit et figureraient au côté des obligations personnelles, dans la catégorie des obligations et des biens¹¹⁶⁹. Les deux types d'obligations se différencieraient simplement par le mode de détermination du sujet passif individuel¹¹⁷⁰. En matière de droit réel, le débiteur ou sujet passif serait la personne qui se trouve être propriétaire d'un bien déterminé, l'obligation réelle passant à chaque acquéreur particulier du bien¹¹⁷¹, alors que l'obligation personnelle aurait un débiteur déterminé, une personne nommément désignée. Ainsi, le propriétaire de la chose devrait, à raison de celle-ci, une prestation au titulaire du droit réel¹¹⁷² ; quant au droit personnel, il reposerait sur une obligation personnelle, le débiteur étant tenu pour lui-même en dehors de toute référence à un bien¹¹⁷³.

402. - La notion d'obligation réelle serait donc la figure passive du droit réel, le droit réel perçu du côté du propriétaire du bien grevé. Ce qui présente l'avantage de manifester la présence des personnes en matière de droits réels. De surcroît, la qualification d'obligation réelle met en relief le fait que la créance et le droit réel sont l'un et l'autre des modes indirects d'acquisition des biens ou de leurs utilités ou valeurs. Dans la créance, cette acquisition passe par le comportement d'autrui (la personne du débiteur) ; dans le droit et l'obligation réels, l'appropriation du bien suppose aussi l'aval d'une personne, le propriétaire de la chose dont les utilités sont convoitées par autrui.

Pourtant, l'obligation réelle nous semble impropre à qualifier le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte.

¹¹⁶⁵. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 38, p. 100-101 ; n° 42, p. 112 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). -- Adde F. ZENATI, thèse préc., n° 286, p. 380.

¹¹⁶⁶. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 36, p. 92.

¹¹⁶⁷. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 4, p. 9-10.

¹¹⁶⁸. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 36, p. 93-94 ; n° 42, p. 112.

¹¹⁶⁹. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 38, p. 101 ; n° 43, p. 112-113. -- F. ZENATI, thèse préc., n° 287, p. 382-383.

¹¹⁷⁰. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 43, p. 112-113. -- Rapp. F. ZENATI, thèse préc., n° 288, p. 384.

¹¹⁷¹. S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 67, p. 182.

¹¹⁷². F. ZENATI, thèse préc., n° 286, p. 380-381.

¹¹⁷³. F. ZENATI, thèse préc., n° 286, p. 381.

2°. - L'inadaptation de la qualification d'obligation réelle au droit du disposant

403. - L'obligation réelle telle que MM. GINOSSAR et ZENATI la définissent ne peut servir à dessiner la structure du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte car elle ne nous semble pas apte à désigner la facette passive du droit réel. L'obligation réelle altère, en effet, le caractère *direct* du droit réel (a) tandis que le droit réel dénature l'obligation réelle (b).

a) L'obligation réelle altère le droit réel

404. - Dans le schéma du droit réel, la relation du titulaire du droit réel au propriétaire est indirecte : le premier agit simplement sur le bien qui appartient au second. Dans les thèses de MM. GINOSSAR et ZENATI, les choses s'inversent : le propriétaire devient l'intermédiaire entre le titulaire du droit réel et le bien. Une telle conception rend donc très ténue la distinction de l'obligation personnelle et du droit réel. L'action du propriétaire devient la condition de l'action du titulaire du droit réel sur le bien et l'action du titulaire du droit réel sur le bien devient indirecte. Le propriétaire du bien n'est plus atteint par autrui par l'intermédiaire de son bien ; c'est le bien qui est atteint par autrui suite à l'autorisation du propriétaire. Alors la distinction des droits réels et des droits personnels se fait moins nette : l'obligation personnelle a la forme d'un rapport direct à la personne d'autrui - le débiteur personnel - pendant que le droit réel n'a un rapport au bien que par la personne d'autrui - le propriétaire du bien.

405. - Il nous semble, au contraire, que si le propriétaire du bien grevé d'un droit réel est tenu de s'abstenir d'accomplir certains actes, c'est en raison du statut de son bien. Il a lui-même affecté une partie de l'utilité de son bien aux besoins d'un autre : c'est lors de la formation du droit réel que le propriétaire a agi. C'est à cette date, c'est-à-dire *avant l'exercice* de son droit par le titulaire du droit réel, que le propriétaire a autorisé autrui à agir sur son bien. Il peut même n'avoir jamais agi sur ce plan, si le droit réel est d'origine légale ou grevait le bien avant qu'il n'en fasse l'acquisition. Et lorsque le propriétaire laisse le tiers agir sur son bien ou facilite cette entrée en jouissance, il ne fait qu'exécuter son obligation de délivrance du droit réel, tel le vendeur tenu de délivrer le bien vendu. Le propriétaire du bien subit donc l'effet de la restriction des utilités du bien au profit d'un tiers. Et il en va de même de l'acquéreur d'un bien grevé d'un droit réel de disposer, d'une hypothèque par exemple. Comme l'ancien propriétaire, celui-ci est tenu de payer, délaisser ou purger, en raison du statut de son bien. Lorsqu'il l'a acheté, le nouveau propriétaire a acquis un bien dont l'utilité était, ne serait-ce que partiellement, affectée aux besoins d'autrui. Le propriétaire du bien grevé n'est donc pas tenu d'une obligation. S'il ne peut agir que de manière limitée, c'est que le bien auquel s'applique son droit est lui-même d'une utilité limitée.

Erigée en figure passive du droit réel, l'obligation réelle fait donc du droit réel une créance, à moins que ce ne soit le droit réel qui absorbe et dénature l'obligation réelle.

b) Le droit réel dénature l'obligation réelle

406. - L'obligation réelle est un rapport juridique distinct du droit réel pour deux raisons : elle complète le droit réel et n'est réelle que par son origine.

407. - D'abord, l'obligation réelle complète le droit réel. Dans les thèses de MM. GINOSSAR et ZENATI, l'objet du droit réel et celui de l'obligation réelle ne forment qu'une seule et même chose, alors qu'une obligation réelle a un objet qui lui est propre. L'obligation réelle se distingue du droit réel non seulement parce qu'elle impose, en général, au propriétaire du bien un comportement actif, l'exécution d'un fait positif, mais aussi et surtout parce qu'elle lui enjoint de fournir une prestation *distincte* des utilités générées par le bien et concédées à autrui par la constitution du droit réel. Les obligations réelles créées à l'endroit d'une servitude, notamment, permettent au propriétaire du fonds dominant d'entrer en jouissance du bien. Elles ne constituent pas l'essence du droit réel : elles le *précèdent*. Elles permettent au propriétaire du fonds dominant de jouir du bien qui, laissé tel quel, serait peu ou ne serait pas utilisable (par exemple le propriétaire du fonds servant doit entretenir le chemin servant au passage - art. 699 C.Civ.). L'obligation réelle s'ajoute au droit réel. Elle le complète en permettant au titulaire du droit réel d'obtenir une prestation que la chose ne peut pas générer elle-même.

Au contraire, l'obligation réelle telle que MM. GINOSSAR et ZENATI l'envisagent, désigne la situation d'une personne qui doit simplement *souffrir* l'action (régulière) d'un tiers sur son bien. Dans cette conception, le propriétaire du bien grevé du droit réel n'agit pas, il subit.

Il est vrai qu'un comportement passif peut former le contenu d'une obligation personnelle - l'existence des obligations de ne pas faire en est la preuve - mais la passivité du propriétaire d'un bien grevé de droit réel n'est pas celle d'un débiteur réel ou personnel. En effet, ce propriétaire ne s'abstient pas d'agir, il *laisse* autrui agir. Finalement, sa position est proche de celle des tiers dans la mesure où il est tenu du devoir de ne pas attenter au droit réel constitué sur son bien. L'obligation réelle-revers du droit réel est le signe de l'obligation passive universelle. L'instituer en figure passive du droit réel revient à la rabaisser au statut de simple doublet passif du droit réel, alors que l'obligation est réelle parce qu'annexée à un bien.

408. - Le second motif de distinction de l'obligation réelle et du droit réel réside dans le fait que l'obligation réelle n'est réelle que par son origine.

L'obligation réelle ne se différencie du droit de créance que parce que l'obligation imposée au débiteur a pour origine le bien dont il acquiert la propriété. C'est une véritable créance puisqu'elle impose au propriétaire grevé l'exécution d'une prestation que la composition de la chose grevée ne permet pas d'obtenir. Simplement, la naissance de cette obligation est imposée par l'existence d'un droit réel sur un bien qu'elle complète. Le droit réel et le bien qu'il grève constituent le principal auquel elle s'attache. Ainsi, et sauf à faire perdre son intensité à la notion d'obligation en l'étendant à tous les droits patrimoniaux, le rapport à la personne que la véritable obligation réelle sous-entend est trop prononcé pour caractériser le droit réel et s'appliquer au droit réel de disposer.

409. - La thèse de l'obligation réelle, revers du droit réel, fait donc la part trop belle à la relation personnelle du disposant au propriétaire du bien grevé d'un droit réel de disposer. Le droit réel de disposer n'est pas exclusif de toute relation personnelle, mais il tisse un lien entre son titulaire et le propriétaire du bien par le fait même qu'il se greffe sur le bien du propriétaire et ouvre au tiers la possibilité d'agir sur le bien. S'il est indéniable que le propriétaire subit l'action du titulaire du droit réel par l'intermédiaire de son bien, ce rapport n'est pas constitutif d'une créance à proprement parler et la structure du droit réel suffit à l'exprimer. Le droit réel de disposer, comme tout droit réel, véhicule l'idée d'une action du propriétaire et d'une immixtion d'un tiers dans sa sphère d'activité personnelle. A ce stade de l'analyse, la proposition peut donc être faite de qualifier de droit réel de disposer le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. Le *numerus clausus* des droits réels ne semble pas s'y opposer.

§ 2. - Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et *numerus clausus* des droits réels

410. - *A priori*, la constitution de l'*abusus* du bien d'autrui en droit réel, par l'affectation de sa valeur à une personne ou à une créance, ne se heurte pas au principe dit du *numerus clausus* des droits réels. En effet, les droits jusqu'à présent étudiés semblent prévus par la loi.

Le droit de gage et le droit d'hypothèque sont régis par les articles 2073 et suivants du Code civil ; l'article 2114 qualifie même expressément l'hypothèque de droit réel. Quant à l'article 587 du même code, il consacre le quasi-usufruit puisqu'il vise l'usufruit comprenant « des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs » ; et il laisse place à la création d'un quasi-usufruit sur d'autres biens consommables puisque les biens énumérés ne sont donnés qu'à titre d'exemples. Le domaine du quasi-usufruit est même extensible

aux biens non consommables par nature dans la mesure où la volonté des parties peut attribuer un caractère consommable à un bien qui ne l'est pas naturellement ¹¹⁷⁴. Enfin, l'existence du dépôt irrégulier est prévue par le législateur en matière bancaire. L'article 2 alinéa 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 énonce que les établissements de crédits qui reçoivent des fonds du public sous forme de dépôts ont le droit d'en disposer pour leur propre compte, à charge pour eux de les restituer.

En revanche, le droit de disposer du dépositaire irrégulier non professionnel semble moins clairement établi par la loi. L'article 1930 du Code civil relatif au dépôt prévoit que le dépositaire « ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant ». Autrement dit, le texte interdit d'exclure de manière absolue l'usage, par le dépositaire, du bien qui lui est confié. Mais la question se pose alors de savoir si le droit qui en découle pour le dépositaire peut être un droit réel qui grève le bien d'autrui.

En outre, on peut imaginer l'existence d'autres droits réels de disposer que la loi n'aurait pas expressément prévus ¹¹⁷⁵.

Ces hypothèses doivent être appréciées au regard de l'article 543 du Code civil.

411. - L'article 543 du Code civil décide que l'« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». De cette manière, le texte donnerait la liste des droits réels admis par la loi ¹¹⁷⁶. En dehors de ceux-ci, aucun autre droit réel ne pourrait être créé par la volonté privée. Pourtant, le principe d'un *numerus clausus* des droits réels est régulièrement contesté par la doctrine et la jurisprudence.

Ainsi, on a pu faire valoir que l'article 543 n'aurait pas un caractère limitatif parce que les droits réels sont tous plus limités que le droit de propriété ¹¹⁷⁷. En outre, le texte poserait une permission et non une interdiction puisqu'il ne dit pas qu'« on ne peut avoir sur les biens qu'un droit de propriété, qu'un simple droit de jouissance... » ¹¹⁷⁸. Ensuite, les tiers seraient protégés dans l'hypothèse de droits réels inconnus par l'opposabilité des droits réels immobiliers non publiés, par la protection de la possession ou par la théorie de l'apparence ¹¹⁷⁹. De surcroît, ce serait un leurre de limiter le nombre des droits réels puisque pour contourner cette

¹¹⁷⁴. V. *infra* : n° 465.

¹¹⁷⁵. V. *infra* : n° 415 et s.

¹¹⁷⁶. En ce sens : S. GINOSAR, *op. cit.*, p. 146 et s. -- F. ZENATI, note sous Civ. 3^e, 18 janvier 1984, D. 1985, J., 505. -- J. CARBONNIER, *Les biens*, 1997, n° 44, p. 88-89. -- MM. CABRILLAC et MOULY semblent accepter l'idée d'un *numerus clausus* des droits réels. Mais celui-ci aurait, en fait, peu d'incidence sur la création des sûretés car rien n'empêche d'exploiter la liberté contractuelle et d'aménager un droit réel voire une autre institution, de façon que l'un ou l'autre assure au bénéficiaire de la convention un paiement préférentiel (*Droit des sûretés*, 1997, n° 505, p. 419-420 ; v. égal. n° 513, p. 428 ; n° 519, p. 432-433) (Adde A. Hervieu, *De la limitation des droits réels*, Caen, dactyl., 1981, p. 276 et s.).

¹¹⁷⁷. J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Préf. H. Batiffol, Bibl. dr. priv., t. 171, L.G.D.J. 1981, n° 144 et s., p. 87 et s.

¹¹⁷⁸. P. CROCCQ, thèse préc., n° 244, p. 196 (les mots en italique sont soulignés par l'auteur). -- Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, Préf. A. Françon, Bibl. dr. priv., t. 205, L.G.D.J. 1989, n° 53, p. 66.

¹¹⁷⁹. P. CROCCQ, thèse préc., n° 247, p. 198-199. -- Rapp. J.-L. GOUTAL, thèse préc., n° 116, p. 89 ; n° 169, p. 125.

interdiction, la pratique a recours à d'autres techniques juridiques : « la féodalité avait traité les rapports personnels à travers l'écran de relations fictives avec la terre ; le droit actuel traite les relations avec les choses à travers l'écran de personnes fictives »¹¹⁸⁰. Enfin, dans l'arrêt *Caquelard* du 13 avril 1834, la Chambre des Requêtes a décidé que ni les articles 544, 546 et 552 du Code civil, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible¹¹⁸¹. D'où il faudrait déduire le caractère non exhaustif de la liste des droits réels donnée par l'article 543 du Code civil.¹¹⁸²

Cependant, ces arguments ne sont pas dirimants.

412. - D'abord, l'examen des travaux préparatoires démontre la volonté des rédacteurs du Code de limiter les modifications dont les propriétés sont susceptibles¹¹⁸³. Ensuite, la solution de l'arrêt *Caquelard* n'est pas aussi radicale qu'elle peut paraître. En l'espèce, la formule employée dans l'arrêt n'avait pour portée que de permettre la répartition entre plusieurs personnes de la *propriété*¹¹⁸⁴. Enfin, il est d'autres raisons de penser qu'un *numerus clausus* des droits réels n'est pas inutile, même si un tel principe ne trouve pas nécessairement son fondement dans l'article 543 du Code civil.

On peut d'abord noter que l'article 543 place sur un plan d'égalité le droit de propriété, le droit de jouissance et les services fonciers. Or, d'une part, le seul droit qualifié de droit réel par le Code civil, à savoir l'hypothèque, n'y figure pas¹¹⁸⁵ et, d'autre part, la propriété n'est pas un droit réel. Le texte ne peut donc pas dresser l'inventaire des droits réels ou des droits sur le bien d'autrui. Il énumère simplement la liste des droits pouvant exister *sur* les biens en général, mais non *dans* les biens en particulier.

A moins que la liste limitative des droits réels ne soit constituée du « simple droit de jouissance », qui contiendrait notamment le droit d'hypothèque, et des « services fonciers à prétendre ». Mais, même dans ce cas, il n'est pas certain que ces droits, et spécialement le « simple droit de jouissance » auquel fait référence l'article 543,

¹¹⁸⁰. C. ATIAS, *Les biens*, 1993, n° 39-a, p. 45. L'auteur observe, en effet, qu'à défaut de pouvoir créer des droits réels originaux, on a eu recours au droit des sociétés. -- Dans le même sens : F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, note sous Req., 13 février 1834, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10è éd., 1994, n° 60, p. 270-271.

¹¹⁸¹. Req., 13 février 1834, S. 1834, I, 205 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, 10è éd., Paris, Dalloz, 1994, n° 60, p. 265. -- V. égal. Req., 25 oct. 1886, S. 1887, I, 373 (L'arrêt dispose qu'« il est permis de déroger par des conventions particulières aux lois qui règlent les attributs de la propriété, et de restreindre, au profit d'autrui, les droits qui en dérivent »).

¹¹⁸². Dans le sens d'une telle interprétation de l'arrêt v. not. A. HERVIEU, thèse préc., p. 58-59. -- P. CROCQ, thèse préc., n° 244, p. 196.

¹¹⁸³. V. les propos de TREILHARD rapportés par M. C. ATIAS, *Les biens*, 3è éd., 1993, n° 39-a, p. 44 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, note sous Req., 13 février 1834, *loc. cit.*, n° 60, p. 267 ; par A. HERVIEU, thèse préc., p. 109.

¹¹⁸⁴. F. ZENATI et T. REVET, *Droit civil, Les biens*, 2è éd., Paris, P.U.F., 1997, n° 213, p. 249.

¹¹⁸⁵. F. ZENATI, thèse préc., n° 280, p. 374. -- V. égal. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, note sous Req., 13 février 1834, *loc. cit.*, n° 60, p. 267. -- P. CROCQ, thèse préc., n° 244, p. 196. -- *Addé* A. HERVIEU, thèse préc., p. 85.

soient des interdictions à la création de nouveaux types de droits réels par les particuliers.

L'expression « simple droit de jouissance » est, en effet, large. Son évocation rappelle les termes de l'article 544 du Code civil qui définit la propriété et surtout ceux l'article 578 du même code qui définit l'usufruit. Or, le droit de l'usufruitier, « droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même... » (art. 578), n'est pas le droit de jouir démembré de la propriété ni davantage un droit subjectif réduit *ab initio* au seul droit de jouir du bien d'autrui. Il est un droit dont l'exercice doit être calqué sur celui du droit du propriétaire. La jouissance du propriétaire lui permet d'accomplir tous les types d'actes sur son bien, dans le respect des lois et règlements ; elle lui confère le pouvoir d'accomplir des actes matériels ou juridiques sur le bien et elle contient donc le pouvoir de disposer du bien. La jouissance de l'usufruitier lui permet donc aussi, si le propriétaire lui concède un droit d'usufruit sur son bien, d'exercer le même type d'actes sur le bien de celui-ci. C'est pourquoi, la référence faite par l'article 543 à la jouissance du bien d'autrui, laisse à penser que tous les types de droits contenant une utilité du bien d'autrui qui s'exercent par un pouvoir identique au pouvoir de jouissance du propriétaire peuvent être créés, y compris un droit de disposer du bien d'autrui. La jouissance utile visée à l'article 543, comme la jouissance de l'usufruitier, ne sont pas restrictives, au contraire elles autorisent la création d'un large éventail de droits réels. Ainsi, le « simple de droit de jouissance » visé par l'article 543 contiendrait, notamment, le seul droit qualifié de droit réel par la loi, à savoir le droit d'hypothèque (art. 2114 al. 1^{er} C.Civ.).

413. - C'est d'un autre point de vue que la création des droits réels se trouve limitée par le législateur.

D'abord, les rédacteurs du Code civil ont entendu mettre fin au système féodal et à la multiplication des obligations réelles et des rapports de soumission entre les personnes ¹¹⁸⁶. Mais, dans le même temps, le propriétaire étant maître de son bien, il est en droit d'en limiter les utilités ; le pouvoir exclusif et absolu qui lui est reconnu par l'article 544 lui permet d'accomplir de tels actes de disposition sur son bien ¹¹⁸⁷. Pour concilier ces deux impératifs, il faut donc convenir qu'un droit réel peut être créé par le propriétaire sur son bien à condition qu'il ne soit pas perpétuel ¹¹⁸⁸. A défaut, il s'agira en fait d'un transfert de propriété ou d'une atteinte à l'exclusivisme et à l'absolutisme du droit de propriété, ce qui ne peut être que l'œuvre de la loi ¹¹⁸⁹. En l'occurrence, le disposant a l'obligation de restituer le bien en nature ou en

¹¹⁸⁶ V. not. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, note sous Req., 13 février 1834, *loc. cit.*, n° 60, p. 267. -- P. CROCQ, thèse préc., n° 246, p. 198-199.

¹¹⁸⁷ En ce sens : P. CROCQ, thèse préc., n° 245, p. 197 ; *adde* n° 248, p. 199-200.

¹¹⁸⁸ En ce sens : F. ZENATI, note sous Civ. 3è, 18 janvier 1984, *D.* 1985, J., 505. -- F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 1997, n° 213, p. 250. -- P. CROCQ, thèse préc., n° 246, p. 198-199. -- Rapp. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, note sous Req., 13 février 1834, *loc. cit.*, n° 60, p. 267-268.

M. F. ZENATI remarque que la servitude est une exception à cette exigence, mais qu'elle est acceptable parce qu'elle n'est autorisée qu'à de strictes conditions (Note sous Civ. 3è, 18 janvier 1984, *ibid.*).

¹¹⁸⁹ V. F. ZENATI, Sur la constitution de la propriété, *loc. cit.*, p. 173.

équivalent et, avant cela, il doit se mettre en mesure d'exécuter cette obligation ¹¹⁹⁰. De cette manière, le droit réel de disposer est limité dans le temps ¹¹⁹¹.

Ensuite, il faut tenir compte du *numerus clausus* des garanties réelles. sur le fondement des articles 2092, 2093 et 2094 du Code civil, seule la loi peut édicter une exception à un texte légal et créer des causes de préférence au profit de certains créanciers ¹¹⁹².

Le droit réel de disposer est donc admissible dans la mesure où il est temporaire - l'obligation de restitution étant impérative et organisée - et où il ne se heurte pas au *numerus clausus* des garanties réelles.

Conclusion du CHAPITRE I

414. - L'autonomie du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte invitait à rechercher la définition positive de ce droit dans un autre domaine que celui du droit subjectif. Cette étude a révélé qu'à défaut de constituer un droit subjectif, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un objet de propriété ou un droit patrimonial. Plus précisément, le *droit* de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un droit *réel* qui a pour contenu l'*abusus* du bien d'autrui, de la même manière que l'usufruit régulier renferme l'*usufructus* du bien d'autrui. Ce *droit réel de disposer* a, ainsi, la structure d'un rapport d'affectation de la valeur de change de la chose d'autrui ou de la valeur de réserve des fonds d'autrui, à une personne ou à un bien (une créance notamment). Dans la première hypothèse, il s'agit du quasi-usufruit ou du droit de disposer du dépositaire irrégulier. Dans la seconde hypothèse, le droit réel de disposer désigne le droit de gage et le droit d'hypothèque.

Il se peut même que le domaine du droit réel de disposer s'étende au-delà de ces cas. A l'exception des sûretés réelles pour lesquelles les articles 2092 et suivants du Code civil posent un *numerus clausus*, la possibilité de création des droits réels nouveaux, et spécialement de droits réels de disposer nouveaux, est admissible.

¹¹⁹⁰. V. *supra* : n° 77 et s.

¹¹⁹¹. V. *supra* : n° 380-3.

¹¹⁹². P. CROCQ, thèse préc., n° 253, p. 202.

Art. 2092 C.Civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

Art. 2093 C.Civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

Art. 2094 C.Civ. : « Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques ».

CHAPITRE II.

LA DÉLIMITATION DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

415. - L'affectation de la valeur d'un bien au profit d'un tiers n'est pas l'apanage du quasi-usufruit, du gage et de l'hypothèque ou même du dépôt irrégulier. Le droit des sûretés, en particulier, et le droit des biens, en général, offre de nombreuses techniques de paiement préférentiel assises sur l'affectation de la valeur d'un bien du débiteur à la satisfaction du créancier. Il s'agit pêle-mêle de la fiducie, des privilèges, de la clause d'inaliénabilité, du droit de préemption etc. On peut y ajouter, dans un autre domaine, le contrat de forage en vertu duquel un cocontractant est autorisé à exploiter la carrière d'autrui. Or la question se pose de savoir si ces mécanismes juridiques, dont certains se voient attribuer la qualification de droit autonome, original, *sui generis*, voire mixte, ne constituent pas un droit réel de disposer. Ils seront donc examinés à la lumière du contenu et de la structure de ce droit pour être exclus (*Section I*) ou admis (*Section II*) dans le domaine du droit réel de disposer.

Section I. - L'exclusion du domaine du droit réel de disposer

Section II. - L'admission dans le domaine du droit réel de disposer

SECTION I.

**L'exclusion du domaine
du droit réel de disposer**

416. - Les mécanismes juridiques susceptibles de garantir un paiement sont nombreux. Mais, hormis, le gage et l'hypothèque, il s'avère qu'ils relèvent tous de la technique contractuelle, c'est-à-dire qu'ils ne reposent pas sur l'existence d'un droit réel, fût-il conventionnel. Certains se manifestent lors de l'exécution forcée de la créance chirographaire ou privilégiée (*I*). Tels autres correspondent à la constitution d'un transfert de propriété temporaire au profit du créancier (*II*). D'autres, enfin, résident dans la création d'obligations de ne pas disposer imposées au débiteur (*III*).

**§ 1. - *L'exécution forcée de la créance
chirographaire ou privilégiée***

417. - Ni le droit de gage général, ni les privilèges n'ont la nature de droits réels de disposer. Ils se rattachent tous à une créance et se différencient ainsi du droit du gage proprement dit et de l'hypothèque. Le droit de gage général n'est qu'un effet des créances (*A*), tandis que les privilèges en sont une qualité (*B*).

A. - Le droit de gage général, effet de la créance

418. - « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » (art. 2092 C.Civ.). Par cette disposition, la loi décrit le jeu du droit de gage général mais elle ne semble pas indiquer sa nature juridique. En particulier, si le texte ouvre le titre XVIII du Code civil consacré aux privilèges et hypothèques, il n'est pas dit que le droit de gage général soit un droit réel, comme l'hypothèque, ou même un privilège.

419. - Pourtant, certaines actions ouvertes au créancier chirographaire peuvent faire croire à la réalité du droit de gage général. L'action paulienne (art. 1167 C.Civ.), l'action en déclaration de simulation (art. 1321 C.Civ.), l'action oblique

(art. 1166 C.Civ.), l'action contre l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité du débiteur, les actions conservatoires de la créance (art. 314-7 C.Pén.)... sont comme le signe d'un droit réel. Elles confèrent toutes au créancier un pouvoir d'action sur le patrimoine de son débiteur, afin d'en reconstituer l'actif et d'en empêcher la diminution. Mais l'impression est fautive. Et il n'est guère contesté que le droit de gage n'est pas un droit réel de disposer contrairement au gage et à l'hypothèque.

420. - A vrai dire, l'article 2092 du Code civil fait allusion à la subjectivité du droit de gage général. En posant le principe que les biens qui passent dans le patrimoine du sujet répondent de ses obligations, il souligne la relation des biens au sujet. La règle rejoint l'idée que le patrimoine est tout à la fois un contenant (le droit de propriété du sujet) et un contenu (un ensemble de biens) ¹¹⁹³.

Le lien d'obligation qui permet au créancier de se désintéresser sur les biens présents dans le patrimoine de son débiteur n'est pas un droit réel et le droit de gage général n'est pas une affectation de biens au sens de droit *dans* la chose. Au plus, est-il une affectation *générale* « en ce sens que tous les biens du débiteur sont destinés à satisfaire ses créanciers sans que ce droit de gage altère les pouvoirs de ce propriétaire » ¹¹⁹⁴. Le patrimoine est, en effet, le lien du sujet aux biens parce que, en contenant, il désigne le droit de propriété extrapatrimonial de ce sujet et, en contenu, il est formé des biens du sujet ¹¹⁹⁵. Aussi, lorsque ce sujet s'oblige *personnellement*, comme l'énonce l'article susvisé, les biens sur lesquels il exerce son droit subjectif de propriété répondent de cet engagement. En ce sens, le droit de gage général transite par la personne de l'obligé ¹¹⁹⁶. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, dans l'éventualité d'un actif inférieur au passif, ceux qui réclament leur paiement ne seront désintéressés que par contribution à concurrence de l'actif existant. C'est la règle de la loi du concours (C.civ., art. 2093) ¹¹⁹⁷ qui s'oppose à la règle de la priorité ou de la préférence attachée aux droits réels de disposer.

421. - A cette occasion on peut noter que le patrimoine - comme la capacité juridique - est rarement examiné sous son angle passif. Au plus affirme-t-on que les

¹¹⁹³. V. *supra* : n° 288 et s.

¹¹⁹⁴. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv., t. 145, L.G.D.J. 1976, n° 26 et n° 27, p. 25-26.

¹¹⁹⁵. V. *supra* : n° 288.

¹¹⁹⁶. M. A. SERIAUX pose la question de savoir s'il n'est pas plus simple et plus exact de soutenir que le patrimoine est constitué par l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne et que c'est avec ces biens que cette personne règlera les dettes qu'elle a pu contracter envers autrui (La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *Rev. trim. civ.* 1994, n° 1, p. 802-803).

Nonobstant la disparition de la contrainte par corps, Frédérique COHET-CORDEY va jusqu'à affirmer que le droit de gage général porte sur le patrimoine « contenant » et non sur le contenu de celui-ci et que l'objet du pouvoir de contrainte du créancier n'est pas un ensemble de biens mais la personne du débiteur qui est également l'objet de sa créance (La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, *Rev. trim. civ.* 1996, n° 37, p. 835 ; v. aussi n° 42, p. 836). C'est la personnalité du titulaire du patrimoine qui est sujet de droit et objet du droit des créanciers (*Ibid.*, n° 49, p. 839).

V. égal. sur l'analyse critique de la thèse du créancier chirographaire, ayant-cause universel : J. BONNECASE, La condition juridique du créancier chirographaire, Sa qualité d'ayant-cause à titre particulier, *Rev. trim. civ.* 1920, p. 107 ; p. 122 et s.

¹¹⁹⁷. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 1, p. 1.

dettes ou le passif serait un sous-ensemble du patrimoine¹¹⁹⁸. Or, dès lors que l'engagement est personnel et que le patrimoine est un ensemble de biens, les dettes ne sont-elles pas purement subjectives, ancrées sur la tête du débiteur et extérieures à son patrimoine-contenu ? Ce qui expliquerait d'ailleurs que les biens passés ne répondent pas des dettes présentes et que la somme des dettes d'un sujet puisse dépasser son actif patrimonial. En fait, les dettes ne sont pas autonomes. Elles ne forment pas un ensemble, négatif, apposé à l'actif. Le patrimoine les intègre sous une forme particulière. Les dettes d'un sujet grèvent les biens qui composent son patrimoine. Elles atteignent, en valeurs négatives, les biens ou valeurs positives du patrimoine. Comme la propriété, elles se projettent sur les biens, sous cette réserve qu'ils appartiennent toujours au sujet débiteur.

Ainsi, le caractère personnel d'une créance, le fait qu'elle se compose de l'engagement d'une personne justifie que le débiteur en réponde sur ses biens. C'est pourquoi, le droit de gage général n'apparaît pas comme un droit de gage *stricto sensu*, ni même comme un droit patrimonial autonome. Il n'est qu'un *effet* des créances. Les privilèges sont plus efficaces parce qu'ils sont une qualité particulière de la créance.

B. - Le privilège, qualité de la créance

422. - La doctrine reconnaît unanimement aux privilèges spéciaux immobiliers la qualité de droits réels. En effet, à l'instar de l'hypothèque visée à l'article 2114 du Code civil, ces privilèges emportent droit de préférence et droit de suite¹¹⁹⁹.

Quid des privilèges spéciaux mobiliers et des privilèges généraux ?

423. - Certains auteurs, dont MM. BRIAULT¹²⁰⁰ et POPLAWSKI¹²⁰¹, ont opté pour la théorie de la réalité et invité à qualifier de droits réels tous les privilèges, quels qu'ils soient. Cette qualification s'imposerait, notamment, pour la raison que les articles 2099 et suivants du Code civil emploient l'expression « privilèges sur »

¹¹⁹⁸. M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 29 et s., p. 606 et s.

¹¹⁹⁹. A. BADAOU, *Le développement de la notion du privilège*, Grenoble, 1912, p. 139. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés - La publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 318, p. 290. -- J.-E. LABBÉ assimile l'action directe à un privilège (Des privilèges spéciaux sur les créances, *Rev. Crit. Lég. Jur.*, 1876, p. 571 et s., p. 665 et s.). Mais s'il s'agissait d'un privilège, celui-ci étant une priorité sur la répartition du prix et non sur la valeur du bien, le titulaire du droit d'action directe ne subirait pas le concours des autres créanciers du sous-débiteur (En ce sens : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 1091, p. 877). -- V. égal. selon MM. MALAURIE et AYNÈS, l'action directe établit un lien d'obligation entre deux tiers respectivement liés à la même personne, le débiteur principal (*Droit civil*, T. VI, *Les obligations*, 8^e éd., Paris, Cujas, 1998, n° 1045, p. 616). -- En vérité, l'originalité du droit d'action direct s'impose en principe : son titulaire aurait un droit d'exclusivité autonome sur une créance de son débiteur, une sûreté *sui generis* (M. COZIAN, *L'action directe*, Préf. A. Ponsard, *Bibl. dr. priv.*, t. 92, L.G.D.J. 1969, n° 8-9, p. 5 ; n° 555 et s., p. 337 et s.).

¹²⁰⁰. G. BRIAULT, *De la notion du privilège en droit civil français*, Paris, 1911, p. 104 et s.

¹²⁰¹. R. POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français - Etude historique et critique*, Bordeaux, 1913, p. 278 et s.

ou « créances privilégiées *sur* » tel bien ou tel ensemble de biens et que le *jus in re* serait, selon ces auteurs, un droit sur la chose et une charge réelle ¹²⁰². En outre, si le créancier privilégié ne dispose pas d'un droit de suite sur les biens de son débiteur, cette absence ne serait pas le signe du défaut de droit réel. D'une part, en matière mobilière, c'est la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » qui fait obstacle au droit de suite du titulaire du droit sur un bien. D'autre part, en matière hypothécaire, il est fréquent que le droit de suite disparaisse pendant que le droit de préférence subsiste ¹²⁰³. L'absence de droit de suite n'ôterait donc pas aux privilèges leur réalité. Pourtant, l'un de ces deux auteurs fournit un argument de taille au rejet de la réalité des privilèges.

424. - M. BRIAULT souligne que le droit réel porte, en principe, sur la chose et que, par l'intermédiaire de cette chose, il donne accès à la valeur du bien - qu'il semble assimiler à la contre-valeur du bien. Puis il relève que le privilège ne suit pas ce schéma ¹²⁰⁴. Or c'est bien là le principal obstacle à l'attribution de la qualification de droit réel aux privilèges spéciaux mobiliers et aux privilèges généraux. Ces deux types de privilèges n'ont pas le contenu ni la structure du droit réel de disposer.

Lorsque le débiteur dispose de son bien, le privilège ne suit pas ce bien entre les mains du tiers acquéreur ¹²⁰⁵ parce qu'il n'est pas attaché aux biens du débiteur ¹²⁰⁶. L'objet du privilège est constitué d'un bien ou d'un lot de biens *présents* dans le patrimoine du débiteur. Il porte sur eux mais il n'en est pas l'accessoire. Il ne contient pas l'*abusus* du bien d'autrui. Ce n'est que lorsque la contrepartie monétaire des biens du débiteur apparaît que ce créancier prime les autres créanciers. Le privilège spécial mobilier et le privilège général ne confèrent au créancier privilégié qu'une priorité de paiement en cas d'apparition de la contre-valeur c'est-à-dire en cas d'exécution forcée des obligations du débiteur à partir de ses biens présents. Le privilège n'est donc pas un droit réel, un droit dans le bien construit sur sa valeur et qui permettrait au créancier d'en saisir la contre-valeur. Il n'est qu'un avantage par rapport au droit de gage général du créancier ; il le renforce en y ajoutant une qualité préférentielle ¹²⁰⁷. C'est pourquoi, comme le droit de gage général, le privilège ne porte sur les biens du débiteur que par l'intermédiaire de la personne du débiteur. Il est un tour de faveur, un droit de priorité dans la répartition du prix ¹²⁰⁸ justifié par la qualité de la créance ¹²⁰⁹. Ce que traduit l'article 2095 du Code civil qui le définit

¹²⁰² G. BRIAULT, thèse préc., p. 132. -- R. POPLAWSKI, thèse préc., p. 290.

¹²⁰³ G. BRIAULT, thèse préc., p. 136. -- R. POPLAWSKI, thèse préc., p. 291 et s.

¹²⁰⁴ G. BRIAULT, thèse préc., p. 104.

¹²⁰⁵ A. BADAoui, thèse préc., p. 152. -- V. égal. G. BRIAULT, thèse préc., p. 104.

¹²⁰⁶ Rapp. H. MICHAS note que l'article 2095 du code civil ne fait pas allusion à la chose soumise au pouvoir direct du privilégié, qui pourtant, constituerait un terme essentiel de tout droit réel (*Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Paris, 1900, p. 67-68).

¹²⁰⁷ A. FOREL, *La notion de privilège et les différentes catégories de privilèges en droit civil*, Bordeaux, 1940, p. 7-19.

¹²⁰⁸ V. A. FOREL, thèse préc., p. 7-19. -- S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français*, Bordeaux, 1937, p. 416. -- Certains auteurs dénomme encore ces privilèges spéciaux mobiliers et privilèges généraux : « privilèges personnels » (V. par ex. A. BADAoui, thèse préc., p. 142 et s.).

¹²⁰⁹ V. P. THERY, *Droit civil, Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 269, p. 334 et s. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 621, p. 513. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 504, p. 419 ; n° 508, p. 423 ; n° 582, p. 481.

comme « un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, mêmes hypothécaires ».

En revanche, lorsque la garantie de paiement fournie à un créancier repose sur l'acquisition temporaire du bien d'autrui et que le débiteur a vocation à retrouver ce bien, une fois la dette payée, on peut se demander si un droit réel de disposer ne s'imisce pas dans la sûreté.

§ 2. - *La propriété-garantie*

425. - Réserve de propriété, crédit-bail, cession de créance DAILLY, gage de sommes d'argent, fiducie (en projet) etc. Ces formes de garantie cadrent mal avec le gage, l'hypothèque ou autre sûreté traditionnelle. Elles semblent s'appuyer sur un droit de propriété laissé (réserve de propriété) ou attribué (crédit-bail ; fiducie) au créancier en garantie de l'exécution de sa créance ¹²¹⁰, alors que les sûretés réelles traditionnelles sont toujours fournies par le patrimoine du débiteur.

Néanmoins, dans tous les cas, il s'agit de satisfaire le créancier d'une somme d'argent ¹²¹¹ en améliorant sa situation au regard de celle d'un créancier chirographaire. Le fait que le créancier et le débiteur se partagent les pouvoirs sur les biens apportés en garantie renforce cette idée d'une pluralité de droits sur le même bien. Il y a peut-être là concurrence d'un droit de propriété et d'un droit réel de disposer sur le bien engagé. Ainsi, ces nouvelles garanties auraient pour point commun avec les sûretés traditionnelles d'affecter la valeur d'un bien à la garantie d'une créance par la concession de son *abusus* au créancier.

A vrai dire, ce partage de pouvoirs est étranger au droit réel de disposer ; il correspond à une technique propre à la propriété-garantie. En effet, dans la propriété-sûreté, il s'agit moins de concéder l'*abusus* et d'affecter la valeur d'un bien à la garantie d'une créance (A) que de transmettre le bien dans son ensemble au créancier qui s'oblige à le restituer en cas de paiement (B).

A. - *L'hypothèse d'un droit réel de disposition*

426. - Comme le créancier et le débiteur dans le cadre d'un gage ou d'une hypothèque, le créancier et le débiteur partie à un contrat de fiducie semblent avoir des pouvoirs concurrents sur le même bien, de sorte que l'existence d'un droit réel de disposer est plausible. La propriété du bien passe au fiduciaire, créancier du

¹²¹⁰. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Préf. M. Gobert, Bibl. dr. priv., t. 248, L.G.D.J. 1995, n° 8, p. 9.

¹²¹¹. P. CROCQ, thèse préc., n° 273, p. 225.

fiduciant, mais ce dernier en conserve les avantages : les fruits de l'exploitation du bien lui reviennent ¹²¹². De son côté, le fiduciaire ne peut ni s'approprier les fruits ni aliéner le bien pour son compte ni profiter des plus-values du bien. Sa propriété ne lui procure aucun revenu et n'accroît pas son capital ¹²¹³. De même, la masse constituée en fiducie, bien que comprise dans le patrimoine du fiduciaire, échappe au droit de gage général de ses propres créanciers ¹²¹⁴. Enfin, sa propriété n'est que temporaire. Elle ne dure que jusqu'à l'échéance du terme de la créance ¹²¹⁵. A l'arrivée de ce terme, le fiduciaire a une obligation de retour ou de représentation des biens au fiduciant ¹²¹⁶.

Dans ce schéma les utilités du bien semblent donc partagées entre le fiduciant et le fiduciaire. Ou bien les prérogatives du créancier et du débiteur sont identiques et simultanées, auquel cas les deux protagonistes sont coïndivisaires ; ou bien leurs droits sur le bien sont des droits aux contenus distincts dont il convient de préciser la nature.

La situation d'indivision doit être exclue puisque créancier et débiteur n'ont pas des pouvoirs identiques simultanés sur le même bien ¹²¹⁷. Reste donc l'hypothèse dans laquelle le créancier et le débiteur seraient titulaires de droits concurrents et différents sur le bien apporté en garantie. L'un aurait la propriété du bien pendant que l'autre serait titulaire du droit réel d'en disposer à l'échéance du délai d'exécution de l'obligation garantie ¹²¹⁸. Deux hypothèses se présentent de nouveau. Soit le créancier a la propriété du bien, le débiteur possédant un droit d'usage sur ce bien pendant la durée de la garantie et un droit réel de disposer lui permettant d'en recouvrer la propriété en cas de paiement. Soit le débiteur reste le propriétaire du bien, le créancier étant titulaire d'un droit réel de disposer du bien qui lui permet d'en acquérir la propriété en cas d'inexécution définitive de l'obligation.

¹²¹². P. MALAURIE et L. AYNES, Garanties résultant de la propriété, *Defr.*, 1987, art. 33968, n° 2, p. 680.

¹²¹³. G. GRIMALDI, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *Defr.*, 1991, art. 35085, n° 12, p. 913. -- P. CROCCQ, thèse préc., n° 95, p. 77. -- Adde J. DERRUPPÉ, De la fiducie au crédit-bail, *Religion, société et politique - Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, P.U.F., 1983, p. 451. -- C. PISANI, La fiducie, *Defr.*, 1990, art. 34772, p. 538.

¹²¹⁴. C. PISANI, *loc. cit.*, p. 538.

¹²¹⁵. G. GRIMALDI, *loc. cit.*, art. 35085, n° 16, p. 915 et art. 35094, n° 42-43, p. 961 et s.

¹²¹⁶. G. GRIMALDI, *loc. cit.*, art. 35094, n° 57, p. 983-984.

¹²¹⁷. Rapp. P. CROCCQ, thèse préc., n° 241, p. 195.

¹²¹⁸. M. CROCCQ évoque l'idée d'un nouveau démembrement, non perpétuel, du droit de propriété en un droit de propriété grevé d'une obligation réelle, d'une part, et un droit réel sur la chose d'autrui, d'autre part (En employant le terme d'obligation réelle, l'auteur renvoie à l'ouvrage de M. GINOSSAR, c'est-à-dire à la thèse de l'obligation réelle, figure passive du droit réel) (Thèse préc., n° 242, p. 195-196). Et il recense les intérêts que l'on pourrait avoir à démembrement le droit de propriété en matière de propriété-garantie, en une propriété de la valeur et une propriété de l'utilité. Outre la nécessité de publier le droit, la nature de la sanction à l'encontre du tiers acquéreur du bien etc., l'intérêt de la reconnaissance au profit du débiteur d'un droit réel sur le bien serait limité (Thèse préc., n° 190 et s., p. 161 et s.). La protection du créancier serait en revanche mieux assurée puisque le démembrement permettrait de justifier une application extensive de la subrogation réelle au profit du créancier, sans texte. Son droit de propriété serait maintenu en dépit de la disparition de son objet initial et ce par report sur un nouvel objet. Ainsi, il échapperait au concours des autres créanciers (Thèse préc., n° 223, p. 177-178 ; n° 226 et s., p. 180 et s.).

427. - Le *numerus clausus* des sûretés réelles ¹²¹⁹ qui puise son fondement dans l'article 2093 du Code civil ¹²²⁰ et dans l'égalité des créanciers que cet article énonce, ne semble pas exclure la création du droit réel de disposer dans l'hypothèse de la propriété-garantie. Il ne concerne que les garanties réelles traditionnelles, soit les causes légitimes de *préférence*. Or, en l'occurrence, il ne serait pas question de créer une cause légitime de préférence ; il s'agirait plutôt de constituer un droit réel de disposer qui permette à son titulaire d'acquérir (pour le fiduciaire) ou de recouvrer (pour le fiduciant) la propriété d'un bien. Alors que la notion de préférence suppose l'existence d'un concours de droits. Aussi, le droit de propriété étant exclusif et ne pouvant pas être en concours avec d'autres droits, la propriété-garantie ne peut pas être une exception au principe du *numerus clausus* ¹²²¹.

Bien qu'il soit séduisant, le schéma d'un nouveau droit réel de disposer est inapte à rendre compte de la situation du créancier et du débiteur dans la propriété-garantie.

428. - Pour plusieurs raisons, cette hypothèse doit être exclue ¹²²².

D'abord, le créancier nanti d'un droit réel de disposer n'a pas vocation ¹²²³ à devenir propriétaire du bien du débiteur, même au moment de la réalisation de la sûreté ¹²²⁴. En cas d'inexécution du débiteur, il ne perçoit que la contrevaletur du bien et, entre temps, seule la valeur de change du bien lui est affectée. Or l'examen des prérogatives dont sont respectivement titulaires le créancier et le débiteur après l'inexécution de l'obligation garantie révèle que, dans la propriété-garantie, le créancier n'a pas seulement vocation à percevoir la contrepartie monétaire du bien : il conserve le bien lui-même ¹²²⁵.

Ensuite, le droit réel de disposer ne peut pas davantage exister à l'endroit du débiteur qui, en cas de non paiement, perd tout droit de recouvrer la propriété du bien - ce qui ne diffère pas du gage ou de l'hypothèque et, en cas de paiement, retrouve la propriété du bien. En effet, l'exercice par le fiduciant-débiteur d'un droit

¹²¹⁹. M. P. CROCQ dénomme ce *numerus clausus* (fondé sur les articles 2092, 2093 et 2094 du Code civil) « *numerus clausus* des garanties réelles » (Thèse préc., n° 235, p. 189-190).

¹²²⁰. « Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence » (art. 2093 C.Civ.).

Seule la loi peut édicter une exception à un texte légal et créer des causes de préférence au profit de certains créanciers (Dans ce sens : P. CROCQ, thèse préc., n° 253, p. 202 ; n° 255, p. 204-205).

¹²²¹. P. CROCQ, thèse préc., n° 236, p. 190 ; n° 253, p. 202-203 ; v. aussi le n° 232, p. 185 et note 3 sous ce numéro. -- Dans le même sens : F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières - Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Préf. L. LORVELLEC, Bibl. dr. priv., t. 283, L.G.D.J. 1997, n° 588 et s., p. 301 et s. -- *Contra* : H. MOTULSKY, De l'impossibilité juridique de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Rev. trim. dt. intern. pr.* 1948, n° 14 et s., p. 464 et s.

¹²²². Rapp. sur le rejet d'un démembrement du droit de propriété en une propriété de l'utilité et une propriété de la valeur : P. CROCQ, thèse préc., n° 69 et s., p. 59 et s. -- C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Préf. D. SCHMIDT, Paris, Economica, collection Droit Civil, 1981, n° 246-247, p. 242-243 ; n° 286, p. 276. -- V. égal. sur l'autonomie de la fiducie en matière de portefeuille de valeurs mobilières : F.-X. LUCAS, thèse préc., n° 598 et s., p. 305 et s.

¹²²³. Certes, la clause de voie parée et le pacte commissoire sont valables lorsqu'elles sont conclues après la constitution de la sûreté (V. *supra* : n° 100). Encore doit-on observer que dans la fiducie, la mise en propriété du créancier correspond à la constitution même de la sûreté. -- V. J. DERRUPPÉ, De la fiducie au crédit-bail, *loc. cit.*, p. 451.

¹²²⁴. V. *supra* : n° 293-1.

¹²²⁵. Rapp. C. PISANI, *loc. cit.*, p. 537.

réel de disposer voudrait qu'il ne retrouve pas la propriété du bien lui-même mais qu'il acquière simplement sa contrepartie monétaire : le droit réel de disposer ne confère pas la propriété du bien mais seulement son *abusus* et, par suite, sa contrepartie.

Enfin, l'esprit et l'utilité de cette garantie constituent une raison supplémentaire d'exclure l'existence d'un droit réel de disposer du mécanisme de la propriété-garantie. Réduire le droit du créancier à un droit dans le bien du débiteur reviendrait à rabaisser la propriété-garantie au statut de sûreté traditionnelle la soumettant ainsi au statut de ces sûretés et à leur faiblesse en cas de procédure collective ouverte à l'endroit du débiteur ¹²²⁶. La raison d'être de la propriété-garantie disparaîtrait alors.

Il faut donc rechercher la technique de la propriété-garantie ailleurs que dans le droit des biens.

B. - Le caractère personnel de l'aliénation fiduciaire

429. - Selon M. CROCQ, les manifestations de l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie se caractérisent toutes par deux critères. En premier lieu, le créancier est propriétaire avant de mettre en œuvre sa garantie. En second lieu, cette qualité n'est définitive qu'en cas d'inexécution fautive de son obligation par le débiteur ¹²²⁷. Si la propriété peut se présenter comme un instrument de crédit, c'est qu'un bien peut être l'accessoire d'une créance (1°), cette affectation étant réalisée par la création d'obligations personnelles (2°).

1°. - L'aptitude d'un bien à devenir l'accessoire d'une créance

430. - Selon M. CROCQ, la propriété peut être l'accessoire d'une créance puisque son caractère absolu et son caractère perpétuel ne s'y opposent pas ¹²²⁸.

430-1. - S'agissant de l'absolutisme du droit de propriété, l'auteur rappelle que l'article 544 du Code civil lui-même conçoit le droit de propriété comme un droit susceptible de limitation. L'examen du droit positif mettrait, d'ailleurs, en évidence la multiplication des restrictions aux prérogatives du propriétaire ¹²²⁹. En outre et surtout, la limitation des pouvoirs du propriétaire correspond au pouvoir

¹²²⁶. P. CROCQ, thèse préc., n° 256, p. 206. -- Adde G. GRIMALDI, *loc. cit.*, art. 35085, n° 3, p. 906 et note 56, sous ce numéro p. 907.

¹²²⁷. P. CROCQ, thèse préc., n° 7 et s., p. 9 et s.

¹²²⁸. P. CROCQ, thèse préc., n° 69 et s., p. 59 et s. -- Adde M. CABRILLAC, Les accessoires de la créance, *Etudes dédiées à Alex Weill*, 1983, n° 10 et s., p. 111 et s.

On ne peut nier le caractère accessoire de la propriété au motif que, contrairement à tout accessoire, elle ne s'éteint pas avec la créance qui constituerait son principal. L'argument porterait si le droit de propriété non seulement ne disparaissait pas au paiement mais encore restait entre les mains du créancier, or tel n'est pas le cas (P. CROCQ, thèse préc., n° 117, p. 94).

¹²²⁹. V. *supra* : n° 355 et s.

d'autolimitation qu'a le propriétaire en raison de l'absolutisme de son droit ¹²³⁰. Son caractère absolu n'interdirait donc pas de rabaisser le droit de propriété au statut d'accessoire d'une créance.

430-2. - La perpétuité du droit de propriété ne serait pas non plus un obstacle à la constitution d'une aliénation fiduciaire.

Dans un premier temps, l'extinction du droit principal par paiement ayant pour conséquence la disparition du droit accessoire, on peut certes se demander si ce caractère temporaire est compatible avec la vocation à la perpétuité traditionnellement reconnue au droit de propriété ¹²³¹. En effet, le créancier ne se voit conférer le droit de propriété que pour une durée limitée à la période de crédit consentie. En réalité, selon M. CROCQ, la perpétuité du droit de propriété ne doit pas s'entendre au sens de droit viager (qui dure autant que la vie de la personne concernée dure) ou de droit héréditaire (qui ne s'éteint pas à la mort de son titulaire). Elle signifie que le droit de propriété est imprescriptible et dure autant que son objet ¹²³². Et si le droit de propriété est perpétuel, c'est en raison du fait qu'un texte à valeur législative attribue au propriétaire une plénitude de pouvoirs. Or, lorsque la limite temporelle procède de la volonté du propriétaire, il faut y voir l'une des modalités d'exercice du droit de propriété ¹²³³.

En fait, le caractère temporaire de la propriété du créancier nous semble concevable *parce que* la propriété doit alors être entendue dans son sens objectif.

431. - La propriété aliénée à titre de garantie n'est pas la propriété subjective, c'est-à-dire le droit de propriété. Le droit de propriété étant logé dans le sujet, il est par nature extrapatrimonial, incessible et imprescriptible ¹²³⁴. Il ne peut donc pas être atteint par la constitution d'une propriété-garantie. Quand cette garantie est créée, l'absolutisme et la perpétuité de la propriété ne sont pas (remis) en cause. *Seul le bien objet du droit de propriété est affecté à la garantie de la créance.*

La propriété désigne, en effet, ici le bien objet du droit de propriété et non le droit de propriété lui-même. Le fiduciaire n'acquiert pas le droit de propriété du débiteur mais le bien du débiteur. Dans l'hypothèse de la réserve de propriété, le créancier n'est pas laissé en possession du droit de propriété du bien vendu mais il applique son droit de propriété au bien vendu. Et lorsque le débiteur exécute son obligation, le droit de propriété du créancier se déconstitue tandis que le droit de propriété du débiteur se reconstitue sur le bien. Ce qui n'enlève rien à la subjectivité et à l'imprescriptibilité des droits de propriété du débiteur et du créancier. Ainsi, le bien objet donné en garantie n'est pas grevé d'un droit réel de disposer. Son affectation à

¹²³⁰ P. CROCQ, thèse préc., n° 82 et s., p. 68 et s. ; n° 94 et s., p. 77 et s.

¹²³¹ P. CROCQ, thèse préc., n° 110, p. 88.

¹²³² P. CROCQ, thèse préc., n° 111, p. 89.

¹²³³ Le non-exercice du droit est en effet une manière de l'exercer. Ce qui correspond d'ailleurs au fait que le droit de propriété n'est pas un droit susceptible de prescription extinctive (P. CROCQ, thèse préc., n° 113, p. 91 ; v. aussi le n° 115, p. 93).

¹²³⁴ V. *supra* : n° 284 et s.

la garantie d'une créance ne passe pas par la création d'un droit réel. Elle est purement personnelle.

2°. - Les obligations personnelles

432. - Les hypothèses de propriété-garantie correspondent à la création d'obligations personnelles qui permettent d'affecter la propriété à la garantie d'une créance sans la modifier ¹²³⁵.

433. - Selon M. CROCQ, deux limitations doivent frapper la propriété lors de la constitution de la propriété-garantie : d'une part, la nécessité du transfert de la propriété lors du paiement ou de la cession de la créance garantie, et, d'autre part, l'inaliénabilité du bien par le créancier jusqu'à l'échéance de la dette ¹²³⁶. La propriété deviendrait donc un droit réel par destination, c'est-à-dire un droit qui par nature est un droit réel principal et autonome, mais que son titulaire affecte à un but qui peut être la garantie d'un droit de créance, sans qu'il s'en trouve modifié puisque cette affectation se réalise au moyen d'obligations personnelles ¹²³⁷. Le rapport d'accessoire à principal serait le fruit de la volonté du titulaire du droit affecté et il n'existerait que dans la mesure de cette volonté ¹²³⁸.

Si la propriété est entendue au sens objectif du terme, comme il nous semble qu'elle doive l'être en l'occurrence, c'est le bien transféré au créancier qui est affecté à la garantie de sa créance. Et c'est aussi le bien qui, en vertu de la volonté des parties, retournera sous le droit de propriété du débiteur en cas de paiement. Simplement, les droits de propriété respectifs du fiduciaire et du fiduciant se déconstitueront et se reconstitueront mutuellement sur le bien. Une telle affectation est valable au regard du droit des obligations.

434. - M. CROCQ note que l'utilisation de la vente, du louage, de la promesse unilatérale de vente pour constituer une propriété-garantie entraîne une mise à l'écart fréquente du régime juridique de ces mécanismes contractuels ¹²³⁹, mais il relève aussi que de tels problèmes ne se posent pas lorsque la constitution de la propriété-garantie se fait en dehors de ces techniques, au moyen de l'aliénation fiduciaire ¹²⁴⁰. D'abord, il n'existe pas de *numerus clausus* des contrats translatifs de propriété.

¹²³⁵ V. P. CROCQ, thèse préc., n° 103, p. 83 ; v. aussi le n° 108, p. 87.

¹²³⁶ P. CROCQ, thèse préc., n° 95, p. 77.

¹²³⁷ Reprenant la distinction établie par M. GOUBEUX (*La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. D. Tallon, Bibl. dr. priv., t. 93, L.G.D.J. 1969, n° 26), M. CROCQ oppose les droits réels accessoires par nature et les droits réels accessoires par destination. Le gage et l'hypothèque figurent parmi les premiers puisqu'ils ne se conçoivent pas sans qu'existe un droit de créance qui en soit le principal (Thèse préc., n° 101, p. 82-83).

¹²³⁸ Inversement, ce lien peut être dénoué par cette même volonté (P. CROCQ, thèse préc., n° 101, p. 82-83).

¹²³⁹ P. CROCQ, thèse préc., n° 149, p. 128.

¹²⁴⁰ P. CROCQ, thèse préc., n° 150, p. 128.

Ensuite, le transfert de propriété opéré a une cause : les obligations assumées par le fiduciaire. En outre, l'inaliénabilité qui frappe le bien cédé en garantie n'est pas prohibée : elle est temporaire et le respect du droit du débiteur à recouvrer sa propriété est un intérêt sérieux et légitime ¹²⁴¹. Enfin, le principe du *numerus clausus* des garanties réelles ne s'applique pas. Ce *numerus clausus* pose l'interdiction de la création de causes de préférence et suppose donc que la garantie examinée procède d'un droit réel nouveau ; or tel n'est pas le cas en matière de propriété-garantie puisque la propriété est exclusive et ne peut pas être en concours avec d'autres droits. Autrement dit, la propriété-garantie n'est pas une exception au principe du *numerus clausus* ¹²⁴².

435. - Quant à la transmission de la propriété-garantie avec la créance garantie, elle se justifie. Elle n'est nullement contraire à l'inaliénabilité du bien puisque cette inaliénabilité est liée au but de la fiducie et a pour seule raison d'être le maintien du lien entre les qualités de propriétaire et de créancier. En d'autres termes, elle n'interdit qu'une aliénation du bien indépendante de celle de la créance ¹²⁴³. Et lorsque le créancier cède sa créance, il y a transmission à titre d'accessoires des obligations incombant au fiduciaire, il y a cession du contrat de fiducie ¹²⁴⁴. Le bien suit alors la créance.

Finalement, le mécanisme mis en place dans la propriété-garantie repose sur la création d'une obligation de ne pas disposer d'un bien.

§ 3. – *L'obligation de ne pas disposer*

436. - La clause d'inaliénabilité et le pacte de préférence constituent des restrictions au droit du propriétaire d'aliéner son bien (A). Quant au « gage-espèces », il repose sur l'obligation de ne pas disposer et/ou de restituer le bien d'autrui (B). Le droit réel de disposer n'a donc pas sa place dans ces mécanismes juridiques qui s'appuient principalement sur l'existence d'obligations personnelles.

A. - La clause d'inaliénabilité et le pacte de préférence

437. - A plusieurs égards, la propriété se montre indifférente à l'*abusus*. Elle survit, intacte, à sa paralysie ou à sa réglementation par une clause d'inaliénabilité et

¹²⁴¹. P. CROCQ, thèse préc., n° 154-156, p. 129-131. -- C. WITZ, thèse préc., n° 249 et s., p. 244.

¹²⁴². P. CROCQ, thèse préc., n° 251, p. 202 ; n° 236, p. 190 ; n° 253, p. 202-203 ; v. égal. le n° 232, p. 185 et note 3 sous ce numéro.

¹²⁴³. P. CROCQ, thèse préc., n° 158, p. 132-133. -- C. PISANI, *loc. cit.*, p. 537.

¹²⁴⁴. P. CROCQ, thèse préc., n° 158, p. 132-133.

un pacte de préférence voire un droit de préemption, par exemple ¹²⁴⁵ parce que l'*abusus* n'est pas un attribut du droit de propriété mais une utilité du bien ¹²⁴⁶. On peut donc se poser la question de savoir si les mécanismes de paralysie ou de réglementation de l'*abusus* sont des droits réels de disposer. Dans sa thèse consacrée au principe de la limitation des droits réels, M. HERVIEU propose d'y voir des droits réels. Il s'agirait même de droits réels de disposer puisque l'auteur, tout en les qualifiant de droits réels *sui generis*, les juge construits sur la division du *jus abutendi* entre, d'une part, le propriétaire du bien et, d'autre part, le bénéficiaire de l'inaliénabilité ¹²⁴⁷, du pacte de préférence ¹²⁴⁸ et du droit de préemption ¹²⁴⁹. Si l'on rejette la théorie du démembrement, cela reviendrait à dire que, dans ces trois hypothèses, l'utilité-*abusus* est concédée au bénéficiaire de l'inaliénabilité, du pacte de préférence et du droit de préemption. De cette manière, le bénéficiaire d'une clause d'inaliénabilité profiterait du maintien du bien grevé dans le patrimoine du débiteur, comme le fonds dominant peut tirer avantage de l'utilité du fonds servant dans une servitude de ne pas faire (par exemple une servitude de ne pas construire). Et le propriétaire conserverait les utilités matérielles du bien.

Cependant, un tel rapport d'affectation ne nous semble pas exister en l'occurrence.

438. - Le droit de préemption, le pacte de préférence et la clause d'inaliénabilité frappent effectivement un bien, mais ils ne révèlent pas l'existence de droits *dans* le bien.

438-1. - D'abord, si le pacte de préférence et le droit de préemption étaient constitutifs d'un droit réel (de disposer), le propriétaire serait tenu de vendre au bénéficiaire du pacte de préférence ou du droit de préemption ¹²⁵⁰ puisque ce bénéficiaire disposerait d'une emprise directe sur le bien ¹²⁵¹. Or, dans les deux cas, le propriétaire a toujours la liberté de ne pas vendre. Toutefois, il est vrai que l'exercice du droit réel de disposer est toujours conditionnel ¹²⁵². Ensuite et surtout, l'exécution d'un droit de préférence ou l'exercice d'un droit de préemption se traduit par le transfert du bien au titulaire du droit. Le bénéficiaire n'a pas seulement droit à une ou plusieurs utilités du bien, il peut prétendre acquérir le bien dans son ensemble, toutes utilités confondues. Ces droits ont, en effet, pour finalité

¹²⁴⁵. V. *supra* : n° 355 et s.

¹²⁴⁶. V. *supra* : n° 371 et s.

¹²⁴⁷. A. HERVIEU, *De la limitation des droits réels*, Caen, dactyl., 1981, p. 422 et s., spéc. p. 442.

¹²⁴⁸. La restriction au droit de disposer née d'un pacte de préférence, il faudrait déceler un droit réel *sui generis* analogue au droit de préemption d'origine légale (A. HERVIEU, thèse préc., p. 449 et s., spéc. p. 459).

¹²⁴⁹. A. HERVIEU, thèse préc., p. 126 et s., spéc. p. 129 et s. -- Seul l'exercice du droit de préemption serait suspendu à la décision d'aliéner.

¹²⁵⁰. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, Préf. P. Raynaud, Bibl. dr. priv., t. 164, L.G.D.J. 1979, n° 338 et s., p. 311 et s.

¹²⁵¹. C. SAINT-ALARY-HOUIN, thèse préc., n° 495, p. 451 et s.

¹²⁵². V. *supra* : n° 96 et s.

l'acquisition (prioritaire) du bien lui-même et non pas seulement l'exploitation de sa valeur.

Quant à la clause d'inaliénabilité, elle ne donne aucune préférence et aucune emprise au bénéficiaire sur le bien. Le profit qu'il en retire est purement négatif, dans ce sens où la clause n'a que pour effet de maintenir un bien dans l'assiette du gage général du créancier ¹²⁵³. Le bénéficiaire de la clause n'a donc ni le pouvoir d'aliéner le bien ni la priorité sur la répartition de sa contrevaleur lorsque celle-ci apparaît. L'inaliénabilité immobilise le bien, elle fait obstacle à un certain appauvrissement du débiteur, mais elle ne confère pas un droit réel de disposer.

438-2. - Du point de vue du bien, l'inaliénabilité issue du pacte de préférence, de la clause d'inaliénabilité et du droit de préemption, fait simplement partie de son statut conventionnel ou légal. Elle a la nature d'une indisponibilité réelle qui existe en raison de la situation, de la nature du bien et de l'intérêt qu'il présente pour les tiers en général ou pour un individu en particulier ¹²⁵⁴.

Du point de vue des personnes, le droit de préemption a la nature d'un droit potestatif, qui n'est donc ni personnel ni réel mais qui s'exerce sur une abstraction ¹²⁵⁵. En revanche, la clause d'inaliénabilité fait naître sur la tête du propriétaire une obligation de ne pas faire. Et le pacte de préférence fait naître sur la tête du propriétaire une obligation de ne pas faire (vendre à un autre) et une obligation de faire (vendre au bénéficiaire du pacte en cas de vente). Dans tous les cas, l'existence d'un droit réel de disposer est donc exclue. Ce qui peut apparaître comme un partage d'*abusus* n'en est pas un. Seule pèse sur le propriétaire du bien, dans l'intérêt des tiers ou d'un tiers, une obligation de ne pas disposer, d'origine légale ou conventionnelle.

B. - Le « gage-espèces »

439. - La dénomination est unique, mais la forme varie. La garantie que l'on dénomme « gage-espèces » aurait les traits d'une propriété-garantie ou ceux d'une sûreté traditionnelle - d'un gage *stricto sensu* - selon que les fonds remis en garantie ne sont pas individualisés ou sont individualisés entre les mains du créancier ¹²⁵⁶.

¹²⁵³. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 577, p. 575.

¹²⁵⁴. Au sujet de la clause d'inaliénabilité : F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, note sous Civ., 20 avril 1858, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^e éd., 1994, n° 66, p. 290. -- Comp. C. SAINT-ALARY-HOUIN, thèse préc., n° 318 et s., p. 295 et s. -- Cf. R. HOUIN sur l'indisponibilité réelle qui constituerait un démembrement innommé du droit de propriété (Les incapacités, *Rev. trim. civ.* 1947, p. 400-401).

¹²⁵⁵. C. SAINT-ALARY-HOUIN, thèse préc., n° 507 et s., p. 461 et s., spéc. n° 512 et s., p. 465 et s.

¹²⁵⁶. Comme l'ont écrit MM. CABRILLAC et MOULY, il y a plusieurs schémas de sûretés sur l'argent qui résultent de l'interférence de divers paramètres : la qualité du gagiste, la forme de l'argent, l'enregistrement comptable (*Droit des sûretés*, 1997, n° 695, p. 564-565).

440. - Les espèces monétaires sont fongibles et passeraient sous la propriété de celui qui les reçoit à titre précaire lorsque ce dernier possède déjà d'autres espèces monétaires de même forme, métallique, fiduciaire ou scripturale¹²⁵⁷. Les espèces monétaires ayant toutes la même fonction, lorsqu'elles ont la même forme et qu'elles se trouvent mêlées les unes aux autres, elles se confondraient nécessairement. Cet effet se produirait en matière de « gage-espèces », bien qu'en principe le gage interdise au créancier nanti de s'approprier le bien engagé (V. art. 2078 et 2079 C.Civ.). Il suffirait que le créancier nanti n'individualise pas les sommes reçues en garantie du débiteur et les mêlent avec ses propres fonds pour qu'ils se mélangent. C'est pourquoi on s'est posé la question de savoir s'il est également possible de qualifier cette garantie de gage irrégulier par analogie avec le dépôt irrégulier¹²⁵⁸ ou de quasi-gage par analogie avec le quasi-usufruit¹²⁵⁹. La plupart des auteurs s'accordent à voir dans cette situation une hypothèse de propriété-sûreté que la pratique continue à dénommer gage¹²⁶⁰. La position de la Cour de cassation est plus ambiguë puisque la cour a récemment décidé que la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier échappe à la prohibition du pacte comissoire (V. art. 2078 C.civ.)¹²⁶¹. Ce qui voudrait dire qu'il s'agit d'une exception au principe, soit d'un pacte comissoire exceptionnellement valable. Mais on a souligné qu'il ne peut s'agir d'un pacte comissoire puisque l'aliénation serait ici réalisée dès la constitution de la sûreté¹²⁶². Le créancier deviendrait propriétaire des fonds comme dans toute hypothèse de propriété-garantie.

A vrai dire, si les sommes remises au créancier ne sont pas individualisées entre ses mains et que celui-ci fait usage d'espèces monétaires qu'il a en sa possession, le débiteur perd bien la propriété de ses fonds faute pour lui de pouvoir apporter la preuve que les fonds utilisés par le créancier ne sont pas ceux qu'il lui a lui-même remis. Ce qui revient à supposer que l'*accipiens* a disposé des biens reçus d'autrui, de

¹²⁵⁷ V. Com., 17 mai 1994, *Bull. Com.* IV, n° 178, p. 142 ; D. 1995, J., 124, note C. LARROUMET ; J.C.P. Ed. G. 1994, I, 3799, obs. M. CABRILLAC. -- Toutefois, l'arrêt ne dit pas si les fonds ont été ou non individualisés par celui qui les a reçus.

¹²⁵⁸ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil français*, T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. Voirin, 2è éd., Paris, Rousseau, 1948, n° 155, p. 156. -- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. XII, par E. Becqué, 2è éd., Paris, L.G.D.J., 1953, n° 77, p. 84.

¹²⁵⁹ Sur cette question : H. SOLUS, obs. sur Colmar, 16 nov. 1937, *Rev. trim. civ.* 1938, 111. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 696, p. 565 ; n° 505, p. 420. -- F. LEDUC, *loc. cit.*, n° 27, p. 321. -- En faveur d'un gage irrégulier : H. SOLUS, obs. sur Civ., 16 juin 1936, *Rev. trim. civ.* 1936, 884. -- H. HUMBERT, thèse préc., p. 94 et s.

¹²⁶⁰ En ce sens : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 696, p. 565 ; n° 697, p. 567. -- M. CABRILLAC, obs. sur Com., 17 mai 1994, *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3799 et Les sûretés conventionnelles sur l'argent, *Les activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly, LITEC, 1991, p. 335. -- J. FRANÇOIS, note sous Com., 3 juin 1997, *D.* 1998, J., 62. -- C. LARROUMET, note sous Com., 9 avril 1996, *D.* 1996, J., n° 3, p. 400. -- F. LEDUC, Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, *Rev. trim. civ.* 1995, note 46 sous le n° 27, p. 321. -- Adde P. CROCQ, thèse préc., n° 306 et s., p. 259 et s.

Contra : P. DELEBECQUE et P. SIMLER considèrent que la sûreté reste un gage, malgré le transfert de propriété dont bénéficie le créancier. Parce que ce transfert n'est pas lié à l'essence de la convention, mais résulte simplement de la nature de la chose objet de la convention (*Les sûretés*, 1995, n° 449).

¹²⁶¹ Com., 9 avril 1996, *D.* 1996, IR, 132 ; *D.* 1996, J., 399, note C. LARROUMET.

¹²⁶² En ce sens : C. LARROUMET, note sous Com., 9 avril 1996, *D.* 1996, IR, 132 ; *D.* 1996, J., n° 4, p. 400.

sorte qu'il n'a pas eu le temps d'en acquérir la propriété ¹²⁶³. Le créancier n'est donc pas ici redevable d'une obligation de conserver et de ne pas disposer, il est seulement tenu d'une obligation de restitution.

En cas de non paiement à l'échéance de la créance garantie, il est dispensé de son obligation de restituer les sommes d'argent, celle-ci s'étant éteinte par voie de compensation conventionnelle avec sa créance garantie ¹²⁶⁴. En cas de paiement de l'obligation garantie, il doit restituer une somme équivalente.

Dans ces conditions, les formalités requises pour la constitution d'un gage ne sont pas nécessaires ; la remise des fonds est suffisante ¹²⁶⁵. Il en résulte également que le créancier peut compenser sa dette de restitution avec sa créance garantie puisque les dettes sont connexes. Ce qui est appréciable lorsque le constituant est frappé d'une procédure collective ¹²⁶⁶. Enfin, ce créancier assume la charge des risques ¹²⁶⁷.

Reste à savoir si, lorsque les fonds remis par le débiteur en garantie de sa dette sont individualisés par le créancier, le « gage-espèces » est constitutif d'un droit réel de disposer. Puisqu'alors le créancier, sans devenir propriétaire des fonds, peut se les approprier en cas de défaillance du débiteur.

441. - Les espèces monétaires sont fongibles avec les espèces monétaires de même forme mais lorsque les fonds reçus du débiteur sont individualisés dans un sac ou dans un compte spécial par exemple, par le particulier ou la banque qui les reçoit, le constituant conserve leur propriété ¹²⁶⁸. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, lorsque le compte spécial auquel sont affectés les fonds produit des intérêts, sauf convention contraire, ils reviennent au débiteur qui demeure propriétaire ¹²⁶⁹. En outre, les fonds gagés peuvent faire l'objet de gages successifs au profit d'autres créanciers ¹²⁷⁰. Enfin, l'indisponibilité des fonds affectés en garantie de sa dette limite les autres pouvoirs du débiteur pendant la possession du créancier : il ne peut pas effectuer de retrait sur ce compte (objet d'un droit de rétention du gagiste) sous quelque forme que ce soit (virement, retrait matériel, compensation avec le solde débiteur de ses autres comptes etc.) ¹²⁷¹.

¹²⁶³. V. *supra* : n° 59.

¹²⁶⁴. Com., 3 juin 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22891, rapport J.-P. RÉMERY ; *D.* 1998, J., 61, note J. FRANÇOIS ; *Rev. Dt. Banc.*, n° 62, août-septembre 1997, n° 7, p. 165, obs. J.-F. CREDOT et Y. GERAR. -- V. égal. H. SOLUS, obs. sur Civ., 16 juin 1936, *Rev. trim. civ.* 1936, 884-885. -- Selon H. HUMBERT, le créancier doit demander au tribunal l'autorisation de ne pas procéder à la restitution prévue (*Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, Paris, 1940, p. 98).

¹²⁶⁵. S. ALAMOWITCH, *Le gage-espèces*, *L.P.A.*, n° 102 du 26 août 1994, p. 4. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 696, p. 565.

¹²⁶⁶. Com., 17 mai 1994, *Bull. Com.* IV, n° 178, p. 142 ; *D.* 1995, J., 124, note C. LARROUMET ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3799, obs. M. CABRILLAC. -- Adde M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 696, p. 565-566. -- H. HUMBERT, thèse préc., p. 100. -- S. ALAMOWITCH, *loc. cit.*, n° 102 du 26 août 1994, p. 5.

¹²⁶⁷. H. HUMBERT, thèse préc., p. 100.

¹²⁶⁸. V. *supra* : n° 45 et s.

¹²⁶⁹. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 696, p. 566.

¹²⁷⁰. *Idem.*

¹²⁷¹. *Idem.*

Le fait que le débiteur voit certains de ces pouvoirs paralysés pendant la durée de la sûreté tout en conservant la propriété des fonds, peut conduire à analyser cette hypothèse de « gage-espèces » comme un véritable gage dont le créancier peut demander l'attribution judiciaire¹²⁷². Il est vrai que la provenance des deniers est connue et qu'elle ne change pas : les fonds appartiennent au débiteur-constituant. Cependant, même lorsque la somme est individualisée, le « gage-espèces » n'est pas constitutif d'un droit réel. Il n'est pas formé de l'*abusus* des fonds du débiteur et il ne repose pas sur l'affectation de leur valeur de réserve au créancier. Car ce n'est pas seulement l'utilité des fonds qui se trouve affectée au créancier, ce sont les fonds eux-mêmes. Autrement dit, cette forme de « gage-espèces » a la configuration d'un dépôt régulier d'une somme d'argent individualisée, avec affectation conventionnelle des fonds au créancier.

Ainsi, le droit réel de disposer n'a sa place dans aucune de ces techniques juridiques : ces mécanismes reposent sur l'existence de droits personnels.

SECTION II.

L'admission dans le domaine du droit réel de disposer

442. - Jusqu'à présent, le droit réel de disposer s'est incarné dans deux types de droits : le droit du quasi-usufrUITier et du dépositaire irrégulier et le droit réel du créancier gagiste ou hypothécaire. Il est peut-être possible de déceler de nouveaux droits réels de disposer. Les droits évoqués jusqu'à présent permettent au disposant d'*aliéner* pour son propre compte le bien d'autrui. A cette fin, ils constituent un rapport d'affectation de l'*abusus* du bien d'autrui à une personne (le quasi-usufrUITier ou le dépositaire irrégulier) ou à un bien meuble (une créance dans le droit réel de garantie). Or, on peut se demander si le droit réel de disposer ne pourrait pas

¹²⁷². En ce sens : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 696, p. 566 ; n° 697, p. 567. -- Rapp. H. HUMBERT, thèse préc., p. 94.

Le gage-espèces est exclu du champ d'application de l'article 102 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 qui reformule l'article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 relatif au gage de compte d'instruments financiers. En effet, le texte fait bien mention d'espèces qui peuvent figurer au compte gagé : « Les instruments financiers figurant dans le compte gagé, ceux qui leur sont substitués ou les complètent, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie sont compris dans l'assiette du gage » (al. 1^{er}). Et il les soumet au même régime que les instruments financiers (S. MOUY et H. DE VAUPLANE, La réforme du nantissement des titres dématérialisés, *Banque et Droit*, n° 48, juillet-août 1996, p. 5). Mais ces sommes ne sont là que temporairement et ponctuellement, elles « sont prises comme accessoires ou substitués momentanés, avant d'être employés à la constitution de nouveaux actifs financiers » (D.R. MARTIN, Du gage d'actifs scripturaux, *D.* 1996, Chr., n° 7, p. 264).

permettre au disposant de *détruire* la substance du bien d'autrui et s'il ne pourrait pas constituer un rapport d'affectation de l'*abusus* du bien d'autrui à un *immeuble*. L'usufruit ou la servitude ne pourrait-elle avoir pour contenu l'*abusus* du bien d'autrui entendu comme l'aptitude du bien à être détruit ?

Plus précisément, le contrat de fortage par lequel le propriétaire d'une carrière donne à l'exploitant le droit d'en extraire les produits, a une qualification incertaine. Sa qualification oscille entre le bail et la vente. Et le débat n'est pas dénué d'intérêt pratique puisque, selon la nature attribuée au droit de l'exploitant, la publicité légale est ou n'est pas requise pour l'opposabilité du contrat de fortage aux tiers qui ont acquis ou voudraient acquérir des droits concurrents sur l'immeuble. Or, les qualifications personnelles données à la situation issue du contrat de fortage ne sont pas entièrement satisfaisantes (I), alors que le droit réel de disposer s'y applique parfaitement (II).

§ 1. - L'inadaptation des qualifications personnelles au droit de l'exploitant de carrières

443. - Les rapports nés du contrat de fortage entre le propriétaire de la carrière et l'exploitant de cette même carrière ont été qualifiés de rapports personnels issus soit d'un bail (A), soit d'une vente (B), soit d'un bail et d'une vente (C).

A. - La qualification de bail de l'immeuble

444. - *A priori*, le bail semble apte à qualifier le contrat de fortage. Le louage des choses est, en effet, le « contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer » (art. 1709 C.Civ.). Il ressort de cette définition que plusieurs éléments sont communs au contrat de bail et au contrat de fortage. D'abord, le bail implique le versement d'un loyer par l'occupant au propriétaire du bien ; le contrat de fortage suppose la rémunération du propriétaire de la carrière¹²⁷³. Ensuite, en donnant au preneur le droit de jouir d'une chose pendant un certain temps, le bail lui permet de s'établir sur les lieux lorsqu'il s'agit d'un immeuble ; l'extraction des matériaux suppose que l'exploitant occupe la carrière¹²⁷⁴. De surcroît, l'article 1713 du Code civil énonce que le contrat de bail peut porter sur « toutes sortes de biens meubles ou immeubles ». Ce qui autoriserait à penser que la

¹²⁷³. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, t. VIII, *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, 11^e éd., Paris, Cujas, 1997, n° 83, p. 67. -- *Adde* : F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 351, p. 291.

¹²⁷⁴. C. LARROUMET, La publicité des contrats de fortage et la mobilisation par anticipation, *Mélanges offerts à André Colomer*, LITEC, 1993, n° 1, p. 209. -- *Adde* : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, 1997, n° 83, p. 67. -- F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 1996, n° 351, p. 291.

jouissance du preneur peut porter sur un bien consommable. Si tel était le cas, elle se muerait en disposition et le preneur serait admis à entamer la substance de l'immeuble.

Mais, il n'est pas certain que la jouissance du preneur s'accommode de l'altération de la substance du bien loué.

445. - L'article 1730 du Code civil tempère la généralité des termes de l'article 1713 du même code. En imposant au preneur de « rendre la chose *telle qu'il l'a reçue* » suivant l'état des lieux dressé par les parties ¹²⁷⁵, le texte impose au preneur de rendre la chose même qu'il a reçue. Il fait du preneur le débiteur d'une restitution à l'identique ¹²⁷⁶. Ce qui empêche de faire porter le bail sur des biens consommables et de conférer au preneur le droit de disposer du bien du bailleur ¹²⁷⁷. Or l'exploitant d'une carrière devient propriétaire de ses produits, il ne peut donc pas être un simple preneur. C'est pourquoi, certains auteurs ont analysé le contrat de forage comme une vente.

B. - La qualification de vente de meubles par anticipation

446. - Le fait que l'exploitant s'approprie les matériaux après les avoir lui-même extraits de la carrière conduit à analyser le contrat de forage comme une vente mobilière ¹²⁷⁸ et plus précisément comme une vente avec mobilisation par anticipation ¹²⁷⁹. Les meubles par anticipation sont, en effet, des biens immeubles

¹²⁷⁵. Les mots en italique sont soulignés par nous.

¹²⁷⁶. Sur la distinction de la restitution à l'identique et de la restitution en équivalent : v. *infra* : n° 521.

¹²⁷⁷. Civ. 3è, 30 mai 1969, *Bull. Civ. III*, n° 437, p. 333 ; *D.* 1969, J., 561 ; *J.C.P. Ed. G.* 1970, II, 16173 (après avoir visé l'article 1713 du code civil, l'arrêt énonce que « malgré la généralité de ce texte, il est des biens qui sont insusceptibles de faire l'objet d'un contrat de louage, notamment lorsqu'il est impossible de jouir de la chose louée sans en consommer la substance »). -- Civ. 3è, 25 oct. 1983, *Bull. Civ. III*, n° 197, p. 151.

Sur l'obligation de restitution du preneur qui fait obstacle à la location des biens consommables : P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, 1ère éd., Paris, LITEC, 1997, n° 243, p. 203 ; n° 275, p. 226 et note 32 sous ce numéro. -- F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 1996, n° 351, p. 291 ; n° 623, p. 482. -- Obs. G. HUBRECHT (*J.C.P. Ed. G.* 1970, II, 16173) et G. CORNU (*Rev. trim. civ.* 1970, 189) sous Civ. 3è, 30 mai 1969. -- *Adde* : HUET selon qui, « par tradition », les choses consommables ne pourraient être l'objet que d'un prêt de consommation (*Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1ère éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 21141, p. 629 (Les mots entre guillemets sont ceux employés par l'auteur) ; v. égal. n° 21123, p. 608. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, t. IV, *Les biens - La publicité foncière*, par P. Théry, 4è éd., Paris, Cujas, 1998, n° 135, p. 45 ; *Les contrats spéciaux*, 1997, n° 83, p. 67.

¹²⁷⁸. V. Civ., 24 mars 1953, *D.* 1953, J., 388. -- Com., 16 nov. 1953, *D.* 1954, J., 146 (L'arrêt précise, en outre, que la modicité de la somme ne peut révéler l'existence d'un bail plutôt que celle d'une vente). -- Civ. 3è, 21 avril 1959, *Bull. Civ. III*, n° 179, p. 163 (L'arrêt relève que le propriétaire avait le droit de faire pacager son troupeau sur les parcelles objets du contrat ; que le seul droit du preneur était d'extraire le sable ; et que la jouissance du terrain continuait d'appartenir au propriétaire). -- Civ. 1ère, 2 déc. 1963, *Bull. Civ. I*, n° 528, p. 445 (Nonobstant tout intitulé donné à l'acte, le contrat litigieux ne constitue pas un bail, les matériaux ne peuvent être assimilés aux fruits qu'un locataire récolterait sur le fonds).

¹²⁷⁹. Req., 24 mai 1909, *D.P.* 1910, I, 489 ; S. 1911, I, 10. -- Montpellier, 23 oct. 1922, *D.P.* 1923, II, 97, note G. RIPERT. -- Civ., 28 nov. 1949, *D.* 1950, J., 38 ; S. 1950, I, 100. -- Civ. 3è, 30 mai 1969, *Bull. Civ. III*, n° 437, p. 333 ; *D.* 1969, J., 561 ; *J.C.P. Ed. G.* 1970, II, 16173, obs. G. HUBRECHT. -- Civ. 3è, 3 oct. 1969, *Rev. Loyers et fermages* 1970, p. 41. -- Civ. 3è, 25 oct. 1983, *Bull. Civ. III*, n° 197,

par leur nature physique, mais soumis, à certains égards, au régime juridique des meubles parce que destinés à le devenir dans un avenir proche ¹²⁸⁰. En l'occurrence, la qualification de vente mobilière avec mobilisation par anticipation traduirait l'idée que les matériaux de la carrière forment la substance de l'immeuble avant d'en être détachés et de devenir des meubles qui passent dans le patrimoine de l'exploitant. Dans ces conditions, la délivrance à laquelle sont tenus les vendeurs est accomplie, non pas au moment de l'extraction effective des matériaux, mais lorsque rien ne s'oppose plus, du fait du vendeur, à ce que l'acquéreur commence l'exploitation ¹²⁸¹.

447. - La qualification de vente a donc ses raisons d'être toutefois elle présente l'inconvénient majeur d'exclure le contrat de forage du régime du bail et de le faire échapper à la publicité foncière protectrice des intérêts des tiers titulaires de droits concurrents sur l'immeuble ¹²⁸². Le décret du 4 janvier 1955 ¹²⁸³ rend obligatoire la publication de certains actes, tels ceux qui portent ou constatent entre vifs une mutation ou constitution de droits réels immobiliers, ou un bail de plus de douze années (art. 28-1°) ¹²⁸⁴, mais il ne vise pas les actes de vente mobilière.

Pour cumuler les avantages des deux qualifications, il faudrait associer un bail à une vente.

C. - La qualification hybride ou successive de bail et de vente

448. - Dans le but de protéger les tiers titulaires de droits sur la carrière, sans adopter pour autant la qualification de bail, les tribunaux opèrent une double qualification du contrat de forage. Ce contrat constituerait une vente mobilière (par anticipation) dans les rapports entre les parties et une vente immobilière pour ce qui concerne les tiers.

Dans un arrêt du 18 avril 1907, la cour d'Aix - suivie par la Chambre des Requêtes (24 mai 1909) - décidait que le « caractère mobilier [de la vente] ne saurait exister que dans les rapports des parties entre elles et non au détriment des tiers qui ont des droits réels sur l'immeuble à exploiter ; qu'au regard des tiers, c'est bien le sol qui a été partiellement aliéné, et privé, comme dans l'espèce, de ses argiles, marnes ou calcaires, se trouvant ainsi, non seulement diminué dans sa masse, mais dépouillé irrémédiablement de tout ce qui lui donnait tout ou partie de sa

p. 151. -- *Adde* Civ. 3è, 4 juillet 1968, *Gaz. Pal.* 1968, II, J., 298 et obs. J.-D. BREDIN sur cet arrêt, *Rev. trim. civ.* 1969, 144 et s.

¹²⁸⁰. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, par P. Théry, 1998, n° 133, p. 44. -- V. égal. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 17è éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1997, n° 49, p. 101 ; n° 58, p. 119. -- F. ZENATI et T. REVET, *Droit civil, Les biens*, 2è éd., Paris, P.U.F., 1997, n° 63, p. 81-82 ; n° 66, p. 85-86 ; n° 67, p. 89-90.

¹²⁸¹. Civ. 1ère, 13 juillet 1982, *Gaz. Pal.* 1982, II, 670, note A. PIEDELIÈVRE.

¹²⁸². Ces tiers seraient « ceux-là seuls auxquels pourrait préjudicier la clandestinité de ce contrat, c'est-à-dire ceux qui ont à opposer au droit résultant de l'acte non transcrit, d'autres droits acquis par eux-mêmes du chef du même auteur et conservés par eux au moyen des formalités légales de publicité » (Req., 17 mars 1931, *D.H.* 1931, 233).

¹²⁸³. Décr. n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

¹²⁸⁴. Les autres baux sont opposables aux tiers lorsque l'acte a acquis date certaine (V. art. 1328 C.Civ.).

valeur »¹²⁸⁵. L'exploitant deviendrait donc propriétaire, au regard des tiers, des matières *non encore extraites* : il deviendrait propriétaire du sol. Ce qui justifierait la soumission du contrat de forage à la publicité foncière¹²⁸⁶.

Cependant, cette double qualification est moins satisfaisante qu'il y paraît. D'une part, les articles 520 et 521 du Code civil paraissent condamner la mobilisation par anticipation¹²⁸⁷ et donc la vente avec mobilisation par anticipation. D'autre part, la qualification de vente immobilière suppose une aliénation du sol, alors qu'en l'occurrence ce sont les biens extraits du sol et devenus meubles qui sont transférés¹²⁸⁸. Ensuite, la qualification de vente ne prend pas en compte le fait que le contrat de forage impose une occupation de l'immeuble par l'exploitant¹²⁸⁹. En outre, comme l'a relevé un auteur, il n'est pas admissible que la vente soit mobilière *inter partes* et immobilière à l'égard des tiers¹²⁹⁰. Enfin, les juges semblent imposer cette qualification aux parties plus qu'ils n'interprètent leur volonté¹²⁹¹.

449. - Devant ces imperfections, certains auteurs ont proposé une autre analyse du contrat de forage. Le Doyen CORNU a soutenu qu'il faudrait reconnaître l'existence d'un acte complexe, portant principalement sur des matériaux à extraire - vente par anticipation entre les parties - et secondairement sur un sol à occuper - objet d'un bail accessoire¹²⁹². M. C. LARROUMET constate que la qualification de vente n'est pas incompatible avec la qualification de bail et qu'en vertu d'un bail l'exploitant peut occuper l'immeuble pour en extraire les matériaux, pendant que la vente des produits de la carrière a lieu au fur et à mesure de l'extraction des

¹²⁸⁵ D.P. 1910, I, 491 ; S. 1911, I, 10. -- Civ., 28 nov. 1949, D. 1950, J., 38 ; S. 1950, I, 100.

¹²⁸⁶ Sur l'opposabilité du contrat de forage au créancier titulaire d'une hypothèque sur l'immeuble exploité : v. Aix, 18 avril 1907 et sur pourvoi Req., 24 mai 1909, D.P. 1910, I, 489 ; S. 1911, I, 10.

¹²⁸⁷ C. LARROUMET, La publicité des contrats de forage, *loc. cit.*, n° 6, p. 214.

Art. 520 C.Civ. : « Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles.

Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles.

Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble ».

Art. 521 C.Civ. : « Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus ».

¹²⁸⁸ C. LARROUMET, La publicité des contrats de forage, *loc. cit.*, n° 7, p. 214.

¹²⁸⁹ G. CORNU, obs. sous Civ. 3è, 30 mai 1969, *Rev. trim. civ.* 1970, 190. -- C. LARROUMET, La publicité des contrats de forage, *loc. cit.*, n° 6, p. 213.

¹²⁹⁰ « Un contrat unique peut, dans l'ensemble, avoir un caractère mixte, mais il ne peut être scindé et se présenter sous une face, ou sous une autre, suivant qu'il s'agit des tiers ou des parties » (E. NAQUET, note sous Req., 24 mai 1909, S. 1911, I, 10). -- H. SOLUS juge cette position « surprenante et critiquable » (Obs. sur Civ., 28 nov. 1949, *Rev. trim. civ.* 1950, 203). -- Dans le même sens : G. RIPERT, note sous Montpellier, 23 oct. 1922, D.P. 1923, II, 97. -- C. LARROUMET, La publicité des contrats de forage, *loc. cit.*, n° 8, p. 215.

¹²⁹¹ C. LARROUMET, La publicité des contrats de forage, *loc. cit.*, n° 8, p. 215.

Sur la prétendue recherche de la commune intention des parties : Civ., 28 nov. 1949, D. 1950, J., 38 ; S. 1950, I, 100. -- Civ., 24 mars 1953, D. 1953, J., 388. -- Civ. 3è, 30 mai 1969, *Bull. Civ.* III, n° 437, p. 333 ; D. 1969, J., 561 ; J.C.P. Ed. G. 1970, II, 16173. -- Civ. 3è, 25 oct. 1983, *Bull. Civ.* III, n° 197, p. 151.

A vrai dire « la nature, immobilière ou mobilière, d'un bien est définie par la loi, et [...] la convention des parties ne peut avoir d'incidence à cet égard » (Civ. 3è, 26 juin 1991, *Bull. Civ.* III, n° 197, p. 115 ; J.C.P. Ed. G. 1992, II, 21825, note J.-F. BARBIÉRI). En effet, « les contractants sont libres de régler les modalités de leurs obligations, et la nature du contrat dépend de l'objet de ces obligations » (G. RIPERT, note sous Montpellier, 23 oct. 1922, D.P. 1923, II, 97). Et la règle s'applique aux juges.

¹²⁹² Obs. sous Civ. 3è, 30 mai 1969, *Rev. trim. civ.* 1970, 190.

matériaux ¹²⁹³. Ainsi, en tant que bail, le contrat de forage serait soumis à la publicité organisée par le décret du 4 janvier 1955 et l'intérêt des tiers serait protégé.

Cette qualification est moins tortueuse que la thèse précédente, mais elle est double alors que l'opération analysée ne l'est pas. Faut-il que le bail côtoie la vente ou qu'il la précède ? L'occupation de l'immeuble et l'extraction des matériaux sont intimement liés, tant entre les parties qu'au regard des tiers. De cette unité, le droit réel de disposer peut rendre compte.

§ 2. - La reconnaissance d'un droit réel de disposer dans le droit de l'exploitant de carrières

450. - Au plan théorique, la qualification de quasi-usufruit *ou* de servitude a le mérite d'être unitaire. Au plan pratique elle présente l'avantage d'assurer la protection des tiers titulaires de droits sur l'immeuble exploité. Le tout sans forçage de la qualification du contrat. C'est pourquoi chacune de ces qualifications s'adapte parfaitement au droit né du contrat de forage.

Un quasi-usufruitier d'un bien immobilier peut occuper l'immeuble grevé puisqu'il est en droit de jouir de la chose grevée. La servitude le permet également puisqu'elle profite au propriétaire du fonds dominant. Le quasi-usufruitier et le propriétaire du fonds dominant sont, l'un et l'autre, admis à altérer la substance du fonds grevé dès lors que cette disposition correspond à la finalité première du bien. Or, une carrière a pour destination d'être exploitée et donc vidée de sa substance. Il en va de la carrière comme du terrain planté d'arbres de haute futaie. En principe, les éléments extraits d'une carrière constituent des produits puisque leur extraction épuise progressivement la substance du fonds. Dès lors que l'exploitation correspond non seulement à l'*abusus* mais encore à l'*usus* de la carrière, c'est-à-dire dès lors que l'exploitant se conforme au mode d'exploitation suivi et que la carrière est en état d'exploitation au jour où le contrat débute, l'extraction des matériaux peut être l'objet d'un usufruit ou d'une servitude sans qu'il ne soit nécessaire de les qualifier de fruits ¹²⁹⁴. La nature de droit réel de disposer semble donc bien adaptée au droit de l'exploitant de carrières. Ce qui permet d'exclure les qualifications de bail et de vente.

¹²⁹³. La publicité des contrats de forage, *loc. cit.*, n° 2, p. 210 ; n° 8, p. 215.

¹²⁹⁴. Sur la requalification de ces produits en fruits : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., 1998, n° 750, p. 609. -- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 1673, p. 399-400 et n° 1680, p. 404 (F. CHABAS les qualifie de « fruits par décision de la loi » : *Ibid.*, n° 1673, p. 399-400). -- C. ATIAS, *Droit civil - Les biens*, 3^e éd., Paris, LITEC, 1993, n° 18, p. 13. -- Cf. C. LARROUMET, *Droit civil*, T. II, *Les biens - Droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, n° 533, p. 291-292 ; v. égal. n° 564, p. 308.

451. - Le rejet de la qualification de bail a, certes, pour effet l'exclusion, par les tribunaux, du privilège du bailleur ¹²⁹⁵. Et le rejet de la qualification de vente devrait également entraîner l'exclusion de la garantie du vendeur. Mais, si le propriétaire n'est pas vendeur, il est nu-propriétaire et, à ce titre, il est tenu de respecter la jouissance du quasi-usufruitier ou du propriétaire du fonds dominant. Quant à l'exclusion de la résolution pour cessation momentanée de l'exploitation, elle trouve son doublet en matière de droit réel de disposer : le disposant du bien d'autrui pour son propre compte est tenu d'exploiter la carrière conformément à l'usage antérieur, ou, le cas échéant, en bon père de famille ¹²⁹⁶. En outre, s'agissant d'un droit réel immobilier, l'usufruit ou la servitude constitué sur la carrière est, quelle que soit sa durée, soumis à la publicité foncière légale. Le décret du 4 janvier 1955 rend, en effet, obligatoire la publication des actes qui portent ou constatent entre vifs une constitution de droits réels immobiliers (art. 28-1°), ce que sont le quasi-usufruit et la servitude. Cette publicité assure la protection des tiers et celle de l'exploitant puisque son droit sur les matériaux devient opposable aux tiers *avant* leur extraction ¹²⁹⁷.

452. - On peut noter que les deux qualifications proposées ne sont pas absolument identiques. Le quasi-usufruit est un rapport d'affectation de la valeur d'un bien à une personne autre que le propriétaire ; la servitude lie un fonds à un autre fonds. Il en découle que la servitude durera autant que l'utilité du fonds servant peut servir au fonds dominant alors que le quasi-usufruit est viager. En outre, la servitude d'extraction ne pourra être créée que si les biens sont des immeubles appartenant à des propriétaires différents et dont l'un est affecté au service de l'autre. La servitude ayant pour but de favoriser l'utilisation économique d'un immeuble en le faisant profiter de l'utilisation économique de l'autre ¹²⁹⁸, il faut, en l'occurrence, que l'extraction du sable, du minerais etc. du fonds servant serve à l'usage du fonds dominant et non pas simplement à la personne de son propriétaire. Sans quoi, seule la constitution d'un quasi-usufruit sera envisageable.

453. - Une décision ancienne pose même la question de savoir si ce droit réel de disposer de la carrière d'autrui ne pourrait pas s'accompagner d'un autre droit réel de disposer. Dans un arrêt du 12 décembre 1899 ¹²⁹⁹, la chambre civile de la Cour de cassation décidait que l'engagement du propriétaire d'un terrain de ne pas demander réparation à l'exploitant régulier de la mine, constituait un droit original transmissible aux acquéreurs successifs du terrain. Or, on a analysé ce droit comme un droit réel *sui generis*, une concession (partielle) de l'*abusus*, un démembrement

¹²⁹⁵ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, 1997, n° 83, p. 67.

¹²⁹⁶ V. *supra* : n° 104 et s.

¹²⁹⁷ V. C. LARROUMET qui tire cette conclusion de la qualification de bail (La publicité des contrats de forage, *loc. cit.*, n° 5, p. 213).

¹²⁹⁸ S. GUINCHARD, thèse préc., n° 67, p. 53-54.

¹²⁹⁹ Civ., 12 déc. 1899, S. 1901, I, 497, note A. TISSIER.

original de la propriété ¹³⁰⁰. Selon nous, ce droit est bien un droit patrimonial mais il semble constituer une obligation réelle plutôt qu'un droit réel de disposer. En effet, l'obligation de ne pas faire du propriétaire ne relève pas du contenu du droit réel de disposer de l'exploitant sur la carrière d'autrui ; elle fournit à cet exploitant une prestation (négative) que le bien ne pourrait certainement pas fournir par lui-même. Elle est une abstention de l'homme. Ce qui interdit de l'inclure dans l'*abusus* du bien d'autrui. En revanche, le droit de suite qui s'attache à cette obligation se justifie : la prestation négative peut être considérée comme l'accessoire du droit réel de disposer de l'exploitant immobilier. Comme lui, elle se rattache donc au bien et elle le suit entre les mains des acquéreurs successifs.

Conclusion du CHAPITRE II

454. - Le droit réel de disposer n'a donc pas le monopole des garanties de paiement. Les privilèges et la propriété-garantie, notamment, concurrencent le droit de gage et d'hypothèque. La propriété-garantie présente même un avantage non négligeable sur le droit réel de disposer puisqu'elle permet au créancier nanti d'échapper aux règles des procédures collectives.

En revanche le droit réel de disposer peut servir à définir le droit né du contrat de forage tout en satisfaisant les intérêts des tiers et des parties. L'application de la qualification de droit réel de disposer au droit de l'exploitant justifie que celui-ci puisse épuiser la substance de la carrière d'autrui et la qualification de droit réel immobilier impose aux parties la publicité du droit.

On peut même penser que la jurisprudence donnera naissance à de nouveaux droits réels de disposer. Déjà, dans un arrêt en date du 12 janvier 1994 ¹³⁰¹, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a attribué la nature de « droit de caractère immobilier » au droit du bénéficiaire d'une promesse de vente immobilière, mis en « possession réelle » de l'immeuble, de donner à bail cet immeuble, avant la levée d'option et le transfert de propriété. En l'occurrence, le bénéficiaire de la promesse avait conclu sur le bien du promettant un bail commercial. Il avait donc accompli sur le bien d'autrui un acte de disposition ¹³⁰², la conclusion d'un tel bail étant à la fois un acte juridique et un acte économique grave. Fallait-il voir dans ce « droit de caractère immobilier » la manifestation d'un droit réel de disposer ? Cette qualification justifierait que le bénéficiaire de la promesse ait pu entamer la valeur du bien d'autrui en transmettant sa jouissance à un tiers preneur ¹³⁰³.

¹³⁰⁰. J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Préf. H. Batiffol, Bibl. dr. priv., t. 171, L.G.D.J. 1981, n° 148, p. 109.

¹³⁰¹. Civ. 3è, 12 janvier 1994, D. 1995, J., 52, note F. MACORIG-VENIER.

¹³⁰². En ce sens : F. MACORIG-VENIER, note sous Civ. 3è, 12 janvier 1994, D. 1995, J., 56.

¹³⁰³. Mme F. MACORIG-VENIER a évoqué l'idée d'une décomposition du droit de propriété en une propriété économique et une propriété juridique : « La propriété économique aurait été transférée au bénéficiaire en possession réelle, le retard du transfert de propriété ne concernant que la propriété

Conclusion du TITRE I

455. - Le statut du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est celui d'un droit patrimonial. Le droit réel de disposer figure, sous le droit de propriété, aux côtés des droits personnels et des droits réels d'usufruit, d'usage et d'habitation, de servitude. A défaut d'être issu du droit du propriétaire du bien, il est soumis au droit de propriété du disposant. Il a donc, en principe, tous les caractères des droits patrimoniaux : il est, en principe, cessible, transmissible et prescriptible. Et si l'*intuitu personae* qui s'attache au droit de quasi-usufruit neutralise ces caractères, le droit réel de disposer n'en demeure pas moins un objet de propriété. C'est un bien incorporel, une création du juriste, si l'on reprend les termes employés par VILLEY au sujet du *jus romain*. D'ailleurs, sous réserve de respecter le *numerus clausus* des sûretés réelles, l'article 543 du Code civil aux termes duquel « on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre » n'interdit pas de le créer en dehors des hypothèses expressément prévues par la loi.

Cette qualification invite, à présent, à élaborer le régime du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, en précisant notamment les conditions de sa constitution et de son extinction.

juridique, conservée par le vendeur disposant ainsi d'une garantie de paiement » (Note sous Civ. 3è, 12 janvier 1994, *D.* 1995, J., p. 57 ; *adde* p. 55). Cependant, l'auteur de la note émet des doutes sur l'existence de ce droit réel *sui generis* (*Ibid.*, p. 57).

TITRE II.

ESQUISSE DU RÉGIME DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

456. - L'examen comparatif du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et du droit de propriété a déjà permis de mettre en exergue certains principes qui gouvernent le droit réel de disposer. En particulier, cette comparaison a fait apparaître qu'un certain nombre de règles conditionnent l'entrée en jouissance du disposant, lui enjoignent d'user de son droit ou lui interdisent d'en jouir de manière abusive eu égard aux intérêts du nu-propiétaire¹³⁰⁴. La recherche de la définition du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte a également mis en relief d'autres normes qui le régissent. Sa nature de droit patrimonial le soumet au régime des biens en général. C'est ainsi que le droit réel de disposer est susceptible de possession, de revendication, de prescription acquisitive, d'usage, d'exploitation et de disposition etc., sauf le cas où l'*intuitu personae* du quasi-usufruit ou l'absence de dépossession du débiteur hypothécaire paralysent l'une ou l'autre de ces possibilités¹³⁰⁵. Pour une part, le régime du droit réel de disposer est donc cerné. Cependant, il ne se réduit pas aux règles qui gouvernent l'exercice et la propriété du droit réel de disposer. Il est également composé des principes qui régissent sa

¹³⁰⁴. V. *supra* : n° 103 et s.

¹³⁰⁵. V. *supra* : n° 383.

constitution et son extinction et qui forment le droit commun du droit réel de disposer. En outre, comme la plupart des droits patrimoniaux, ce droit réel suit parfois un régime spécial en raison de son objet ou du contrat qui le porte.

Les deux chapitres de ce titre second seront donc successivement consacrés au droit commun du droit réel de disposer (*Chapitre I*) et aux régimes spéciaux de ce droit (*Chapitre II*).

Chapitre I. - Le droit commun du droit réel de disposer

Chapitre II. - Les régimes spéciaux du droit réel de disposer

CHAPITRE I.

LE DROIT COMMUN DU DROIT RÉEL DE DISPOSER

457. - Une double raison commande de détailler le régime du droit réel de disposer.

D'abord, et de manière générale, qu'il soit réel ou personnel, un droit patrimonial n'a pas la nature d'une chose corporelle. C'est une construction juridique et abstraite, une création intellectuelle. Pour cette raison, son existence-même dépend des normes juridiques. C'est un bien qui n'apparaît pas et ne disparaît pas selon les règles de la nature. Il est une création du juriste et doit donc être constitué et s'éteindre dans le respect des règles de droit. Ainsi, le régime d'un droit patrimonial doit englober les règles de sa constitution et de son extinction.

Ensuite, et plus particulièrement, le droit réel de disposer n'est pas un droit patrimonial ni un droit réel comme les autres. Il se singularise par son contenu et par sa structure puisqu'il est formé de l'*abusus* du bien d'autrui et qu'il repose sur l'affectation de la valeur de ce bien au disposant. Cette construction lui est propre et ne peut donc manquer d'inspirer son régime. Elle marque son empreinte sur l'élaboration de ce régime et suggère l'aménagement des règles habituelles de constitution et d'extinction des droits patrimoniaux et des droits réels, pour les adapter au droit étudié. En somme, le droit réel de disposer est un droit spécial parmi les droits réels.

Au regard de sa nature, de son contenu et de sa structure, nous examinerons donc les principes qui régissent la constitution (*Section I*) et l'extinction (*Section II*) du droit réel de disposer.

Section I. - La constitution du droit réel de disposer

Section II. - L'extinction du droit réel de disposer

SECTION I.

La constitution du droit réel de disposer

458. - Puisque le droit réel de disposer n'est pas une richesse de la nature mais une création juridique, la question se pose de savoir dans quelles conditions il peut être constitué. Un double objectif commande cette constitution. La gravité de la disposition du bien d'autrui suggère de protéger les personnes directement intéressées par le droit réel de disposer, à savoir le propriétaire qui greève son actif patrimonial et le disposant débiteur de la restitution du bien. Elle impose également d'informer les tiers susceptibles de convoiter le bien grevé, spécialement les créanciers du propriétaire et du disposant. Ce faisant, l'acte constitutif du droit réel de disposer doit respecter un certain nombre de prescriptions légales qui touchent à la fois ses auteurs (I), sa forme (II) et son objet (III).

**§ 1. - Les auteurs de l'acte constitutif
du droit réel de disposer**

459. - L'acte constitutif du droit réel de disposer ne constitue pas une règle de droit mais un objet de droit. Il désigne le *support* du droit réel de disposer. Il sert donc à l'application des règles de droit et doit être conforme aux commandements du droit objectif ¹³⁰⁶. Cependant, l'acte qui véhicule le droit patrimonial a parfois la même origine que la source du droit patrimonial. Ainsi, les hypothèques légales sont imposées directement par la loi à un individu, sans qu'il ne l'ait recherché ni voulu, du seul fait de son comportement ou de sa situation. La loi est alors à la fois la source et le support du droit réel de disposer. Mais dans de nombreuses autres hypothèses, l'acte qui véhicule le droit patrimonial est distinct de la loi. La création d'un droit réel de disposer peut résulter d'une décision de justice ou d'un contrat. Dans ce cas, la loi ne se confond pas avec le support du droit patrimonial ; elle est appliquée par le juge ou par les parties et en ce sens elle est la source et non le support du droit patrimonial.

¹³⁰⁶. Sur la loi acte-règle ou acte-condition en matière de sûretés réelles : v. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil - Les sûretés réelles*, Vol. I, *Droit commun des sûretés réelles - Théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1ère éd., 1996, n° 230 et s., p. 213 et s.

Les auteurs du droit réel de disposer sont, ainsi, tantôt le législateur (A), tantôt le juge (B), tantôt les parties à un contrat (C), les uns collaborant parfois avec les autres pour faire naître un droit réel de disposer.

A. - Le législateur

460. - La constitution du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte peut découler directement de la loi. Il se peut, en effet, qu'un texte de loi spécial confère à l'individu un droit réel de disposer, indépendamment de toute manifestation de volonté de sa part et du seul fait qu'il se place ou se trouve placé dans une situation qu'il prévoit (1°). Mais on peut se demander si ce droit ne peut pas s'acquérir par l'application des dispositions générales des articles 2219 et suivants du Code civil, c'est-à-dire par la prescription (2°).

1°. - Les droits réels de disposer légaux

461. - Certains droits réels de disposer sont créés par la loi. Tel est le cas du droit réel de disposer institué par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, au profit des établissements de crédit dépositaires de fonds reçus du public. Ainsi, lorsqu'un particulier dépose ses fonds en banque, ceux-ci se trouvent soumis à l'article 2 alinéa 1^{er} de cette loi aux termes duquel l'établissement de crédit a le droit d'en disposer pour son propre compte, à charge pour lui de les restituer. Le dépôt de fonds en banque est issu de la rencontre des volontés du déposant et de la banque dépositaire, mais le droit réel de disposer qui se greffe sur les fonds déposés naît de l'application directe de la loi. En somme, le contrat de dépôt de fonds en banque sert de cadre à l'application de ce droit réel de disposer d'origine légale. Les hypothèques légales sont également des droits réels de disposer instaurés par la loi ; elles sont créées par la loi au profit d'un créancier, tel que le gagnant d'un procès, un incapable ou un époux dans un litige l'opposant à son conjoint. Lorsque le créancier se trouve dans une situation à laquelle la loi attache la sûreté, l'hypothèque apparaît ¹³⁰⁷. De même le quasi-usufruit peut être légal aussi bien que testamentaire ou conventionnel ¹³⁰⁸.

Plus rarement, la loi peut permettre l'acquisition d'un droit réel de disposer par prescription.

¹³⁰⁷. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Les sûretés réelles*, Vol. I, 1996, n° 230, p. 213 ; n° 233, p. 214. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^e éd., 1995, n° 796, p. 641.

¹³⁰⁸. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, T. II, *Les biens*, par P. Jourdain, 3^e éd., Paris, Sirey, 1995, n° 86, p. 142.

2°. - La prescription du droit réel de disposer

462. - Les biens peuvent s'acquérir par la prescription, c'est-à-dire par la combinaison de l'écoulement d'un certain laps de temps et de la possession, cette possession résidant dans la mise en œuvre, en tout ou partie, de l'utilité du bien. S'agissant des droits patrimoniaux et réels, la possession s'entend de l'usage de l'utilité ou des utilités du bien *concédées* au titulaire du droit réel puisque ce type de droit est bâti à partir d'une ou plusieurs utilités du bien d'autrui ¹³⁰⁹. Aussi, peut-on s'interroger sur le point de savoir si le droit réel de disposer peut être acquis par prescription.

Il est tentant de distinguer selon que le droit de disposer s'exerce dans le temps ou instantanément. En effet, certains droits réels de disposer n'épuisent que *progressivement* le bien d'autrui lorsqu'ils sont exercés. Il en va ainsi du quasi-usufruit constitué sur une carrière ou sur une universalité. Ceux-là seuls seraient susceptibles de possession parce qu'ils peuvent faire l'objet d'un usage prolongé. En revanche, les droits réels de disposer qui conduisent à la consommation immédiate du bien d'autrui, par aliénation par exemple, ne seraient pas prescriptibles, leur instantanéité faisant obstacle à leur possession. Dans cette dernière hypothèse, la prescription s'appliquerait davantage au bien lui-même qu'au droit réel. Malgré tout, même dans ce cas, toute prescription du droit réel de disposer ne semble pas exclue. La preuve en est : en application de la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » (art. 2279 C.Civ.), le créancier qui acquiert un gage d'un propriétaire *a non domino* peut s'opposer à la revendication du véritable propriétaire jusqu'au paiement de sa créance ¹³¹⁰. Il est vrai que, si le droit de gage est instantané dans son exercice, la réalisation de la sûreté n'étant que son aliénation, il a aussi une utilité pendant la période qui précède cette réalisation. Il permet au débiteur d'obtenir le crédit du créancier, parce que l'*abusus* du bien gagé a une fonction en soi et que sa valeur de change, autonome, peut faire isolément l'objet d'une opération juridique ¹³¹¹. Enfin, si le droit d'hypothèque n'est pas prescriptible ¹³¹², bien qu'il assure une fonction de crédit en attendant la réalisation éventuelle de la sûreté, c'est qu'il ne dépossède pas le débiteur. En conséquence de quoi, il ne peut pas être exercé par des actes tangibles. Seul l'immeuble lui-même peut être acquis par usucapion ou possession à titre de propriétaire.

Hormis la loi, le juge peut participer à la création des droits réels de disposer, spécialement en matière de sûretés.

¹³⁰⁹. V. *supra* : n° 378 et s.

¹³¹⁰. V. Req., 12 mars 1888, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, 10^e éd., 1994, n° 78, p. 329. -- Civ., 19 juin 1928, *D.P.* 1929, I, 45 ; S. 1932, I, 15. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 5^e éd., 1998, n° 418, p. 296 ; n° 420, p. 297. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, T. IX, Les sûretés - La publicité foncière*, par L. Aynès, 8^e éd., 1997, n° 504, p. 185-186.

¹³¹¹. V. *supra* : n° 309 et s.

¹³¹². F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 446, p. 314.

B. - Le juge

463. - Le juge peut constituer une sûreté au profit d'un créancier. Son rôle va même croissant en ce domaine. Classiquement, il peut créer des sûretés conservatoires¹³¹³. Ainsi, la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 a institué un nantissement judiciaire (conservatoire) des actions, parts sociales et valeurs mobilières (art. 77) dont le régime est analogue à celui de l'hypothèque ou du nantissement conservatoire¹³¹⁴. Le nantissement du fonds de commerce peut également être autorisé par le juge, à titre de mesure conservatoire (L. 9 juillet 1991, art. 77 et abrogeant l'art. 53 du C.P.C.)¹³¹⁵. Le juge peut même constituer des « sûretés forcées »¹³¹⁶. Par exemple, en vertu de l'article 217 du code civil « un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint sera nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ».

Enfin, le droit réel de disposer peut puiser sa source dans le contrat.

C. - Le contrat

464. - Comme toutes les conventions, le contrat support du droit réel de disposer doit être conclu dans le respect des conditions de validité énoncées aux articles 1108 et suivants du Code civil et relatives au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause de l'accord de volonté des parties. Notamment, pour que le contrat porteur d'un droit réel de disposer se forme valablement, le consentement des parties doit être exempt de vice¹³¹⁷. Il ne doit pas être donné par erreur, extorqué par violence ni surpris par le dol (v. art. 1109 C.Civ.). Il doit être donné en connaissance de cause et librement. En outre, la constitution d'un droit réel de disposer étant un acte grave puisque le propriétaire du bien confère à un tiers le droit d'en disposer pour son propre compte, elle est soumise aux conditions de capacité et de pouvoir des actes d'aliénation les plus graves¹³¹⁸.

465. - C'est surtout en matière de quasi-usufruit que cette volonté créatrice des parties pourra pleinement se manifester.

¹³¹³. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Les sûretés réelles*, Vol. I, 1996, n° 245 et s., p. 234 et s.

¹³¹⁴. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 518, p. 198.

¹³¹⁵. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 531, p. 207.

¹³¹⁶. L'expression est de MM. MESTRE, PUTMAN et BILLIAU (*Ibid.*, n° 247 et s., p. 236 et s.).

¹³¹⁷. V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 197 et s., p. 165 et s.

¹³¹⁸. Pour l'hypothèque : v. l'article 2124 du Code civil. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 792, p. 639. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 504, p. 185 ; n° 667, p. 251. -- S. ROGIER, *De la mise en gage des créances en droit français*, Paris, 1929, p. 49.

En effet, le *numerus clausus* des droits réels n'est pas un obstacle à la création d'un quasi-usufruit nouveau par les particuliers : la possibilité de concéder à un tiers la jouissance d'un bien (v. art. 543 C.Civ.) laisse aux parties de larges possibilités de création d'un quasi-usufruit dès lors que ce droit est temporaire¹³¹⁹. En outre, l'article 587 du Code civil relatif au quasi-usufruit n'est pas limitatif. Lorsqu'il admet que l'usufruit comprenne « des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs », il ne fournit pas une liste exhaustive des biens consommables susceptibles de quasi-usufruit. Or, la distinction entre les choses consommables et les choses non consommables n'étant pas d'ordre public¹³²⁰, la volonté des parties peut attribuer un caractère consommable à un bien qui ne l'est pas naturellement¹³²¹ et le soumettre à un quasi-usufruit. Ainsi, une chose sera subjectivement consommable quand elle sera considérée du point de vue de sa valeur, sans égard pour les autres avantages qu'elle peut procurer, comme par exemple les voitures de série et les stock de marchandises¹³²². La volonté de créer un quasi-usufruit pourra même être tacite et se déduire, notamment, d'une estimation de la chose soumise à usufruit ; cette estimation peut être le signe que, dans l'esprit des parties, la restitution en nature est indifférente, seule comptant la valeur de la chose¹³²³. Cependant il ne s'agit là que d'une simple présomption qui ne s'impose pas au juge. L'estimation peut, en effet, avoir un autre but, celui de constater seulement la valeur dont l'usufruitier serait responsable s'il ne représentait pas les meubles en nature. Dans ce cas, l'autorisation pour l'usufruitier d'en disposer serait requise¹³²⁴.

En revanche, le *numerus clausus* des sûretés réelles restreint le pouvoir des parties de créer des causes légitimes de préférence, c'est-à-dire des privilèges et hypothèques (v. art. 2094 C.Civ.). Les particuliers ne peuvent créer de droit réel de

¹³¹⁹ V. *supra* : n° 413.

¹³²⁰ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 622, p. 481. -- Adde : J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Paris, L.G.D.J., 1996, note 3 sous le n° 33501, p. 1457.

¹³²¹ V. Req., 30 mars 1926, *D.H.* 1926, 217. L'arrêt confond toutefois la fongibilité et la consommabilité puisqu'il énonce que « les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention de parties, auquel cas les dispositions de l'article 587 du Code civil leur sont applicables ». -- Sur cette confusion, v. *supra* : n° 39. -- V. égal. H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consommabilité des meubles*, Paris, 1940, p. 35. -- M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, *D.* 1994, Chr., n° 8, p. 221. -- F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. Le Balle, Bibl. dr. priv., t. 2, L.G.D.J. 1957, n° 24, p. 27-28 et Volonté et qualification, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1957, t. 2, p. 107.

¹³²² P. JAUBERT, Deux notions du Droit des biens : la consommabilité et la fongibilité, *loc. cit.*, p. 97 et s. -- F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 1652, p. 385. -- Obs. F. ZENATI sur Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Rev. trim. civ.* 1994, p. 382.

¹³²³ M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 8, p. 221. -- V. égal. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, note 3 sous le n° 733, p. 599.

¹³²⁴ V. Req., 30 mars 1926, *D.H.* 1926, 217. -- V. égal. H. HUMBERT, thèse préc., p. 73. -- M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, note 18 sous le n° 8, p. 221. -- F. CHABAS, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 1994, n° 1652, p. 385 ; n° 1663, p. 389 et Lectures I p. 391. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, note 3 sous le n° 733, p. 599 ; n° 740, p. 601-602.

garantie qui n'ait pas été prévu par la loi. En outre, la rencontre de volontés qui fait naître un gage ou une hypothèque ne peut pas être tacite, elle doit être expresse et coulée dans certaines formes.

§ 2. - *La forme de l'acte constitutif du droit réel de disposer*

466. - Le droit peut exiger qu'un acte soit coulé dans certaines formes. Il poursuit alors deux buts distincts mais complémentaires.

En premier lieu, la forme de l'acte peut être érigée en condition de validité de cet acte. Pour certains contrats, les prescriptions légales relatives à la capacité et au consentement des parties, ainsi qu'à l'objet et à la cause du contrat, sont insuffisantes. La manifestation verbale du consentement du débiteur est trop rapide ou abstraite pour lui faire prendre conscience de la gravité de l'obligation qu'il s'engage à assumer. Outre les conditions de validité énumérées à l'article 1108 du Code civil, la remise de la chose ou la rédaction de l'écrit est alors exigée pour parfaire le contrat. En l'occurrence, l'acte constitutif du droit réel de disposer semble pouvoir difficilement échapper à un tel formalisme parce qu'il est lourd de conséquences pour le propriétaire du bien grevé. Pourtant, sa soumission à de telles exigences est moins certaine qu'on pourrait le croire. D'une part, la réalité du contrat de gage, comme celle des autres contrats réels, est aujourd'hui contestée. D'autre part, le contrat de quasi-usufruit demeure consensuel, malgré les effets importants qu'il développe sur le patrimoine du nu-propriétaire. La question du formalisme de la constitution du droit réel de disposer mérite donc bien d'être posée (A).

En second lieu, la forme requise par la loi lors de la constitution d'un acte peut n'être qu'une condition de pleine efficacité de l'opération qu'il véhicule. La rédaction préalable d'un écrit permet de préconstituer la preuve de l'existence et du contenu de l'acte. En outre, afin d'éviter que ces tiers ne troublent légitimement l'ordre juridique organisé par l'acte, il faut les informer de son existence en l'officialisant. L'ordonnancement juridique est mouvant et des tiers peuvent être intéressés, ne serait-ce qu'indirectement, par les droits ou les biens qui constituent l'objet de l'acte. L'accomplissement de mesures de publicité assure cette opposabilité. Sur ces deux plans, le droit réel de garantie et le quasi-usufruit se rejoignent car ce n'est plus la nature de l'acte mais son objet qui dicte l'exigence d'une publicité (B).

A. - Le formalisme de la constitution du droit réel de disposer

467. - Sur le terrain du formalisme imposé par la loi, l'acte constitutif d'un droit réel de garantie et le contrat générateur du quasi-usufruit s'opposent. Si les textes

semblent bien soumettre le premier des deux actes à un certain formalisme (1°), le second est consensuel. Toutefois la contradiction est moins aiguë qu'il peut paraître : l'exécution du contrat générateur du quasi-usufruit est soumise à un formalisme très ressemblant (2°) de sorte que, finalement, les deux actes sont également protecteurs du consentement du propriétaire grevé.

1°. - Le formalisme substantiel de la constitution du droit réel de garantie

468. - Le contrat constitutif d'un droit réel de garantie est solennel (a) ou réel (b) selon qu'il porte sur un bien corporel immobilier ou mobilier. Différents par leur mode de réalisation, ces deux formalismes jouent un rôle équivalent dans l'échange des consentements.

a) Le formalisme solennel

469. - L'article 2127 du Code civil l'impose : le contrat d'hypothèque doit être dressé par acte notarié (1/) et, parce qu'il joue un rôle dans la perfection du contrat, le non respect de ce formalisme est en principe sanctionné par la nullité du contrat (2/).

1. Le fondement du formalisme hypothécaire

470. - En raison de l'importance des biens immobiliers dans l'actif patrimonial du débiteur, il serait inopportun de le déposséder de son immeuble. Cette dépossession pourrait s'avérer contraire aux intérêts du débiteur et même à ceux du créancier puisque l'immeuble est une source d'économie ou de revenus selon que son propriétaire l'occupe ou qu'il le loue. C'est pourquoi le débiteur hypothécaire reste en possession de son immeuble et peut continuer d'en user, sous réserve d'assurer la conservation de sa valeur. Ce qui lui permet d'ailleurs de grever son bien d'autres hypothèques ¹³²⁵.

471. - Mais parce qu'il conserve la possession de son immeuble et peut encore largement en user, le débiteur qui hypothèque son bien ne prendrait pas suffisamment conscience du fait que cet acte peut aboutir à l'en priver totalement et définitivement, si la loi ne prévoyait une solennité destinée à alourdir ce consentement ¹³²⁶. Dans le but de parfaire le contrat, l'article 2127 du Code civil ajoute aux quatre conditions élémentaires de formation du contrat (v. art. 1108 C.Civ.) la rédaction du contrat par acte notarié. En apparence paradoxalement, la

¹³²⁵. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 776, p. 628.

¹³²⁶. V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 783, p. 634-635 ; n° 828, p. 666.

vente immobilière qui dépossède immédiatement et certainement le propriétaire de son bien échappe à ce formalisme rigoureux. « Sans doute parce que, malgré les apparences, [l'hypothèque] est un acte plus grave que la vente ; celui qui vend se rend immédiatement compte de ce dont il se dépouille et reçoit une contrepartie ; au contraire, celui qui hypothèque ne voit pas sa situation se modifier et risque de traiter à la légère »¹³²⁷. A l'apparence immédiate et trompeuse de l'hypothèque, la loi substitue une solennité accomplie par un officier ministériel.

L'importance de ce formalisme justifie la sanction de son non respect, quoique la jurisprudence l'ait tempérée.

2. La sanction du formalisme hypothécaire

472. - Le rôle du formalisme dans la formation du contrat d'hypothèque justifie que le non respect de cette solennité soit sanctionné par la nullité du contrat. Condition de validité, son absence est une cause de nullité du contrat. Cette irrégularité de formation est sanctionnée par la nullité absolue et non par la nullité relative. La solennité est requise dans l'intérêt du débiteur et dans l'intérêt général. Ainsi, les tiers peuvent-ils agir en nullité de l'acte, au même titre que le débiteur. Mais l'intérêt de cette sanction doit aujourd'hui être nuancée puisque la jurisprudence accepte de voir dans le contrat d'hypothèque sous seing privé, une promesse d'hypothèque.

473. - En principe, la promesse consensuelle d'acte solennel est nulle. Lorsque la condition de forme est prescrite pour protéger le consentement des auteurs de l'acte juridique, la promesse doit, en principe, respecter la même forme que le contrat¹³²⁸. Pourtant, le contrat d'hypothèque qui n'est pas dressé par acte notarié vaudrait promesse d'hypothèque selon les tribunaux¹³²⁹. Et le débat n'est pas dénué d'enjeu pratique. On sait que les obligations issues des promesses sont susceptibles d'exécution forcée au même titre que les obligations nées des contrats définitifs. Or, en l'occurrence, si le promettant, qui se refuse à dresser le contrat par acte notarié, peut y être contraint, les parties à cette promesse se trouvent dans une situation similaire à celle qui serait la leur si le contrat d'hypothèque avait été parfait dès l'origine. La sanction appliquée en cas d'inexécution de la promesse dépend de la nature et du rôle de cette obligation.

S'agissant de sa nature, l'obligation du promettant est incontestablement une obligation de faire ; la rédaction d'un contrat par acte notarié est l'accomplissement d'un fait positif. Or la loi enseigne qu'en principe les obligations de faire ne sont pas

¹³²⁷ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 661, p. 245.

¹³²⁸ V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 132, p. 113.

¹³²⁹ Sur la promesse d'hypothèque faite par acte sous seing privé : Civ. 3è, 7 janvier 1987, *Bull. Civ. III*, n° 4, p. 2 ; *Gaz. Pal.* 1987, I, J., 219, note A. PIEDELIÈVRE.

susceptibles d'exécution forcée. L'article 1142 du Code civil énonce, en effet, que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêt, en cas d'inexécution de la part du débiteur » ; la règle étant fondée sur l'idée que l'on ne doit pas porter atteinte à la liberté de la personne en la contraignant à accomplir un fait ¹³³⁰. La promesse d'hypothèque sous seing privé ne devrait donc pas pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée. Mais la règle de l'article 1142 souffre quelques exceptions dont certaines sont jurisprudentielles. Ainsi, les juges admettent qu'il peut être suppléé par une décision judiciaire à l'obligation de passer certains actes juridiques. Notamment, un jugement peut remplacer l'acte authentique dont les parties entendaient faire découler le transfert de propriété et alors qu'elles s'étaient déjà accordées sur la chose et le prix. Il peut également faire l'objet de la publicité foncière au lieu et place de la promesse de vente immobilière ¹³³¹. Autrement dit, lorsque la forme solennelle est requise pour l'exécution ou l'opposabilité du contrat, elle supporte des équivalents. Puisque l'obligation du promettant de dresser un contrat par acte notarié est une obligation de faire et, de surcroît, une obligation de passer un acte juridique, un jugement ne pourrait-il tenir lieu d'acte notarié constatant l'hypothèque ? La négative s'impose.

La nature de l'obligation issue de la promesse d'hypothèque n'exclut pas l'exécution forcée, mais son rôle l'interdit. Cette obligation de faire figure parmi celles qui ne peuvent être contraintes, parce que la forme joue un rôle dans la perfection du contrat. L'obligation de dresser l'acte d'hypothèque devant notaire ne relève pas simplement de l'exécution du contrat ou de son efficience, elle touche à sa formation ¹³³². La rédaction de l'acte notarié est requise par la loi dans le but de protéger le consentement du débiteur et d'assurer que ce consentement se manifesterait en pleine connaissance de cause, or on ne peut obtenir la manifestation forcée d'un consentement à un contrat. Le formalisme hypothécaire n'a donc pas de substitut et ne peut pas être contraint. Au plus, le bénéficiaire de la promesse d'hypothèque sera-t-il admis à réclamer des dommages et intérêts pour inexécution de la promesse ¹³³³.

Juridiquement, la promesse d'hypothèque ne mène donc pas au contrat définitif. Toutefois, la perspective d'une telle condamnation pèse sur le consentement et risque de contraindre le débiteur à constituer l'hypothèque ¹³³⁴. Et, de fait, le but du formalisme hypothécaire est contourné lorsqu'on admet la validité des promesses d'hypothèque sous seing privé. La même dérive se produit à propos du contrat de gage, quoique l'exigence du formalisme réel soit contestée par une partie de la doctrine.

¹³³⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1016, p. 821-822.

¹³³¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, n° 1020, p. 823.

¹³³² V. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 661, p. 246.

¹³³³ Civ. 3e, 7 avril 1993, *Bull. Civ. III*, n° 55, p. 35 ; *Defr.*, 1993, art. 35617, n° 104, p. 1063, obs. L. AYNÈS ; *J.C.P. Ed. G.* 1993, I, 3717, n° 12, obs. P. DELEBECQUE.

¹³³⁴ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 138, p. 118.

b) Le formalisme réel

474. - L'article 2071 du Code civil énonce que « le nantissement est un contrat par lequel un débiteur *remet* une chose à son créancier pour sûreté de la dette »¹³³⁵. Matériellement, cette remise peut intervenir par la tradition, lorsque la chose est remise entre les mains du créancier, ou par entiercement (art. 2076 *in fine* ; art. 92 al. 2 C.Com.) si la remise est faite entre les mains d'un tiers qui détient pour le compte du créancier¹³³⁶. Elle peut également être réalisée sans déplacement matériel du bien, par exemple en concédant au gagiste un prêt du local dans lequel les marchandises sont entreposées avec remise des clefs, gardiennage notoire et effectif ou apposition de pancartes indiquant la mise en gage ou le nom du locataire¹³³⁷.

475. - Cette remise à laquelle l'article 2071 fait référence joue un rôle controversé en doctrine.

Traditionnellement on classe le contrat de gage dans la catégorie des contrats dont la validité dépend de la remise du bien par une partie à son cocontractant, c'est-à-dire dans la catégorie des contrats réels¹³³⁸. Ainsi, le contrat de gage côtoie le prêt à usage, le dépôt et le prêt de consommation¹³³⁹ non régi par les dispositions du crédit à la consommation ou du crédit immobilier¹³⁴⁰. Au soutien de cette qualification, on invoque outre la lettre de l'article 2071, le fait que les contrats réels sont des contrats de restitution et que l'on ne peut concevoir l'obligation de restitution d'une chose qui n'aurait pas été remise¹³⁴¹. Mais l'argument n'est pas dirimant. Le bail est un contrat de restitution après usage, comme le prêt ; pour autant il ne figure pas dans la catégorie des contrats réels. On fait également valoir que le droit réel de gage ne peut naître qu'avec la dépossession¹³⁴². S'il faut entendre par là que l'affectation de la valeur d'un bien à un autre que son propriétaire suppose

¹³³⁵. Le mot en italique est souligné par nous.

¹³³⁶. V. M. MOREL, *De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage - Caractère véritable du gage sans dépossession*, Paris, 1902, p. 13 et s. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 510, p. 190-191. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 671, p. 546. -- A. JAUFFRET, *Les sûretés réelles sur les vins, Mélanges offerts à Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1966, p. 426 et s.

¹³³⁷. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 670, p. 546.

¹³³⁸. En ce sens : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 666, p. 543. -- D. FASQUELLE, *Le nantissement des valeurs mobilières*, *Rev. trim. com.* 1995, n° 34, p. 18.

¹³³⁹. Art. 1875 C.Civ. : « *Le prêt à usage ou commodat* est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (*Le mot en italique est souligné par nous*).

Art. 1915 C.Civ. : « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature » (*Le mot en italique est souligné par nous*).

Art. 1892 C.Civ. : « *Le prêt de consommation* est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de chose qui se consomme par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité » (*Le mot en italique est souligné par nous*).

¹³⁴⁰. Le prêt à la consommation est exclu de la catégorie des contrats réels puisque la remise des fonds n'est pas une condition de formation du contrat (V. art. L. 311-15 et L. 311-16 C.Consom.). S'agissant du prêt immobilier, la Cour de cassation a affirmé, dans un arrêt du 27 mai 1998, que « les prêts régis par les articles L. 312-7 et suivants du Code de la consommation n'ont pas la nature de contrat réel » (*Défr.*, 1999, art. 36921, p. 21 et s., obs. S. PIEDELIÈVRE).

¹³⁴¹. V. not. D. FASQUELLE, *loc. cit.*, n° 34, p. 18.

¹³⁴². *Idem*.

sa remise au disposant, l'hypothèse est démentie par la constitution de l'hypothèque. C'est pourquoi l'idée est avancée que la remise du bien relève de l'exécution des contrats réels, en général, et du contrat de gage, en particulier, plus qu'elle ne participe de la formation de ces contrats ¹³⁴³.

476. - Or l'enjeu pratique de cette discussion est identique à celui qui s'attache à la solennité du contrat d'hypothèque. Si le contrat de gage est un contrat réel, à défaut de mise en possession du créancier la convention des parties est nulle, à moins que les tribunaux n'acceptent la validité de la promesse consensuelle de gage. Auquel cas, si la promesse consensuelle de gage est elle-même susceptible d'exécution forcée, la réalité du contrat de gage s'avérera bien fragile.

La réalité du contrat de gage n'aura de raison d'être que si cette tradition participe de la validité du contrat de gage, n'a pas de substitut et n'est pas susceptible d'exécution forcée - les deux dernières conditions découlant de la première. Or la mise en possession du gagiste n'a pas seulement un lien avec l'affectation de la valeur du bien au créancier gagiste ou avec l'obligation de restitution du gage au débiteur, elle remplit également une fonction d'opposabilité du gage aux tiers (1/), une fonction de protection du créancier gagiste (2/) et une fonction de protection du débiteur grevé (3/). C'est pourquoi nous nous attacherons à analyser le bien-fondé de la réalité du gage à la lumière de ces trois fonctions.

1. L'opposabilité du gage aux tiers

477. - Tout d'abord, la dépossession du débiteur et la mise en possession du gagiste participent de l'opposabilité du gage aux tiers. Ces tiers sont les personnes dont les droits pourraient entrer en conflit avec le sien sur l'objet donné en gage, c'est-à-dire principalement les autres créanciers du débiteur et de l'acquéreur du bien ¹³⁴⁴. Lorsque le bien engagé se trouve entre les mains du créancier, les tiers ne peuvent penser qu'il figure dans le patrimoine libre du débiteur ¹³⁴⁵. Apparemment, pour les tiers, ce bien n'est plus un élément de sa solvabilité ¹³⁴⁶. En conséquence, la

¹³⁴³. En ce sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. XII, *Sûretés réelles*, par E. Becqué, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, n° 86, p. 94 et s. -- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. III, vol. I, *Sûretés - Publicité foncière*, par V. Ranouil et F. Chabas, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1988, n° 66, p. 87-88. -- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, T. III, *Les sûretés*, avec P. Jestaz, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987, n° 78, p. 61.

¹³⁴⁴. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188.

¹³⁴⁵. On peut noter que le titre au porteur étant incorporé dans un écrit, il suit le régime du gage de biens corporels (V. M. MOREL, thèse préc., p. 24-25. -- V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 692, p. 562).

¹³⁴⁶. A. BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, Paris, 1897, p. 19. -- M. MOREL, thèse préc., p. 10. -- R. SIMON, *Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, Bordeaux, 1903, p. 30. -- R. HARDEL, *Etude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français*, Paris, 1932, p. 43. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 665, p. 542-543.

remise du bien au créancier gagiste est incontestablement utile. C'est un procédé d'information des tiers.

478. - Pourtant, ce n'est pas sur cette fonction que peut s'appuyer la thèse de la réalité du contrat de gage¹³⁴⁷. Il est ici question d'opposabilité du contrat (aux tiers) et non de validité du contrat (entre les parties). Autrement dit, de ce point de vue, la mise en possession du créancier gagiste ne touche pas à l'existence du contrat de gage. Elle n'intervient que sur le terrain de son rayonnement sur les tiers. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la remise du bien gagé au créancier n'est pas la condition *sine qua non* de l'opposabilité du gage. L'information qu'elle véhicule peut être assurée par un autre moyen : une mesure de publicité du droit, organisée sur le modèle de la publicité des hypothèques immobilières, peut remplir cet office¹³⁴⁸.

Force est de se tourner vers les deux autres fonctions de la mise en possession du gagiste pour justifier ou rejeter le fait que la remise du bien au créancier participe de la validité du contrat.

2. La protection du créancier gagiste

479. - La remise du bien gagé au créancier fait de lui un possesseur. Cette possession doit présenter les mêmes caractères que la possession visée à l'article 2279 du Code civil ; elle doit être effective, apparente et non équivoque¹³⁴⁹. Et le gagiste l'exerce en qualité de titulaire d'un droit réel accessoire, pendant que, par son intermédiaire, le constituant l'exerce en qualité de propriétaire¹³⁵⁰. Cette possession comporte une contrepartie pour le gagiste : l'obligation d'assurer la conservation du bien qui garantit sa créance. Mais pour le reste, elle protège le gagiste à un double titre.

480. - En premier lieu, avant la réalisation du gage, la possession du gagiste contrecarre le risque de détournement du bien par le débiteur¹³⁵¹. Si le bien restait entre les mains du propriétaire grevé, le créancier pourrait craindre qu'il ne le dégrade par négligence ou par transformation ou ne le dissipe en l'aliénant ou en le dissimulant. Dans le premier cas, la garantie de la créance s'amoinvrirait. Dans le second cas, le tiers rentré en possession du bien meuble pourrait opposer son droit au

¹³⁴⁷ Req., 26 mars 1907, *D.P.* 1909, I, 58 ; S. 1911, I, 372 ; *Journ. not.* 1907, art. 29127, p. 680. -- Rapp. Civ., 24 janvier 1905, *D.P.* 1905, I, 493 ; S. 1905, I, 113, note C. LYON-CAEN.

¹³⁴⁸ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188.

¹³⁴⁹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 510, p. 190-191. -- Adde A. BLAISOT, thèse préc., p. 18. -- R. SIMON, thèse préc., p. 40 et s. -- Sur la notoriété du dessaisissement du débiteur : Civ., 23 mars 1938, *Gaz. Pal.* 1938, II, J., 13 ; *D.H.* 1938, 257. -- Sur le caractère univoque de la possession du créancier gagiste : Com., 6 avril 1960, *Bull. Com.* IV, n° 147, p. 133.

¹³⁵⁰ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 669, p. 545. -- R. SIMON, thèse préc., p. 37. -- Comp. M. BILLIAU, *Réflexions sur le gage*, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3897, n° 2.

¹³⁵¹ R. SIMON, thèse préc., p. 29. -- R. HARDEL, thèse préc., p. 43. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188.

créancier gagiste puisque « les meubles n'ont point de suite par hypothèque »¹³⁵². La règle de l'article 2279 du Code civil ne céderait en faveur du créancier gagiste que devant la mauvaise foi du tiers. La mise en possession du créancier gagiste évite cette situation en lui conférant une protection équivalant à un droit de suite.

Toutefois, ce n'est pas à travers cette fonction que la remise du bien au créancier gagiste participe de la validité du contrat de gage. La dépossession du débiteur est indépendante de la mise en possession du créancier, puisque le risque de détournement du bien par le propriétaire disparaît si la libre disposition du bien lui est ôtée. Or une mesure de publicité peut éviter ce risque de détournement¹³⁵³. Ainsi, les biens meubles qui peuvent avoir une localisation fixe, tels que les engins de transport, sont immatriculés et peuvent faire l'objet d'une publicité au même titre que les immeubles. Les créanciers munis de sûretés sur ces biens dont ils n'ont pas la possession (hypothèques maritime, fluviale et aérienne ; gage des véhicules automobiles vendus à crédit) ne bénéficient pas moins d'un droit de suite pleinement efficace, en raison de cette publicité¹³⁵⁴. Du point de vue du droit de suite, la remise du bien au gagiste n'est donc pas irremplaçable.

La fonction de protection du gagiste sur le terrain de la réalisation du gage justifie-t-elle la nécessité d'une mise en possession du gagiste ?

481. - En second lieu, la mise en possession du gagiste et le maintien de cette possession est une condition de l'existence et du maintien de son privilège. L'article 2076 du Code civil l'édicte : « dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties ».

Par cette formule, il faut comprendre qu'un droit de rétention s'attache à la possession du bien qui permet au gagiste de conserver la chose tant que la ou les dettes qu'il garantit n'ont pas été intégralement payées (art. 2082 al. 1^{er} et art. 2083 C.Civ.) ou lorsqu'une seconde créance vient à naître avant le paiement de la première (art. 2082 al. 2 C.Civ.).

L'article 2076 du Code civil signifie également que le droit de rétention du gagiste lui permet de devancer les autres créanciers du constituant. Ainsi peut-il interdire la saisie de la chose par un autre créancier, fût-il privilégié - comme le fisc ou les salariés - ou propriétaire de la chose en vertu d'une clause de réserve de

¹³⁵². M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 665, p. 542. -- V. égal. E. PUTMAN, Sur l'origine de la règle : « meubles n'ont point de suite par hypothèque », *Rev. trim. civ.* 1994, p. 543 et s.

¹³⁵³. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188.

¹³⁵⁴. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 533 et s., p. 208 et s. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, LITEC, 1997, n° 849 et s., p. 679 et s. ; v. égal. n° 700 et s., p. 571 et s.

propriété¹³⁵⁵. Si l'un de ces créanciers veut saisir, il est obligé de payer le gagiste ou de lui promettre une priorité dans la distribution du prix qui proviendra de la saisie¹³⁵⁶. Seul l'état de redressement ou de liquidation judiciaires du débiteur peut justifier qu'il soit contraint de se dessaisir du gage contre paiement de la créance garantie (L. 25/1/85, art. 33 et 159). Et en cas de vente du gage par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix (L. 25/1/85, art. 159)¹³⁵⁷. Le créancier gagiste bénéficie donc d'une position très favorable dès lors qu'il *retient* la chose gagée.

A priori, une mesure de publicité ne peut pas être efficacement substituée au droit de rétention car sa force réside précisément dans sa matérialité, dans la possession directe et immédiate du bien par le rétenteur. Le droit de rétention sans possession ne serait pas concevable¹³⁵⁸. Pourtant, la loi attache un droit de rétention à certaines publicités. Il en va ainsi de certains gages sans dépossession matérielle. En effet, alors que dans ces hypothèses, en principe, le gagiste ne bénéficie pas d'un véritable droit de rétention¹³⁵⁹, la loi décide le contraire pour ce qui touche au droit du créancier gagiste d'un compte d'instruments financiers (L. 3/1/1993, art. 29 issu de la L. 2/7/1996)¹³⁶⁰ ou du vendeur à crédit d'automobile titulaire d'un gage sur le véhicule (D. 30 sept. 1953, art. 2 al. 3). Ici, le droit de rétention est fictif et ne découle que de la loi. Il existe en dépit d'une réalité matérielle différente. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit de rétention fictif du vendeur à crédit d'automobile disparaît si ce créancier gagiste poursuit lui-même la vente ou cède devant la rétention effective du véhicule par un garagiste¹³⁶¹. Le gagiste commun lui-même *perd* son droit de rétention, par exemple lorsqu'il prend l'initiative de faire vendre le bien, et il perd sa primauté (art. 2076). Il est primé par les créanciers privilégiés¹³⁶². C'est que le droit de rétention qui accompagne le droit de gage est une condition de pleine efficacité du contrat de gage. La possession du gagiste lui confère un droit de rétention qui permet de primer tous les autres créanciers. Ainsi, l'existence-même du gage est en cause puisque le propre du gage est de conférer ce privilège au gagiste¹³⁶³.

Enfin, la mise en possession assure une fonction de protection du débiteur grevé.

¹³⁵⁵. V. par ex. : Com., 26 février 1991, *Bull. Com.* IV, n° 88, p. 59 ; D. 1991, IR, 94. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 512, p. 192.

¹³⁵⁶. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 514, p. 194.

¹³⁵⁷. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 512, p. 192.

¹³⁵⁸. Note D.R. MARTIN et obs. F. DERRIDA sous Paris, 25 janvier 1977, D. 1977, J., 404-405. -- Comp. MM. M. CABRILLAC et C. MOULY « le postulat qui cantonne le droit de rétention aux biens corporels n'apparaît cependant pas comme un dogme [...] sa valeur peut être mise en doute à l'égard de certains biens incorporels sur lesquels peut être exercé un pouvoir de fait qui présente quelque parenté avec la détention » (*Droit des sûretés*, 1997, n° 558, p. 461-462).

¹³⁵⁹. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 512, p. 192 ; n° 514, p. 194.

¹³⁶⁰. V. *infra* : n° 569 et s., spéc. n° 571.

¹³⁶¹. Com., 11 juin 1969, D. 1970, J., 244, note P. BIHR ; *Banque*, n° 292, Janvier 1971, p. 518, obs. X. MARIN. -- V. égal. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 535, p. 209-210.

¹³⁶². P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 512, p. 193 ; n° 514, p. 193-194.

¹³⁶³. Dans ce sens : A. BLAISOT, thèse préc., p. 20-21.

3. La protection du débiteur grevé

482. - Sur le terrain de la protection du débiteur, le formalisme du contrat de gage participe certainement de sa validité.

La remise du bien au gagiste a pour partie une fonction identique à celle que remplit la solennité requise en matière d'hypothèque conventionnelle. Cette mise en possession est destinée à protéger le débiteur en assurant qu'il donne son consentement au contrat de gage en pleine connaissance de cause. Elle est donc l'assurance d'un consentement parfait qui peut sceller le contrat et le rendre définitif ¹³⁶⁴. Le gage est donc bien un contrat réel. Plusieurs auteurs ont pris parti pour la réalité du contrat de gage ¹³⁶⁵. La jurisprudence adopte également cette position ¹³⁶⁶.

483. - Il s'ensuit que la convention ne peut constituer un contrat de gage définitif si le créancier n'est pas mis en possession du bien. La loi seule est habile à écarter l'exigence de mise en possession du gagiste ¹³⁶⁷. Toutefois, dans l'hypothèse où le créancier ne serait pas mis en possession du bien, la jurisprudence fait preuve de la même souplesse qu'en matière de promesse d'hypothèque. Elle ne frappe pas la convention de nullité mais elle décide que l'acte vaut promesse de gage. Et, la remise du bien au créancier étant une obligation de faire qui consiste dans le transfert de possession d'un bien (il ne s'agit pas, en effet, d'en transférer la *propriété* au créancier), son exécution forcée n'est pas concevable. Son inexécution se résout en dommages-intérêts ¹³⁶⁸.

Ainsi, le formalisme solennel ou réel requis en matière d'hypothèque ou de gage est destiné à protéger le consentement du nu-propriétaire. On peut se demander s'il ne serait pas utile en matière de quasi-usufruit.

¹³⁶⁴. En ce sens : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? La valeur des promesses de contrat réel en droit positif, *Rev. trim. civ.* 1985, n° 49-50, p. 42-45.

¹³⁶⁵. En ce sens : S. ROGIER, thèse préc., p. 29 et s. -- M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *loc. cit.*, n° 43, p. 34 ; n° 45, p. 37 ; n° 49-50, p. 42-45. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188. -- M. MOREL, thèse préc., p. 10. -- L. SARRUT, note sous Civ., 18 mai 1898, *D.P.* 1900, I, 482. -- Comp. : MM. CABRILLAC et MOULY considèrent que la dépossession n'est pas une simple condition d'opposabilité aux tiers du droit réel mais la condition même de son existence. Ce rôle tout à fait particulier tiendrait aux autres fonctions que remplit la dépossession, à savoir, à l'avis de deux auteurs : l'assurance donnée au gagiste de pouvoir faire valoir ses droits sur le bien au moment venu, d'une part, et l'individualisation des gages de choses fongibles, d'autre part (*Droit des sûretés*, 1997, n° 666, p. 544 ; n° 665, p. 543-543). Ils ne mentionnent donc pas l'équivalence de la mise en possession du gagiste avec la solennité hypothécaire. -- Cf. selon M. BILLIAU, le gage n'est pas une notion unitaire ; il est un contrat réel ou consensuel selon la nature de l'objet de la sûreté (Réflexions sur le gage, *loc. cit.*, n° 3 ; n° 6 et s. ; n° 15). Mais Mme JOBARD-BACHELLIER note à juste titre que certains contrats ne peuvent s'exécuter sans la mise d'une chose à la disposition d'un des cocontractants, pour autant ils n'ont jamais été qualifiés de réels (*Loc. cit.*, n° 4, p. 5 ; n° 46 et note 169 sous ce numéro, p. 39).

¹³⁶⁶. Civ., 18 mai 1898, *D.P.* 1900, I, 481, note L. SARRUT ; S. 1898, I, 433, note C. LYON-CAEN. -- Civ., 23 mars 1938, *Gaz. Pal.* 1938, II, J., 13 ; *D.H.* 1938, 257. -- Com., 12 nov. 1958, deux espèces, *Bull. Com.* IV, n° 387, p. 327 (Rmq. l'un des deux arrêts mêle la question de l'existence du gage avec celle de son opposabilité).

¹³⁶⁷. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188.

¹³⁶⁸. Dans ce sens : S. ROGIER, thèse préc., p. 29-30. -- R. SIMON, thèse préc., p. 48. -- C. LYON-CAEN, note sous Civ., 18 mai 1898, S. 1898, I, 433.

2°. - Le consensualisme atténué de la constitution du droit réel de quasi-usufruit

484. - Comme le débiteur qui apporte l'un de ses biens en garantie de sa dette, le nu-proprétaire qui accorde un quasi-usufruit sur son bien concède à un tiers le droit d'en disposer, pour son propre compte. Le contrat de quasi-usufruit aboutit donc à la disposition du bien. Il y conduit même plus certainement que le contrat d'hypothèque ou de gage : la réalisation du droit du créancier hypothécaire ou gagiste est subordonnée à l'inexécution de sa dette par le propriétaire grevé, alors que le droit du quasi-usufruitier est un droit principal et autonome. De surcroît, l'exercice de ce droit dépouille le nu-proprétaire sans pour autant qu'il lui soit versé un prix ou remis un autre bien comme dans la vente ou l'échange.

Pourtant, le contrat de quasi-usufruit mobilier ou immobilier est de ceux dont la validité n'impose le respect d'aucun formalisme. L'échange des consentements du quasi-usufruitier et du nu-proprétaire suffit à le former. La rédaction d'un écrit ne conditionne pas l'existence de ce contrat. Quant à la remise du bien au quasi-usufruitier, elle ne joue aucun rôle dans la conclusion du contrat et n'intervient que sur le terrain de son exécution. La mise en possession du quasi-usufruitier correspond à la délivrance du bien par le nu-proprétaire.

Ce consensualisme peut paraître bien peu protecteur des intérêts du nu-proprétaire qui ne sont pourtant pas moins dignes d'attention que ceux du débiteur grevé. On peut donc s'étonner que le contrat de quasi-usufruit ne soit pas soumis à l'exigence d'un certain formalisme solennel ou réel, à l'instar du contrat d'hypothèque ou de gage. Toutefois l'analyse du régime du contrat de quasi-usufruit tempère cette apparence trompeuse : le consensualisme du contrat de quasi-usufruit est corrigé par certaines obligations qui pèsent sur le quasi-usufruitier.

485. - Comme l'usufruitier, le quasi-usufruitier est tenu de dresser inventaire et de fournir caution au nu-proprétaire. L'inexécution de cette obligation autorise ce dernier à retenir le bien, à le placer etc. jusqu'à l'accomplissement desdites obligations¹³⁶⁹. Ainsi l'existence du contrat de quasi-usufruit n'est pas soumise à une condition de validité autre que celle prévue à l'article 1108 du Code civil mais son *exercice* est conditionnel parce que la délivrance du bien est elle-même conditionnelle. C'est l'accomplissement d'une obligation préalable du quasi-usufruitier qui lui permet de se faire délivrer le bien et, en conséquence, d'en disposer. On peut noter que le quasi-usufruit immobilier (constitué sur une carrière par exemple) fait l'objet d'une publicité foncière¹³⁷⁰ et que, de ce fait, il doit être dressé par écrit authentique¹³⁷¹. Cependant, la publicité du contrat n'est pas une

¹³⁶⁹. V. *supra* : n° 88.

¹³⁷⁰. V. *infra* : n° 489.

¹³⁷¹. Sur la publicité de l'usufruit immobilier : Paris, 24 sept. 1984, *D.* 1984, IR, 466. -- V. égal. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 730, p. 597.

condition de sa validité *inter partes* ; le contrat peut exister sans que les parties n'accomplissent cette formalité publicitaire. L'opposabilité ne touche pas à l'existence de l'acte.

B. - Les formalités de la constitution du droit réel de disposer

486. - Le droit réel de garantie et le quasi-usufruit sont soumis aux mêmes formalités d'opposabilité et de preuve. C'est le caractère mobilier (1°) ou immobilier (2°) du bien grevé qui dicte le régime applicable à sa publicité et à la préconstitution de sa preuve.

1°. - Les formalités d'opposabilité et de preuve du droit réel de disposer d'un bien mobilier

487. - En principe, les meubles ne sont pas soumis à publicité, parce que, par nature, ils sont difficilement identifiables ou localisables¹³⁷². Leur possession fait office de publicité, de sorte que les opérations mobilières suivent le même régime. Ainsi, la remise du bien au créancier gagiste assure la publicité du gage¹³⁷³. Et comme le principe de spécialité de l'hypothèque, elle permet d'éviter les gages généraux grevant un ensemble de biens indifférenciés¹³⁷⁴. Seules les impignations des meubles identifiables et localisables, tels que les engins de transport, sont soumises à publicité¹³⁷⁵. En réalité, ces sûretés ne donnent pas lieu à dépossession du débiteur et se rapprochent, de ce fait, des hypothèques.

La loi semble même renforcer cette publicité en exigeant la rédaction d'un écrit ayant date certaine au sens de l'article 1328 du Code civil et contenant la détermination de la créance due et de la chose remise en gage (art. 2074 C.Civ). Mais il est vrai que l'écrit exigé par l'article 2074 a deux autres utilités. Il permet de déterminer les biens qui, au sein de l'actif patrimonial du débiteur, sont engagés¹³⁷⁶. Et il assure la preuve du gage¹³⁷⁷. Sous cette réserve que, conformément aux principes qui régissent la preuve des actes juridiques, l'exigence de cet écrit disparaît en matière commerciale (art. 109 et art. 91 al. 1^{er} C.Com.) ou lorsque, de la valeur de la créance et de la valeur de la chose engagée, aucune n'excède la somme de 5000 F¹³⁷⁸.

¹³⁷² F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 18, p. 18 ; n° 394, p. 278.

¹³⁷³ V. *supra* : n° 477 et s.

¹³⁷⁴ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188.

¹³⁷⁵ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 18, p. 18 ; note 4 sous le n° 18, p. 18-19 ; v. égal. n° 394-395, p. 278 et s. -- P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés*, 1995, n° 601 et s., p. 494 et s.

¹³⁷⁶ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 506, p. 188.

¹³⁷⁷ C'est pourquoi cette exigence n'est pas requise dans les rapports entre les parties : v. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1976, *Bull. Civ. I*, n° 201, p. 160.

¹³⁷⁸ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 503, p. 185 ; n° 505, p. 186-187. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 676, p. 551.

488. - Le quasi-usufruit est soumis à un régime similaire. D'abord, la délivrance du bien au quasi-usufruitier le fait possesseur aux yeux de tiers. Ensuite, l'inventaire permet de cibler les biens du nu-propriétaire soumis au quasi-usufruit, assurant ainsi la spécialité du droit réel de quasi-usufruit. Enfin, le quasi-usufruit est soumis au droit commun de la preuve qui impose de préconstituer la preuve de l'acte portant sur une chose d'une valeur supérieure à 5000 F (Art. 1341 C.Civ.).

Les deux droits de disposer se séparent plus sensiblement en matière immobilière.

2°. - Les formalités d'opposabilité et de preuve du droit réel de disposer d'un bien immobilier

489. - La nature incorporelle des droits immobiliers n'est pas un véritable obstacle à cette publicité dans la mesure où le droit immobilier porte sur un bien lui-même déterminé et localisable. C'est pourquoi, comme les autres droits immobiliers, droit d'usage, droit d'habitation sur un immeuble etc., l'hypothèque et le quasi-usufruit immobilier doivent être publiés pour être opposables aux tiers¹³⁷⁹. La publicité du droit d'hypothèque est, plus précisément, régie par le Code civil (art. 2129, 2134, 2146, 2154, 2166...) et elle s'accomplit au moyen d'une inscription à la conservation des hypothèques¹³⁸⁰. Cette publicité confère un droit de suite au créancier hypothécaire¹³⁸¹. Alors que le quasi-usufruit suit le régime des droits réels immobiliers autres que l'hypothèque, c'est-à-dire que sa publicité est organisée par le chapitre III du décret du 4 janvier 1955 (art. 28, 1°, a).

Les publicités des deux droits réels de disposer diffèrent simplement par leur effet. Dans une hypothèse, la connaissance de fait équivaut à l'accomplissement des formalités de la publicité légale ; dans l'autre non. Le défaut de publicité du transfert d'un droit réel immobilier, tel que l'usufruit sur un immeuble, n'empêche pas qu'il soit opposable aux tiers qui en ont connaissance¹³⁸². Au contraire, le défaut d'inscription rend l'hypothèque inopposable même aux tiers de mauvaise foi qui en connaissent l'existence¹³⁸³.

¹³⁷⁹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 18, p. 18. Sur la publicité de l'usufruit immobilier : n° 730, p. 597 ; sur la publicité du droit d'usage d'un immeuble ou du droit d'habitation : Civ. 3è, 23 juin 1981, *J.C.P. Ed. G.* 1983, II, 19928, obs. J.-F. PILLEBOUT. -- Paris, 1^{er} mars 1982, *D.* 1983, I.R., 16, obs. A. ROBERT. -- V. égal. F. TERRÉ et P. SIMLER, *ibid.*, n° 791, p. 645.

¹³⁸⁰ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 668, p. 251 ; n° 669, p. 252.

¹³⁸¹ Plus précisément, il faut que la créance soit valable et exigible ; que l'hypothèque soit opposable au tiers acquéreur parce qu'inscrite avant l'aliénation ; que l'aliénation soit opposable au créancier parce qu'elle a été publiée - fût-ce par hypothèse postérieurement à l'inscription de l'hypothèque. Et le créancier hypothécaire doit faire sommation au tiers acquéreur de payer ou délaisser (art. 2169) (P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 686, p. 264-265).

¹³⁸² Civ. 3è, 17 juillet 1986, *Bull. Civ. III*, n° 118, p. 93 ; *Defr.*, 1987, art. 34056, n° 78, p. 1178, obs. L. AYNÈS. -- V. égal. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 668, p. 251.

¹³⁸³ Civ. 3è, 17 juillet 1986, préc. -- V. égal. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 668, p. 251.

Pour être valablement formé, l'acte constitutif du droit réel de disposer doit également répondre à certaines exigences qui touchent à son objet.

§ 3. - *L'objet de l'acte constitutif du droit réel de disposer*

490. - L'objet d'un acte s'entend de plusieurs manières et, en quelque sorte, à trois degrés.

Dans une signification large, l'objet de l'acte est défini comme le contenu ou l'opération juridique véhiculée par l'acte. Un même acte, et spécialement un contrat, peut faire naître un ensemble de droits et obligations qui forment une opération juridique complexe ; il est utile de rechercher si le droit réel de disposer peut être greffé sur un contrat nommé et régi par le Code civil. Cependant, lorsque l'opération qui l'englobe est complexe, le régime du droit réel de disposer s'en trouve modifié. Pour cette raison, l'examen de l'objet de l'acte défini comme le contenu de l'opération juridique véhiculée par l'acte sera mené dans le cadre des régimes spéciaux de droits réels de disposer.

Dans un sens étroit, l'objet d'un acte est le bien auquel l'acte se rapporte, la chose objet de l'obligation d'une partie ou support du droit réel. Ici, l'objet de l'acte constitutif du droit réel de disposer est la chose susceptible d'être grevée d'un droit réel de disposer.

Enfin, dans une acception intermédiaire, l'objet d'un acte désigne l'acte juridique au sens d'action ou de fait juridique accompli par le sujet. La notion de droit réel de disposer annonce que son titulaire a le droit d'accomplir un acte de disposition sur le bien d'autrui. Mais il convient de déterminer de quel acte de disposition il s'agit, la notion d'acte de disposition étant polysémique.

Dès à présent, nous observerons donc l'acte constitutif du droit réel de disposer du double point de vue du bien grevé (A) et de l'acte de disposition permis au disposant (B).

A. - La chose grevée

491. - On peut se poser la question de savoir si le droit réel de disposer peut être constitué sur tout type de choses : des biens indisponibles, des choses futures, des biens incorporels, des choses de genre etc. A vrai dire, pour être régulièrement formé, l'acte générateur d'un droit réel de disposer doit porter sur une chose qui présente la triple qualité de bien (1°) disponible (2°) et déterminable (3°).

1°. - Un bien

492. - Le droit réel de disposer, composé de l'*abusus* du bien d'autrui, est construit sur l'affectation de la valeur du bien ¹³⁸⁴. Aussi, pour être grevée d'un droit réel de disposer, la chose doit être accessible à l'échange, douée de valeur. Une chose sans maître ou un bien du domaine public ne peut former l'objet d'un droit réel de disposer car ils ne sont pas des biens dans le commerce. On peut ajouter que le droit de garantie peut grever un bien doué de valeur même s'il s'agit d'un corps certain que le débiteur ne considère pas du seul point de vue de sa valeur. Le quasi-usufruit doit, en revanche, grever un bien doué de valeur et apprécié du seul point de vue de cette valeur ¹³⁸⁵. Le quasi-usufruitier assume toujours une obligation de restitution (sauf si le nu-propiétaire n'est pas animé d'une intention libérale), de sorte que le droit de quasi-usufruit doit être restituable en équivalent ou en valeur.

493. - Si la valeur du bien importe, la matérialité de la chose n'est pas une exigence requise pour la constitution du droit réel de disposer. Le droit réel, de manière générale, ne s'entend pas du bien qui porte sur une chose réelle au sens de chose corporelle ; il désigne le droit qui puise son contenu dans un bien, corporel ou incorporel. *A fortiori* en va-t-il ainsi du droit réel de disposer. Il repose sur la valeur du bien non sur sa matérialité. Or la valeur d'une chose est indépendante de sa consistance physique. Seules comptent, pour l'apparition de cette valeur, les utilités que la chose présente pour les individus. L'incorporalité du bien n'est donc pas un obstacle à l'affectation de la valeur au tiers disposant. Pour créer le droit réel de disposer, il faut et il suffit que la chose soit évaluable en argent et susceptible de commerce juridique ¹³⁸⁶.

C'est la raison pour laquelle la superposition d'un droit réel et d'un droit personnel est concevable.

Une créance est un objet de propriété. C'est un bien incorporel qui, à ce titre, peut être grevée d'un droit réel de gage ¹³⁸⁷ ou d'un quasi-usufruit. Pour la même raison, l'hypothèse d'un droit réel de disposer grevant un autre droit réel est envisageable. Ainsi, le droit de l'emphytéote (art. L. 451-1, al. 1er C.Rur.) ¹³⁸⁸ et l'usufruit immobilier (art. 2118, 2° C.Civ.) ¹³⁸⁹ peuvent être grevés d'une hypothèque ¹³⁹⁰, à l'instar des droits personnels. Ce sont des droits patrimoniaux. De même un brevet,

¹³⁸⁴ V. *supra* : n° 391 et s.

¹³⁸⁵ V. *supra* : n° 465.

¹³⁸⁶ V. *supra* : n° 302 et s.

¹³⁸⁷ *Contra* : M. BILLIAU, *Réflexions sur le gage*, *loc. cit.*, n° 10 ; n° 11 ; n° 13. -- *Adde* : Selon D. A. IMBROANE, le droit de gage sur créance est un droit *personnel* de second degré parce qu'il s'exerce non sur une chose matérielle mais à l'encontre d'une personne ; simplement ce droit personnel a un contenu plus faible que celui du droit principal (*Nature juridique du gage des créances*, Paris, 1939, n° 37, p. 150 ; n° 33, p. 129 et s. ; n° 34, p. 145 et s.).

¹³⁸⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 861, p. 701.

¹³⁸⁹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *ibid.*, n° 754, p. 617.

¹³⁹⁰ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1995, n° 743, p. 606.

des valeurs mobilières dématérialisées etc. pourront être l'objet d'un quasi-usufruit ou d'un droit de gage. L'incorporalité du bien grevé aura, au plus, une incidence sur les modalités d'affectation de la valeur du bien incorporel au quasi-usufruitier ou au créancier nanti ¹³⁹¹.

Encore faut-il que la valeur du bien soit disponible.

2°. - Un bien disponible

494. - Toutes les choses évaluables en argent ne sont pas disponibles à titre onéreux ¹³⁹². Certains biens sont frappés d'indisponibilité temporaire. Ceux-là ne peuvent pas toujours être grevés d'un droit réel de disposer (a). Encore que le principe doive être clairement circonscrit, car la pluralité de droits réels de disposer sur un même bien n'est pas inconcevable (b).

a) L'exclusion du droit réel de disposer des biens inaliénables ou insaisissables

495. - Lorsque la valeur d'un bien est paralysée ou neutralisée, le propriétaire ne peut en disposer à sa guise et en particulier, il ne peut pas grever son bien d'un droit réel de disposer et permettre à un tiers de le consommer ¹³⁹³.

C'est le cas des biens inaliénables ou insaisissables tels que les créances alimentaires, les droits indivis, les droits d'usage ou d'habitation (inaliénables en vertu de l'article 631 du Code civil), les biens inaliénables par convention ou par détermination de la loi etc. De même, les servitudes actives, en dépit de leur valeur, ne peuvent pas être aliénées isolément puisqu'elles ne peuvent être détachées du fonds dominant ¹³⁹⁴. De même encore, les valeurs mobilières inaliénables ne pourraient pas être nanties. Si le bien est frappé d'une clause conventionnelle d'inaliénabilité, il est nécessaire d'obtenir préalablement en justice la mainlevée de l'interdiction d'aliéner ¹³⁹⁵. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'un droit réel de disposer qui n'a pas vocation à être exercé immédiatement et qui ne dépossède pas le propriétaire, l'hypothèque par exemple, l'inaliénabilité temporaire du bien ne devrait pas faire

¹³⁹¹ V. *infra* : n° 552 et s.

¹³⁹² V. *supra* : n° 320.

¹³⁹³ V. l'article 2118, alinéa 1^{er} du Code civil pour l'hypothèque. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 504, p. 185. -- Comp. MM. CABRILLAC et MOULY posent la question de savoir si, la clause ou la mesure d'inaliénabilité étant temporaire, une hypothèque ne peut pas être prise pendant sa durée, ce qui permettrait de la réaliser lorsque l'inaliénabilité aurait pris fin (*Droit des sûretés*, 1997, n° 750, p. 609 ; *adde* n° 672, p. 547). -- V. *contra* : Civ. 3è, 29 juin 1983, *Bull. Civ. III*, n° 152, p. 119.

¹³⁹⁴ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 742-743, p. 604. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 663, p. 248.

¹³⁹⁵ D. FASQUELLE, *loc. cit.*, n° 22-23, p. 12.

obstacle à sa constitution ¹³⁹⁶. Dans cette hypothèse, la valeur de l'immeuble remplit sa fonction de crédit en attendant l'exécution volontaire ou forcée de la créance. Temporaire, l'inaliénabilité n'interdit plus la saisie éventuelle du bien lorsqu'elle a disparu ¹³⁹⁷.

496. - De même, si en application du principe de l'inaliénabilité du domaine public les biens domaniaux ne peuvent pas se prêter à la constitution d'un droit réel de disposer, cette impossibilité doit être nuancée.

L'article 34-2 alinéa 3 du Code du domaine de l'Etat ¹³⁹⁸ permet de grever d'une hypothèque, et donc d'un droit réel de disposer, les droits d'occupation eux-mêmes constitués sur un bien du domaine public. C'est là un tempérament, et non une véritable exception, au principe de l'inaliénabilité du domaine public. Dans cette hypothèse, le passage du bien public dans la sphère privée est partiel et antérieur à la constitution de la sûreté. En effet, l'hypothèque en cause ne greève pas un bien public (le bien domanial grevé du droit d'occupation) mais un bien privé et disponible à titre onéreux (le droit d'occupation qui greève le bien domanial). C'est l'admission de la constitution d'occupations domaniales qui fait entrer le bien public dans la sphère privée. Et ce transfert partiel et temporaire du bien public dans la sphère privée se fait dans le respect de l'affectation du bien public. Ces droits d'occupation constituent des droits réels cessibles à titre onéreux, dans la mesure de l'utilité matérielle qui forme le contenu du droit d'occupation et pour la durée de cette affectation privée ¹³⁹⁹. D'ailleurs, l'hypothèque de l'article 34-2 alinéa 3 Code du Domaine de l'Etat est soumise aux mêmes limites que le droit d'occupation lui-même. Elle doit être destinée à garantir un financement qui touche à l'implantation sur le domaine public ¹⁴⁰⁰ et sa durée est limitée à la durée du droit d'occupation soit à la durée de l'implantation sur le domaine public ¹⁴⁰¹. Il n'existe donc pas là de véritable exception au principe selon lequel le droit réel de disposer ne peut être constitué à partir d'un droit indisponible.

Le droit réel de disposer peut même être constitué sur un bien déjà grevé d'un droit du même type.

¹³⁹⁶. En ce sens, pour la création d'une hypothèque *judiciaire* : Civ. 1ère, 9 octobre 1985, *Bull. Civ. I*, n° 252, p. 226 ; *Defr.*, 1987, art. 33918, n° 23, p. 499, obs. L. AYNÈS.

¹³⁹⁷. V. L. AYNÈS, obs. sur l'arrêt préc.

¹³⁹⁸. Cette disposition est issue de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public (*J.O.* du 26 juillet 1994 ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, III, 66690).

¹³⁹⁹. V. *supra* : n° 321.

¹⁴⁰⁰. Cette hypothèque doit garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension de l'ouvrage (L. 34-2 al. 3 et al. 5 du C.Dom. de l'Etat).

¹⁴⁰¹. L. 34-2 al. 5 nouv. du C.Dom. de l'Etat.

b) L'admission de droits réels de disposer successifs sur le même bien

497. - On sait que le conflit de droit réel de disposer sur le même bien est possible. L'hypothèse d'une pluralité d'hypothèques sur le même immeuble en est la preuve. Cette situation juridique est envisageable pour la double raison que l'hypothèque ne dépossède pas le débiteur et que l'*abusus* constitutif du droit réel de disposer est une utilité abstraite et autonome. Le débiteur peut l'engager au profit de plusieurs créanciers parce qu'il reste en possession de son bien. Quant à l'*abusus* du bien, il peut profiter à plusieurs créanciers parce qu'il ne se confond pas avec la contre-valeur du bien. Il a une existence autonome et indépendante de la contrepartie monétaire du bien. D'ailleurs, l'exercice du droit réel de garantie est conditionnel, c'est-à-dire qu'il n'est pas certain que le créancier ait à faire saisir le bien. Indépendamment de la contre-valeur du bien, l'*abusus* du bien peut donc faire l'objet d'une opération juridique - comme une concession à un tiers - parce qu'il permet à son propriétaire d'obtenir la confiance et le crédit d'un créancier.

498. - La constitution de plusieurs quasi-usufruits sur le même bien est plus douteuse ; le quasi-usufruit dépossède le nu-propriétaire. Seule la constitution de quasi-usufruits successifs sur le même bien est envisageable ¹⁴⁰², dès lors, du moins, que la jouissance du second usufruitier commence à la date où celle du premier aura pris fin ¹⁴⁰³, ce qui suppose que le second usufruit porte sur les biens équivalents restitués par le quasi-usufruitier.

Patrimonial et cessible, l'objet du droit réel de disposer doit encore être déterminable.

3°. - Un bien déterminable

499. - Le droit de propriété est une projection du sujet sur les biens, de sorte que tout sujet est potentiellement propriétaire et a un patrimoine, qu'il ne soit pas encore doté de biens ou qu'il en soit dépouillé ¹⁴⁰⁴. A l'inverse, le droit réel est la concession de l'utilité d'une chose à un sujet ; il puise son existence dans la chose. Dans ces conditions, il semble difficile d'admettre la constitution d'un droit réel en l'absence d'un bien présent et individualisé. En tant que droits réels, le quasi-usufruit, le gage et l'hypothèque imposent, en principe, la détermination du bien dans le temps (a) et dans l'espace (b).

¹⁴⁰². V. P. SIRINELLI, Le quasi-usufruit, *L.P.A.*, n° 87 du 21 juillet 1993, note 187 sous le n° 42, p. 9.

¹⁴⁰³. En sens à propos de l'usufruit successif constitué sur un immeuble : Civ. 1ère, 4 avril 1991, *Bull. I*, n° 128, p. 86.

¹⁴⁰⁴. V. *supra* : n° 274-2.

a) Un bien présent

500. - La constitution d'un droit réel de disposer soulève des difficultés lorsqu'elle se rapporte aux biens dits futurs. Par hypothèse, ces biens n'existent pas encore ; ils n'ont pas été créés ou sont en formation ou sont tout simplement absents du patrimoine de celui qui entend les grever du droit réel (par exemple, le fonds de commerce est en voie de création ou le brevet fait l'objet d'une demande). Leur inexistence absolue, partielle ou relative interdit de les saisir immédiatement pour réserver leur valeur à autrui, alors que la réalité du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte impose cette appréhension. La question de l'existence future de l'objet du droit réel de disposer se pose avec le plus d'acuité en matière de gage puisque, contrairement au contrat d'hypothèque ou de quasi-usufruit, le contrat de gage est un contrat réel. La remise de la chose au créancier participe de sa validité. La constitution d'un gage sur un bien à venir devrait donc être exclue. Certes, une partie de la doctrine acceptent que les gages qui grèvent des biens *incorporels*, de toutes les manières, ne répondent pas à cette exigence de forme¹⁴⁰⁵ puisque l'intangibilité des biens immatériels interdit leur remise matérielle au créancier gagiste. Faut-il, pour cela, en induire que la réalité du gage n'est point absolue et, par ricochet, que le gage de biens *futurs* peut-être un contrat parfait ? La formation du droit réel de disposer paraît être à l'image de leur degré de finition.

501. - Il est vrai que les biens incorporels, souvent de grande valeur¹⁴⁰⁶, échappent au droit commun du gage et spécialement à l'exigence de la remise matérielle du bien au créancier¹⁴⁰⁷, mais il semble précipité d'en déduire, au plan théorique, la possibilité de constituer un gage sur un bien futur. Même si, par utilité pratique, cette impossibilité doit être nuancée.

En effet, la réalité du contrat de gage est une chose ; la réalité du droit de gage en est une autre. La remise de la chose au gagiste relève de la formation du contrat. En particulier, elle sert à parfaire le consentement du débiteur au contrat de gage¹⁴⁰⁸ et on peut concevoir que des équivalents lui soient substitués lorsque le bien est intangible. Mais la nature de son objet n'empêche pas que le droit de gage demeure un droit *réel*, c'est-à-dire un droit qui tire son existence d'un bien¹⁴⁰⁹. Aussi, la perfection du contrat nous paraît-elle difficilement admissible lorsque le bien n'existe par encore pour la bonne raison qu'aucun *abusus* et aucune valeur n'existent qui puissent être concédé et affectée à la créance que l'on veut garantir.

¹⁴⁰⁵. Selon MM. P. MALAURIE et L. AYNÈS, comme il n'existe aucun principe de prohibition du gage de choses futures analogue à celui de l'hypothèque des biens à venir, seule l'exigence de la dépossession peut s'opposer à un tel gage (*Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 509, p. 190).

¹⁴⁰⁶. V. *supra* : n° 219 et s.

¹⁴⁰⁷. V. not. *infra* : n° 563 et s.

¹⁴⁰⁸. V. *supra* : n° 479 et s.

¹⁴⁰⁹. V. *supra* : n° 492 et s.

501-1. - D'ailleurs, l'article 1108 du Code civil fait de « l'objet certain qui forme la matière de l'engagement » une condition de validité des conventions et donc des contrats. Et l'article 1130 du même code n'y change rien qui dispose que « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation »¹⁴¹⁰. Dans cette dernière hypothèse, le contrat est formé mais il est caduc si la chose n'apparaît pas¹⁴¹¹. Or, l'engagement de l'article 1108 et l'obligation de l'article 1130 visent le droit personnel et non le droit réel.

Le droit personnel, objet d'un contrat, peut bien exister quoique la chose sur laquelle il porte soit future, parce qu'il est par définition la projection d'une qualité du sujet débiteur dans l'avenir ; il anticipe l'avenir. L'obligation-objet du contrat est abstraite et distincte de la chose-objet de l'obligation. Par exemple, un vendeur peut assumer l'obligation de livrer un bien alors qu'il ne possède pas encore la chose vendue. Son obligation de donner n'en existe pas moins indépendamment de la chose à vendre. En revanche, malgré son abstraction, le droit réel est ancré dans la chose. Si l'*abusus*, comme l'*usus* et le *fructus*, est en lui-même une projection de la chose dans l'avenir, il n'en puise pas moins sa source dans le bien présent et il ne peut être capté que par l'intermédiaire de la valeur de la chose. En d'autres termes, contrairement à ce qui se produit pour le droit personnel, le droit réel et la chose à laquelle il se rapporte sont indissociables. D'où l'impossibilité d'affirmer l'existence d'un droit réel sur un bien futur.

Le Code civil prend cette distinction en considération lorsqu'il décide que « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués » (art. 2130 al. 1^{er}). Simplement, l'article 2130 alinéa 2 prévoit, par exception, qu'en cas d'insuffisance des biens présents, le débiteur peut hypothéquer chacun des biens qu'il acquerra. Quant à l'article suivant, il décide qu'en cas de perte ou de dégradation de l'immeuble hypothéqué, le créancier peut obtenir la déchéance du terme ou une hypothèque supplémentaire sur les biens futurs du débiteur¹⁴¹². Mais hormis ces deux hypothèses, le principe est que le droit réel de disposer ne peut être formé lorsque le bien est encore inexistant.

501-2. - Comme le contrat d'hypothèque, le contrat de gage portant sur un bien futur aura donc, en principe, la nature d'une simple promesse de gage, qui se transformera en contrat parfait lorsque la valeur du bien apparaîtra et sera transmise au créancier par sa mise en possession réelle ou juridique du bien gagé. A défaut, elle ne sera pas susceptible d'exécution forcée en nature puisque le gage est un contrat réel¹⁴¹³.

Il en ira de même en matière de quasi-usufruit de biens futurs, sous la réserve que le contrat de quasi-usufruit étant un contrat consensuel¹⁴¹⁴, il deviendra définitif

¹⁴¹⁰. *Contra* : Paris, 3 juillet 1963, *J.C.P. Ed. G.* 1963, II, 13398 ; *D.* 1964, J., 205 ; *Rev. trim. Com.* 1964, 54, obs. A. JAUFFRET.

¹⁴¹¹. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 264, p. 221.

¹⁴¹². V. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 664, p. 248-249.

¹⁴¹³. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *ibid.*, n° 509, p. 190.

¹⁴¹⁴. *V. supra* : n° 484 et s.

avec l'apparition de la chose grevée, indépendamment de l'entrée en jouissance du quasi-usufructier.

Toutefois, il est vrai que la pratique ne peut s'accommoder de la rigueur d'un tel principe. La réalité du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte ne doit pas conduire au dépérissement du droit lui-même. De cette façon, on peut admettre la constitution d'un droit réel de disposer sur une chose *en germe* dont l'*abusus* et la valeur sont eux-mêmes *naissants*.

502. - Afin de permettre un financement coûteux, il est utile d'admettre la possibilité de nantir un bien en cours d'élaboration : un logiciel, les actions pour lesquelles l'actionnaire ne possède qu'un droit préférentiel de souscription ou les actions d'une société en formation, un fonds de commerce en voie de création, une demande de brevet d'invention par exemple ¹⁴¹⁵.

L'article 2133 alinéa 2 du Code civil permet au débiteur de grever d'une hypothèque ses bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ¹⁴¹⁶. De manière plus générale, lorsqu'un bien est en germe, on doit pouvoir accepter la formation du droit réel de garantie. La législation sur le gage ne traite de cette question que dans le cadre de la loi DAILLY où le législateur admet le nantissement de créances futures dès lors qu'elles sont suffisamment identifiées ¹⁴¹⁷. Plus généralement, en l'absence de texte, ne peut-on pas penser que, lorsque la chose atteint un certain degré de formation au jour de la constitution du gage, l'*abusus* de la chose et sa valeur de change sont naissants et peuvent donner lieu à la création d'un gage ? Dans cette hypothèse, en effet, le droit réel de disposer n'est pas sans objet. Il se greffe sur un bien en cours de formation, doué d'une valeur au moins naissante et qui va en s'accroissant avec la finition du bien. La seule difficulté posée par cette hypothèse n'est pas juridique ; elle réside plutôt dans l'appréciation du degré de probabilité de réalisation définitive du bien ¹⁴¹⁸. C'est pourquoi, dans une telle hypothèse, la description précise du bien gagé en cours de réalisation

¹⁴¹⁵. V. J. MESTRE, Le gage de choses futures, *D.* 1982, Chr., p. 141 et s. et les références cites par l'auteur -- Par ex. sur le nantissement d'un fonds de commerce en formation : Paris, 3 juillet 1963, *J.C.P. Ed. G.* 1963, II, 13398 ; *D.* 1964, J., 205 ; *Rev. trim. Com.* 1964, 54, obs. A. JAUFFRET. -- *Contra* A. JAUFFRET, obs. préc. ss Paris, 3 juillet 1963.

¹⁴¹⁶. V. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 664, p. 248-249.

¹⁴¹⁷. V. les mentions requises par l'article 1^{er}, 4° de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981.

Dans le sens de cette interprétation : J. Mestre, *loc. cit.*, n° 22 et s., p. 145-146. -- J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit (Loi n° 81-1, du 2 janvier 1981 et Décret n° 81-862 du 9 septembre 1981), *J.C.P. Ed. G.* 1981, I, 3044.

Cf. Selon C. GAVALDA, les créances nées ou à terme peuvent être nanties, mais non les créances à naître (La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981), *D.* 1981, Chr., n° 25 et n° 29, p. 202 et s.). -- *Adde* D. SCHMIDT et P. GRAMLING, La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit des entreprises, *D.* 1981, Chr., n° 11 et s., p. 219 et s.

¹⁴¹⁸. L'appréciation de ce risque pèse sur le créancier : V. J. MESTRE, *loc. cit.*, n° 18, p. 145.

(v. art. 2074 et 1129 C.Civ.) et l'accomplissement des formalités équivalant à la remise du bien au créancier gagiste ¹⁴¹⁹ sont nécessaires.

C'est seulement lorsque la formation du bien meuble est simplement projetée, que la solution semble douteuse en l'absence de texte sur ce point. De plus, elle ne paraît pas pouvoir être étendue au quasi-usufruit dans la mesure où il ne remplit pas la fonction de crédit assurée par le droit réel de garantie : s'il a dressé inventaire et fourni caution de jouir en bon père de famille, le quasi-usufruitier entre en possession du bien et peut en user, c'est-à-dire en disposer, immédiatement. Alors que la réalisation d'une sûreté dépend de la défaillance du débiteur à l'échéance de la créance garantie. Aussi, pour que le contrat de quasi-usufruit soit définitif, la chose grevée doit être elle-même finie.

b) Un bien individualisé

503. - Parce que le droit réel est ancré dans la chose, l'objet qui le supporte doit être déterminé. La nature même du droit réel de disposer implique qu'il se greffe sur un bien individualisé. Or, dans l'hypothèse d'un warrant, l'objet de la garantie apportée au créancier est une masse fluctuante de marchandises qui n'ont pas été séparées des autres marchandises du même genre détenues par le constituant. Il s'agit, par exemple, d'une certaine quantité de vins, de pétrole ou de produits agricoles ¹⁴²⁰. Aussi n'est-il pas certain que la qualification de droit réel (de disposer) soit applicable à ce type de sûreté.

Mme VEAUX-FOURNERIE a proposé d'y voir un gage en valeur plutôt qu'un gage en nature, les biens gagés n'ayant plus d'importance qu'au regard de leur valeur ¹⁴²¹. Mais tout gage est construit à partir de la valeur du bien d'autrui. La question posée ici n'a pas trait à l'existence de la valeur mais à l'individualisation de son support et, donc, à l'*individualisation* de la valeur elle-même ¹⁴²². MM. CABRILLAC et MOULY considèrent qu'il s'agit d'un droit réel de garantie dont la naissance est éventuelle et subordonnée à la réalisation de la sûreté par le créancier. Il s'agirait d'un droit réel sous condition suspensive, l'événement futur et

¹⁴¹⁹ J. MESTRE, *loc. cit.*, n° 13 et s., p. 144 et s. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 672, p. 548. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 509, p. 190. -- D. FASQUELLE, *loc. cit.*, n° 19-20, p. 10-11. -- H. CROZE, Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels - Décret n° 96-103 du 2 février 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1996, n° 13, Actualités, 27/03/96, n° 8. -- V. égal. P. SALVAGE-GEREST, Le gage des brevets d'invention, *J.C.P. Ed. G.* 1978, II, 12781, n° 12.

¹⁴²⁰ V. sur ce point : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 727, p. 589. -- A. JAUFFRET, *loc. cit.*, p. 423 et s.

¹⁴²¹ P. VEAUX-FOURNERIE, Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial, in *Le gage commercial - Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1953, n° 5, p. 130 ; spéc. n° 7, p. 133 ; n° 23, p. 147 ; n° 31, p. 155. -- V. égal. Agen, 27 février 1985 et M. VASSEUR (Obs. sur l'arrêt, *D.* 1987, Som., 293) ainsi que A.-M. SOHM-BOURGEOIS (Obs. sur le même arrêt, *J.C.P. Ed. G.* 1986, II, 20604). -- Adde A. LAUDE, La fongibilité, *Rev. trim. com.* 1995, p. 307.

¹⁴²² MM. CABRILLAC et MOULY jugent cette proposition purement descriptive (*Droit des sûretés*, 1997, n° 727, p. 589).

incertain étant la spécification des marchandises préalable à leur vente ¹⁴²³. Lorsque la contrevaleur apparaît, le créancier n'a plus un simple droit réel reposant sur la valeur de change du bien : il applique son droit de propriété à la contrevaleur du bien. Mais il est vrai que l'individualisation des marchandises qui *précède immédiatement* leur vente forcée donne un objet et un support déterminé au droit réel de disposer.

504. - S'agissant du quasi-usufruit, la question de la fongibilité ne se pose pas en ces termes. Car le quasi-usufruit dépossède le nu-proprétaire. D'une part, cette dépossession sépare les biens grevés des autres biens du même genre détenus par le nu-proprétaire. D'autre part, le quasi-usufruitier a le droit d'en disposer immédiatement. En effet, son entrée en jouissance suppose qu'il ait déjà dressé inventaire et fourni au nu-proprétaire une caution de jouir en bon père de famille. Enfin, si le quasi-usufruitier ne dispose pas immédiatement de ces biens ni des biens du même genre qu'il détient, le nu-proprétaire ne perd pas son droit de propriété ¹⁴²⁴. S'il aliène partiellement des biens du genre de ceux reçus du nu-proprétaire, alors qu'il ne les avait pas individualisés, la preuve ne pouvant être faite de ce qu'il n'a pas aliéné les biens reçus d'autrui, on suppose qu'il dispose des biens reçus du nu-proprétaire ¹⁴²⁵.

L'objet de l'acte constitutif du droit réel de disposer, ce n'est pas seulement la chose dont la valeur va être affectée au disposant, c'est aussi l'acte de disposition que le nu-proprétaire a autorisé le disposant à accomplir sur son bien en lui concédant son *abusus*.

B. - L'acte de disposition

505. - Entendus *lato sensu* ¹⁴²⁶, les actes de disposition désignent les actes juridiques, les actes qui ne sont pas purement matériels puisqu'ils développent des effets pris en considération par le droit. Autrement dit, ces actes de disposition ne correspondent pas seulement à une aliénation ; ils peuvent également consister en des actes de destruction matérielle ou en des actes d'impignoration du bien d'autrui. En l'occurrence, le disposant du bien d'autrui pour son propre compte, le propriétaire du droit réel de disposer, peut aliéner le bien d'autrui mais il peut également le détruire, voire le grever de droits réels.

506. - De toute évidence, le disposant du bien d'autrui pour son propre compte peut accomplir des actes d'aliénation sur le bien d'autrui. Il en va ainsi du quasi-

¹⁴²³. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 727, p. 589 ; n° 504, p. 419. -- M. CABRILLAC, note sous Nîmes, 13 nov. 1968, *D.* 1969, J., 209. -- La naissance du droit réel aurait un effet rétroactif : son opposabilité remonterait à la date de la transcription du warrant (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 727, p. 589).

¹⁴²⁴. V. *supra* : n° 49 et s.

¹⁴²⁵. V. *supra* : n° 59.

¹⁴²⁶. Sur la polysémie du terme « disposition » : v. *supra* n° 112-1.

usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, d'un troupeau, d'un stock de marchandises, sous cette réserve que, lorsque le quasi-usufruit porte sur une universalité, le disposant n'est pas admis à céder l'universalité en tant qu'entité ¹⁴²⁷. De même, le quasi-usufruitier d'une somme d'argent les aliène lorsqu'il en use etc. De même encore, le créancier nanti qui n'est pas désintéressé par son débiteur réalise sa sûreté en faisant vendre le bien.

L'hypothèse du disposant du bien d'autrui qui détruit la chose d'autrui pour son propre compte n'est pas non plus exclue. Le quasi-usufruit ou la servitude constitué sur la carrière permet au quasi-usufruitier ou au propriétaire du fonds dominant d'épuiser pour son propre compte la substance de la carrière d'autrui en profitant de ses produits. Le quasi-usufruitier d'une créance entame également sa substance et l'éteint lorsqu'il l'encaisse.

Mais le disposant peut-il être simplement admis à grever le bien d'autrui d'un droit réel, par exemple d'une servitude, d'un gage ou d'une hypothèque ?

507. - L'absence de *numerus clausus* des droits réels laisse une large place au droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte. On peut donc concevoir que le propriétaire d'un bien confère à un tiers le droit (réel) de grever son bien d'une servitude ou bien encore d'un gage ou d'une hypothèque en garantie de l'une des dettes de ce tiers.

L'emphytéose confère ce droit à l'emphytéote. Ce dernier est notamment admis à grever le fonds d'autrui de servitude, pour un temps qui ne peut excéder la durée du bail emphytéotique et à condition d'en avertir le propriétaire ¹⁴²⁸.

Quant à l'impignoration du bien d'autrui pour son propre compte, l'hypothèse évoquée ressemble à celle du cautionnement réel par lequel une personne confère, comme caution, une priorité de paiement sur certains de ses biens ¹⁴²⁹. En l'occurrence, le disposant grèverait, à son tour, le bien d'autrui d'un droit réel de disposer ¹⁴³⁰. Certes, le caractère réel, au sens d'ancrage dans la chose, du cautionnement réel est contesté ¹⁴³¹ ; cependant le rapprochement s'impose. Le nu-propriétaire d'un bien grevé d'une sûreté par le disposant supporte une contrainte sans qu'il existe de dette personnelle à son encontre ¹⁴³², tandis que le créancier nanti ne jouit pas d'une double créance mais n'a toujours qu'un seul et même débiteur principal ¹⁴³³. Or ce schéma serait bien celui de l'hypothèse envisagée. Il faudrait simplement que le disposant confère à son créancier cette sûreté sur le bien d'autrui, pour une durée égale ou inférieure à celle du droit réel de disposer qui lui est

¹⁴²⁷ V. *supra* : n° 76.

¹⁴²⁸ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 861, p. 701.

¹⁴²⁹ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 340, p. 271.

¹⁴³⁰ GULPHE, conclusions sur Civ. 1ère, 6 mars 1979, *J.C.P. Ed. N.* 1980, II, 76 et s.

¹⁴³¹ F. GRUA, Le cautionnement réel, *J.C.P. Ed. G.* 1984, I, 3167, n° 24, n° 25, n° 27. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 340, p. 271.

¹⁴³² Sur ce point dans le cautionnement réel : F. GRUA, Le cautionnement réel, *J.C.P. Ed. G.* 1984, I, 3167, n° 27.

¹⁴³³ Sur ce point dans le cautionnement réel : F. GRUA, *loc. cit.*, n° 28.

concéder. Ce nouveau droit réel de disposer devrait s'éteindre à l'extinction du droit réel de disposer concédé au constituant.

SECTION II.

L'extinction du droit réel de disposer

508. - L'extinction d'un droit réel produit ce que la doctrine classique dénomme la « reconstitution de la pleine propriété ». En d'autres termes, l'extinction du droit réel est un affranchissement de la propriété (objective) d'autrui. Elle dégage le bien d'un accessoire qui le grevait et le rend libre de cette charge. Corrélativement, le titulaire du droit réel, mis en possession du bien d'autrui, est tenu de le restituer à son propriétaire. En principe, l'extinction du droit réel rend exigible l'obligation de restitution du bien.

En présence d'un droit réel de disposer, ces deux phases de l'extinction du droit réel ont une coloration particulière. Le droit réel de disposer a un contenu qui lui est propre : il est formé de l'*abusus* du bien d'autrui qui autorise le disposant à consommer ce bien pour son propre compte. Il s'ensuit que l'exercice du droit a une incidence sur les causes d'extinction du droit et sur les suites de cette extinction. S'agissant de l'extinction du droit, elle ne tient pas seulement aux causes générales d'extinction des droits patrimoniaux, elle dépend également de l'exercice du droit (*I*). Quant aux suites de cette extinction, selon que le disposant a disposé ou n'a pas disposé du bien, il sera tenu de restituer le bien en valeur, en équivalent ou à l'identique (*II*).

§ 1. - Les causes d'extinction du droit réel de disposer

509. - De la même manière qu'une irrégularité de formation d'un contrat est une cause de sa nullité, l'absence d'une condition d'existence du droit est une cause de sa disparition. Ainsi, les causes susceptibles de provoquer l'extinction d'un droit réel sont multiples. Le droit réel de disposer étant un rapport juridique entre deux éléments, ces causes d'extinction peuvent toucher à l'objet de l'affectation, à l'élément destinataire etc. En somme, l'appartenance du droit réel de disposer à la catégorie juridique des droits patrimoniaux le soumet aux causes d'extinction générales de ces droits (*A*). Et si le principe souffre un tempérament, c'est en raison

de la singularité de son contenu. L'exercice du droit réel de disposer se traduit par la consommation matérielle ou juridique du bien grevé parce que l'*abusus* de ce bien le compose. Son contenu et son exercice font du droit réel de disposer un droit instantané (B).

A. - Les causes d'extinction communes aux droits patrimoniaux

510. - Le droit réel de disposer, création de l'homme, est un lien de droit qui unit un bien à une personne et qui autorise la seconde à faire usage d'une utilité (l'*abusus*) du premier. Il s'ensuit que le défaut d'un de ces éléments est une cause d'extinction du droit réel de disposer, qu'il s'agisse de la disparition du support du droit patrimonial (1°), de la modification de l'élément destinataire du droit (2°) ou de la manière de faire usage du droit (3°).

1°. - La disparition du support du droit

511. - Il en va du droit réel de disposer comme des autres droits réels : ce droit expire à la disparition de ses supports.

En premier lieu, il prend fin à la disparition de l'acte qui le crée. Ainsi, l'anéantissement, par nullité, résolution, révocation etc., du contrat porteur du droit réel de disposer (le contrat d'hypothèque par exemple) emporte avec lui le droit réel de disposer. Le terme de l'acte constitutif du quasi-usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, par exemple, éteint aussi le quasi-usufruit (v. art. 617 al. 2 C.Civ.). En second lieu, le droit réel de disposer expire avec le bien grevé. De même que le droit personnel né d'un contrat conclu *intuitu personae* s'éteint au décès du débiteur, le droit réel de disposer disparaît avec le bien sur lequel il se greffe. Ainsi, l'hypothèque constituée sur un droit d'usufruit est temporaire comme le droit d'usufruit : elle prend notamment fin lorsque le terme de l'usufruit survient ou lorsque l'usufruitier décède¹⁴³⁴. La perte totale de l'immeuble grevé entraîne également la disparition du quasi-usufruit (v. art. 617 al. 5 C.Civ.) ou de la sûreté.

512. - Parce que le titulaire d'un quasi-usufruit ou d'un gage est mis en possession du bien grevé, il est en principe débiteur de sa restitution ou de la restitution de son équivalent ou de sa valeur¹⁴³⁵. La solution est indiscutée en matière de gage : la chose périt pour le compte du débiteur puisqu'il a conservé la propriété du bien gagé. En revanche, s'il est démontré que le quasi-usufruitier n'acquiert pas la propriété du bien d'autrui, même si le bien disparu est une chose de genre, il faut abandonner

¹⁴³⁴. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 868, p. 695.

¹⁴³⁵. V. *infra* : n° 521 et s.

l'idée selon laquelle les risques pèsent sur lui ¹⁴³⁶. En effet, lorsque la perte a eu lieu, fortuitement, entre les mains du quasi-usufruitier, la chose péricule alors qu'elle est encore la propriété du nu-propriétaire. Elle disparaît tandis que, par hypothèse, le quasi-usufruitier n'a pas encore exercé son droit et n'est donc pas débiteur du bien en équivalent ou en valeur. Les risques pèsent ainsi sur la tête du nu-propriétaire. Certes, l'article 616 alinéa 2 du Code civil prévoit qu'en cas de perte partielle du troupeau grevé d'un usufruit, l'usufruitier a l'obligation de restituer en équivalent les têtes des animaux qui ont péri, dans la limite du croît du troupeau ¹⁴³⁷. Mais la règle est justifiée par le fait que le bien grevé est une universalité où les biens ont vocation à se substituer les uns aux autres et sont affectés à une même destination. En revanche, si après l'exercice du droit réel de disposer un événement de force majeure atteint l'équivalent ou la valeur du bien que le disposant doit restituer, alors qu'il n'est pas prouvé que le nouveau bien est subrogé au bien grevé et aliéné ¹⁴³⁸, la règle *genera non pereunt* s'applique : la perte est pour le disposant.

Dépendante de l'existence du bien, l'existence du droit réel de disposer est également subordonnée à la survivance de l'élément destinataire de la valeur du bien.

2°. - La modification de l'élément destinataire du droit

513. - Le droit réel de disposer ayant pour structure l'affectation de la valeur du bien à une personne (le quasi-usufruitier ou le dépositaire irrégulier) ou à un bien (la créance garantie ou le fonds dominant) il disparaît lorsque l'un de ces deux éléments fait défaut. Ainsi, le décès du quasi-usufruitier met fin au droit de quasi-usufruit (v. art. 617 al. 1^{er} C.Civ.). Et l'extinction de la créance garantie pour une raison quelconque (paiement, remise de dette, novation...) éteint le gage ou l'hypothèque ¹⁴³⁹. Il en ira de même si le quasi-usufruitier ou le créancier gagiste ou hypothécaire acquiert le bien grevé. La réunion des deux qualités de titulaire du droit réel de disposer et de propriétaire du bien grevé éteint le droit réel de disposer (v. art. 617 al. 3 C.Civ. sur l'usufruit) ¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁶. Parce que les risques restent à la charge de celui à qui la propriété a été transférée, si l'on qualifie le quasi-usufruitier de propriétaire, il supporte la perte du bien. -- En ce sens : P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 83. -- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, par P. Jourdain, 1995, n° 85, p. 141.

¹⁴³⁷. V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 736, p. 601-602.

¹⁴³⁸. Sur les rapports entre l'universalité et la réalisation de la subrogation réelle : v. not. *supra* n° 547-2.

¹⁴³⁹. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 523, p. 434-435 ; n° 682, p. 554 ; n° 863-864, p. 692-693.

¹⁴⁴⁰. Toutefois, l'hypothèse ne se produit pas, en matière d'hypothèque, lorsqu'il y a d'autres créanciers inscrits. Car, dans cette hypothèse, l'acquéreur du bien immobilier peut avoir intérêt à se prévaloir de sa sûreté (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 867, p. 694-695).

3°. - La manière de faire usage du droit

514. - Puisque le droit réel de disposer est formé d'une utilité du bien d'autrui (son *abusus*), la manière de l'exercer peut provoquer sa disparition. L'hypothèse se produit si le titulaire du droit n'utilise pas ou utilise mal de son droit.

515. - L'usage abusif de son droit de disposer par le quasi-usufruitier peut entraîner la déchéance de son droit ¹⁴⁴¹. Utilisateur du bien d'autrui, il est tenu d'agir dans le respect des droits et intérêts du nu-propriétaire. Il a donc souvent l'obligation de disposer des biens grevés afin d'éviter la perte de leur valeur. Il doit tout particulièrement respecter la destination des biens qui lui sont confiés et agir de la même manière que le ferait le nu-propriétaire lui-même. Son obligation de jouir en bon père de famille le lui impose ¹⁴⁴². L'usage abusif de son droit par le quasi-usufruitier peut donc résulter de l'usage du bien comme de son non-usage.

516. - Le non usage prolongé du droit réel de disposer conduit à sa prescription. Tout droit réel est, en effet, patrimonial, temporaire et prescriptible ¹⁴⁴³. Aussi, le quasi-usufruit (v. art. 617 al. 4 C.Civ.) et l'hypothèque ¹⁴⁴⁴ s'éteindront pas le non-usage. Et si le gage échappe à cette prescription, c'est qu'en raison de la mise en possession du créancier gagiste, celui-ci exerce son droit de gage en possédant le bien ¹⁴⁴⁵.

Enfin, le fait d'utiliser le droit réel de disposer, même en bon père de famille, l'éteindra la plupart du temps ; le droit réel de disposer est souvent un droit instantané.

B. - La cause d'extinction propre au droit réel de disposer : l'exercice du droit réel de disposer

517. - L'exercice du droit réel de disposer peut entraîner sa disparition. D'une part, en disposant du bien d'autrui, le titulaire du droit fait disparaître le support de son droit ; d'autre part, l'acte d'aliénation est un acte juridique instantané qui ne s'exerce qu'une fois.

518. - Ainsi, la réalisation de la sûreté éteint le droit de gage ou d'hypothèque. La défaillance du débiteur contraint le créancier à procéder à la vente forcée du bien engagé. Or, cette vente fait apparaître la contrevaletur du bien grevé sur laquelle peut se reporter le droit de propriété du créancier nanti. Pour la même raison, l'extinction

¹⁴⁴¹. V. *supra* : n° 116 et s.

¹⁴⁴². V. *supra* : n° 104 et s.

¹⁴⁴³. V. *supra* : n° 379 et s.

¹⁴⁴⁴. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 866, p. 694.

¹⁴⁴⁵. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 523, p. 434-435 ; n° 682, p. 554 ; n° 863-864, p. 692-693.

du droit réel de garantie expirera à la disparition fortuite du bien gagé ou à son expropriation. Dans cette hypothèse, le droit réel de disposer se reporterait sur la créance d'indemnité d'assurance ou d'expropriation¹⁴⁴⁶ et la subrogation réelle aboutirait à la réalisation du droit¹⁴⁴⁷. Mais on peut se demander s'il y a véritablement subrogation réelle : lorsque la contrevaletur du bien apparaît, le droit qui porte sur cette contrevaletur au profit du créancier n'est pas le droit réel de garantie mais un véritable droit de propriété. La sûreté est réalisée¹⁴⁴⁸.

519. - L'exercice du droit réel de disposer éteint moins systématiquement le quasi-usufruit. En effet, lorsque le quasi-usufruit s'applique à une universalité, le droit du quasi-usufruitier se reporte sur les nouveaux éléments qui constituent l'universalité, par le jeu de la subrogation réelle. Le quasi-usufruitier est tenu d'en renouveler la substance afin d'en restituer l'équivalent à l'expiration du quasi-usufruit. Jusqu'au terme de l'usufruit, son droit se reporte sur les biens nouvellement acquis. Mais lorsque le bien grevé de quasi-usufruit est une somme d'argent, le droit réel de disposer est instantané. Il disparaît lorsqu'on l'exerce et rend exigible la créance de restitution du nu-propiétaire.

§ 2. - Les suites de l'extinction du droit réel de disposer

520. - L'extinction du droit réel de disposer ne fait pas cesser toute relation entre le disposant et le propriétaire du bien grevé. En principe, elle autorise ce dernier à exiger du disposant la restitution du bien grevé, à l'identique, en équivalent ou en valeur. Seules certaines causes d'extinction du droit ne produisent pas cet effet. La disparition par cas fortuit du bien survient aux risques du propriétaire et lui interdit d'en réclamer l'équivalent ou la valeur. La réalisation du gage s'oppose à toute action en restitution du débiteur défaillant, sauf pour la contrevaletur du bien gagé excédant le montant de la créance garantie. Quant à la confusion des qualités de propriétaire du bien et de disposant, elle supprime l'intérêt et le bien-fondé d'une restitution puisqu'on ne se restitue pas un bien à soi-même. On peut ajouter que le propriétaire du bien grevé, animé d'une intention libérale à l'égard du disposant, peut le dispenser de toute restitution. Mais dans toutes les autres hypothèses (et notamment en cas

¹⁴⁴⁶. V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Préf. P. Malaurie, Bibl. dr. priv., t. 187, L.G.D.J. 1985, p. 133. -- Rapp. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 507, p. 189. -- C. ATIAS, *La valeur engagée*, loc. cit., par. 27, p. 79. -- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Préf. M. Gobert, Bibl. dr. priv., t. 248, L.G.D.J. 1995, n° 231, p. 184. -- Selon M. LAURIOL, le créancier nanti a un droit réel sur le bien et, au moment de la mise en vente du bien, ce droit réel se transporte sur le bien et assure dans la distribution de celui-ci un droit de préférence (*La subrogation réelle*, Alger, 1952, t. II, n° 446, p. 57 et s.).

¹⁴⁴⁷. V. RANOUIL, *ibid.*

¹⁴⁴⁸. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 522, p. 434 ; n° 754-755, p. 611-612 ; n° 839, p. 671 ; n° 868, p. 695 ; n° 944, p. 695 ; spéc. n° 755, p. 612.

d'extinction de la créance garantie ou d'arrivée du terme du quasi-usufruit) l'extinction du droit réel de disposer rend exigible l'obligation de restitution ¹⁴⁴⁹.

Le principe de cette restitution acquis, il faut en préciser le régime. A cet égard, deux points doivent être examinés.

En premier lieu, la consommation du bien par le quasi-usufruitier interdit de le restituer à l'identique. L'usage du bien par le quasi-usufruitier et le temps écoulé entre la constitution et l'extinction du droit commandent de préciser la consistance et le *quantum* de la restitution, autrement dit son contenu. Quant à l'objet du gage, s'il est interdit au créancier d'en faire usage, il a pu subir des dégradations ou s'altérer naturellement et le gagiste a pu engager des dépenses ou transformer le bien pour le maintenir en état, de sorte qu'un compte de restitution est là aussi nécessaire.

En second lieu, la consommation du bien par le disposant et spécialement par le quasi-usufruitier dépouille le propriétaire et lui fait perdre cette qualité. Dans ces conditions, le nu-propriétaire peut-il toujours agir en revendication ou devient-il simple titulaire d'une action personnelle en restitution ? La discussion n'est pas vaine : on sait que l'action en revendication permet au demandeur de devancer les créanciers du défendeur et qu'elle le place dans une position enviable lorsque le débiteur de la restitution est en état de redressement et liquidation judiciaires ¹⁴⁵⁰. S'agissant de la réalisation de la sûreté par le créancier nanti, elle n'est suivie d'aucune obligation de restitution puisque précisément la vente du bien grevé sert à désintéresser le créancier.

Ainsi, à l'examen de la restitution exigible (A) devra succéder l'analyse de l'action en restitution (B).

A. - La restitution exigible

521. - Une restitution peut se faire selon trois modes : à l'identique, en équivalent ou en valeur. Les deux premiers modes de restitution sont des restitutions en nature puisque la restitution en équivalent fournit au créancier des choses de mêmes espèce et qualité que celles initialement remises par lui au débiteur. En revanche, la restitution en valeur ne peut pas être parfaitement équivalente à la restitution en nature et, en ce sens, elle n'est ni une restitution en équivalent ni une restitution en nature ¹⁴⁵¹. Cette diversité des manières de restituer un bien ne veut pas dire que le débiteur est libre de choisir le mode dans lequel il accomplira son obligation de

¹⁴⁴⁹ V. M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, La responsabilité des personnes obligées à restitution, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 757 et s.

¹⁴⁵⁰ V. F. PEROCHON, La revendication du créancier, *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, « Le sort des contrats en cours dans le redressement », Nov. 1992, p. 91 et s.

¹⁴⁵¹ En ce sens : M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Préf. G. Cornu, Paris, Editions Cujas, 1991, p. 83 ; p. 87.

restitution. Ce mode est dicté par deux facteurs qui sont la nature du bien, d'une part, et le fait générateur de la restitution, d'autre part ¹⁴⁵².

Ainsi, les corps certains peuvent faire l'objet d'une restitution à l'identique (*in specie*) ; les choses de genre se prêtent plutôt à une restitution en équivalent (*in genere*) ; et les uns et les autres sont susceptibles d'une restitution en valeur ¹⁴⁵³. En l'occurrence, le gage et le quasi-usufruit peuvent porter sur des corps certains ou des choses de genre de sorte qu'*a priori* toutes les hypothèses sont ouvertes. Mais le fait générateur de la restitution vient modifier ces données et séparer la restitution du bien grevé d'un quasi-usufruit et la restitution de l'objet gagé.

En effet, dans le droit commun du gage, le droit réel de garantie est constitué sur un corps certain et il est interdit au créancier gagiste de faire usage du bien. Dans ces conditions, la restitution du bien au débiteur qui s'est exécuté peut en principe se faire à l'identique (1°). Au contraire, lorsque le quasi-usufruitier a exercé son droit, la restitution consécutive à l'extinction du quasi-usufruit exclut une restitution à l'identique et laisse place à une restitution en équivalent ou en valeur (2°).

1°. - La restitution exigible en matière de gage

522. - En principe, le bien apporté en garantie d'une créance doit être restitué en nature par le gagiste, qu'il s'agisse d'un corps certain ou de choses de genre (a). Seules des circonstances inhabituelles peuvent justifier une restitution en valeur et donc une restitution anormale (b).

a) Le principe de la restitution en nature

523. - L'interdiction légale faite au gagiste d'user du bien engagé et son obligation d'en assurer la conservation (art. 2079 et 2078 C.Civ.) ¹⁴⁵⁴ doivent contribuer au maintien en l'état du bien nanti. Si le gagiste les respecte, il peut et doit restituer l'objet du gage à l'identique. C'est généralement le cas lorsque le bien meuble gagé est un corps certain.

524. - Mais, la nature du bien engagé peut faire obstacle à une restitution à l'identique. De même que l'immeuble hypothéqué peut avoir subi une moins-value ¹⁴⁵⁵, certains biens meubles sont périssables ou rapidement obsolètes et il n'est pas possible pour un créancier de les conserver en l'état jusqu'à l'extinction du gage

¹⁴⁵² M. MALAURIE, thèse préc., p. 56.

¹⁴⁵³ V. M. MALAURIE, thèse préc., p. 81 et s.

¹⁴⁵⁴ V. *supra* : n° 78 et s.

¹⁴⁵⁵ Les biens hypothéqués peuvent perdre de leur valeur par suite de l'« atonie » ou de la « déprime » des marchés immobiliers (M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 7, p. 8).

sans accomplir sur eux un acte juridique. L'obligation de conservation du gage qui pèse sur le gagiste lui impose alors de disposer du bien. Plus précisément, deux hypothèses peuvent se présenter.

D'abord, la conservation du bien gagé peut exiger sa transformation. Par exemple le riz « paddy » apporté en gage doit être décortiqué pour que sa valeur soit maintenue ¹⁴⁵⁶. Sa restitution se fait alors à l'identique. Le gagiste restitue ainsi au débiteur *la chose même qu'il a reçue de lui*, quelque peu modifiée dans son individualité organique. La chose gagée a changé d'aspect. Ensuite, le caractère périssable des biens gagés peut enjoindre au gagiste de les remplacer au fur et à mesure de leur dépérissement. La restitution ne se fait plus à l'identique mais en équivalent ¹⁴⁵⁷. Et si cette obligation de conservation a contraint le créancier gagiste à engager des dépenses, il peut prétendre à leur remboursement par le débiteur (v. art. 2080 al. 2 C.Civ.).

Il se peut même que le gagiste soit amené à restituer les biens gagés en valeur.

b) La restitution anormale (ou en valeur)

525. - En matière de gage, la restitution en valeur a le statut de restitution anormale : ce mode de restitution n'est pas imposé par les pouvoirs du gagiste sur le bien ou la nature du bien, mais par le comportement anormal du créancier. En effet, c'est lorsque le bien disparaît par la négligence du créancier et qu'il n'a pas été remplacé par d'autres choses du même genre, que le gagiste doit restituer la valeur du bien. Et cette valeur doit être estimée au jour de la restitution ¹⁴⁵⁸ : le débiteur, qui n'aurait pas dû perdre la propriété de la chose gagée (v. art. 2079 C.Civ.), doit bénéficier de la plus-value acquise depuis la constitution du gage, une fois le créancier désintéressé. En outre, dans cette hypothèse, le gagiste engage sa responsabilité contractuelle (v. art. 2080 al. 1^{er} C.Civ.).

A l'inverse, en matière de quasi-usufruit, la restitution en valeur peut être une restitution normale. De manière plus générale, l'obligation de restitution du quasi-usufruitier est plus complexe que celle dont est débiteur le gagiste.

2°. - La restitution exigible en matière de quasi-usufruit

526. - La restitution du bien grevé d'un quasi-usufruit s'oppose en tous points à la restitution du bien gagé. Le quasi-usufruit qui peut porter sur des corps certains ou sur des choses de genre, comme le gage, interdit une restitution à l'identique, contrairement au gage. La contradiction s'explique par le fait que la réalisation du gage est conditionnée par la défaillance du débiteur propriétaire ¹⁴⁵⁹ alors que

¹⁴⁵⁶. V. *supra* : n° 78 et s.

¹⁴⁵⁷. V. *supra* : n° 78 et s.

¹⁴⁵⁸. Com., 3 déc. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, I, 244.

¹⁴⁵⁹. V. *supra* : n° 96 et s.

l'exercice du quasi-usufruit ne dépend que de l'établissement d'un inventaire et de la fourniture d'une caution par le quasi-usufruitier. Le quasi-usufruit est fait pour être exercé ; le gage n'est exercé qu'à titre accessoire et subsidiaire.

« Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer [...] l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ». L'article 587 du Code civil rappelle ainsi que la mise en œuvre du droit de quasi-usufruit interdit une restitution à l'identique et impose une restitution en équivalent (a). Mais il laisse place à une restitution en valeur (b), voire à une restitution en équivalent *et* en valeur lorsque le bien grevé consommé était une somme d'argent (c).

a) La restitution en équivalent

527. - Dès lors que le quasi-usufruitier fait usage du bien consommable, il le consomme matériellement ou juridiquement et il se place dans l'impossibilité de le restituer *in specie*. Toute restitution en nature n'est pas pour autant exclue. Si le bien consommable est une chose de genre, sa restitution peut se faire en équivalent. Le quasi-usufruit d'un stock de marchandises, par exemple, peut être restitué en choses du même genre : les choses de genre étant fongibles, elles sont notamment substituables les unes les autres dans une livraison ou une restitution ¹⁴⁶⁰.

Même lorsqu'il est constitué sur une universalité, le quasi-usufruit répond à la règle d'une restitution en équivalent ¹⁴⁶¹. Certes, on ne manquera pas d'avancer l'idée qu'une universalité peut être conservée en tant qu'entité, même lorsque son usage passe par l'aliénation des éléments qui la composent. Elle est consommable mais susceptible de reconstitution ¹⁴⁶². Et d'ajouter que son maintien à l'identique est d'autant plus plausible que le quasi-usufruitier n'a pas le droit de la céder comme ensemble et ne peut en consommer que quelques composants à la fois. En dépit de son autonomie juridique, l'universalité nous semble restituable par équivalent et non à l'identique. Entités *juridiques* autonome par rapport à leurs composants, le portefeuille de titres, le fonds de commerce et le cheptel n'en sont pas moins *matériellement* modifiés lorsqu'on en use. Ce n'est pas *exactement* la même universalité qui est rendue au propriétaire grevé au terme du contrat, mais une universalité semblable et reconstituée. On restitue l'universalité en restituant ses éléments renouvelés. Et puisque les éléments qui font la consommabilité de l'universalité sont des choses de genre, l'universalité est restituable par équivalent.

Reste à décrire et à quantifier cet équivalent.

¹⁴⁶⁰ V. *supra* : n° 39.

¹⁴⁶¹ Civ., 26 février 1894, S. 1894, I, 102 et note A. WAHL sous l'arrêt.

¹⁴⁶² V. *supra* : n° 25 et s.

528. - La loi définit la restitution en équivalent comme la restitution de « choses de même quantité et qualité » (art. 587 C.Civ.).

528-1. - Du point de vue de la qualité des biens à restituer, on peut penser qu'à l'issue du quasi-usufruit, le nu-propiétaire doit en quelque sorte retrouver les choses mêmes qu'il a livrées au quasi-usufruitier. Dans cette conception, ce dernier devrait restituer des choses strictement identiques à celles qu'il a reçues et dont il a usées, c'est-à-dire des choses du même genre exactement.

En fait, une telle identité de structure entre les biens grevés et les biens à restituer ne serait pas toujours possible ni même toujours souhaitable.

Un certain temps s'étant écoulé entre le moment de la constitution du quasi-usufruit et la date de son extinction, à la date de la restitution, les biens du même genre que les biens grevés peuvent être obsolètes voire même avoir disparu du marché ¹⁴⁶³. Or le degré d'obsolescence d'un bien participe de son utilité. C'est pourquoi la ressemblance entre les biens à restituer et les biens grevés doit être interprétée de manière extensive. Elle est perçue, par le législateur, comme une équivalence de résultats. C'est ce qu'il faut entendre par des biens de « même qualité ». A l'extinction du droit réel de disposer, le quasi-usufruitier doit s'assurer que les choses restituées fourniront les *mêmes services* que les biens grevés au jour de la constitution ¹⁴⁶⁴. A cet égard, il faut souligner que l'équivalence devra être appréciée avec d'autant plus de souplesse que la durée du quasi-usufruit sera longue.

Concrètement le quasi-usufruitier d'un stock de marchandises isolé ou rattaché à un fonds de commerce, restituera des marchandises qui auront au moins la même utilité. Il devra restituer des nouvelles marchandises qui rendent le mieux les services fournis par les marchandises vendues, plutôt que de chercher à tout prix à rendre des choses identiques à celles consommées par lui. Il en ira de même pour l'usufruit d'un portefeuille de titres. Choses de genre, les valeurs mobilières qui composent le portefeuille seront restituables en équivalent ¹⁴⁶⁵. La restitution en équivalent du cheptel, est, quant à elle, facilitée dans la mesure où le quasi-usufruitier peut rendre des bêtes issues du troupeau lui-même, de son croît ¹⁴⁶⁶.

Souple du point de vue de la qualité des biens à restituer, l'exigence de l'équivalence est plus stricte du point de vue de la quantité des biens à restituer.

528-2. - Le quasi-usufruitier est tenu de rendre des choses en « même quantité » que celles qui lui avaient été remises par le nu-propiétaire. L'article 587 du Code civil décide ainsi que la quantité de choses restituées au nu-propiétaire doit être

¹⁴⁶³ V. R. SAVATIER, Comment doivent être restituées les marchandises d'un fonds de commerce dont la jouissance a été momentanément séparée de la propriété ?, *Defr.* 1964, art. 28602, p. 821.

¹⁴⁶⁴ V. *supra* : n° 43 et s.

¹⁴⁶⁵ V. D. FIORINA, L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, *Rev. trim. civ.* 1995, n° 39, p. 62-63.

¹⁴⁶⁶ V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 736, p. 602.

identique à la quantité des biens dont le quasi-usufruitier a disposés. Cette règle peut sembler aller à l'encontre de l'exigence d'une équivalence des résultats. On peut, en effet, se demander si, au jour de l'extinction de l'usufruit, le nu-propriétaire obtiendra des biens restitués en quantité inchangée, les mêmes services que ceux qu'il pouvait attendre des biens grevés avant la constitution du quasi-usufruit.

En réalité, cette seconde règle de restitution ne heurte pas l'exigence d'une équivalence des résultats et elle est imposée par le contrat générateur de la restitution.

En effet, l'acte de quasi-usufruit a pour objet de permettre au quasi-usufruitier de faire fructifier le bien d'autrui *pour son propre compte*. Les fruits perçus et les biens acquis qui excèdent le nombre des biens initialement grevés demeurent la propriété du quasi-usufruitier. Corrélativement, c'est lui qui pâtira des pertes non fortuites et des frais engagés pour cette exploitation. Il ne servirait à rien pour le quasi-usufruitier de se voir concéder un droit réel sur le bien d'autrui s'il devait rendre, en équivalent ou en valeur, toute l'utilité qu'il en a précisément *retirée* et qui résulte de son action et de sa gestion.

Ainsi, le quasi-usufruitier débiteur de l'équivalent doit restituer des biens de même qualité et en même quantité que ceux qui lui ont été remis par le nu-propriétaire à la constitution du droit. Et si le quasi-usufruitier ne parvient pas à reconstituer l'équivalent ou si les parties ne souhaitent pas reconstituer en équivalent le stock de marchandises ou le portefeuille de valeurs mobilières, elles peuvent toujours opter pour une restitution partielle ou totale en valeur.

b) La restitution en valeur

529. - L'article 587 du Code civil prévoit que le quasi-usufruitier peut rendre la « valeur [des biens grevés] estimée à la date de la restitution ». En fait, le quasi-usufruitier a recours à ce mode de restitution dans trois hypothèses.

La première est la restitution d'une somme d'argent. Elle sera analysée ultérieurement puisqu'elle présente la particularité d'être en même temps une restitution en équivalent ¹⁴⁶⁷.

La seconde hypothèse est la restitution en valeur qui vient en remplacement d'une restitution en nature est, en tout ou en partie, impossible ¹⁴⁶⁸ parce que le bien a été consommé et que sa restitution en équivalent est exclue. Il en va ainsi en matière d'usufruit des créances : l'*usus* d'une créance échue impose de l'encaisser et donc de l'éteindre lorsqu'on en use de sorte qu'il n'est plus possible de la restituer ni à l'identique ni en équivalent ¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁷ V. *infra* : n° 531 et s.

¹⁴⁶⁸ V. M. MALAURIE, thèse préc., p. 94 et s.

¹⁴⁶⁹ La restitution de la créance en équivalent supposerait de reconstituer une créance présentant la même structure et les mêmes utilités que la créance originaire.

La troisième hypothèse de restitution en valeur est le résultat d'une option : les auteurs s'accordent à considérer que la possibilité d'une restitution en valeur est ouverte au quasi-usufrUIT débiteur d'une restitution en équivalent. L'article 587 du Code civil lui permettrait de choisir entre les deux modes de restitution ¹⁴⁷⁰.

530. - L'article 587 du Code civil met également fin à une discussion relative à la date d'estimation de la valeur à restituer ¹⁴⁷¹. Il retient le jour de la restitution, et donc le système de la dette de valeur, pour évaluer l'obligation de restitution monétaire. Le quasi-usufrUIT qui restitue le bien en valeur doit rendre des espèces monétaires pour un montant égal à la valeur qu'aurait eut le bien à la date de la restitution. En d'autres termes, il doit tenir compte des plus-values ou moins-values qu'aurait subies le bien s'il était resté entre les mains du propriétaire pendant cette période, sans égard pour la dépréciation monétaire.

Conforme à l'idée que le poids de la dépréciation monétaire ne doit pas peser sur le nu-propriétaire surtout quand l'usufruit a été de longue durée, la règle peut sembler former doublet avec la restitution en équivalent. En matière de quasi-usufrUIT de choses de genre et dans la mesure où la restitution en équivalent tient compte de l'obsolescence du bien grevé, on peut se demander si la distinction entre les deux modes de restitution présente un intérêt pratique autre qu'une différence de consistance entre les deux types de biens restitués.

En fait, ces deux modes de restitution divergent en cas de dépréciation monétaire et/ou de perte d'utilité et de valeur du bien grevé, comme peuvent en subir, par exemple, les biens de haute technologie (ordinateurs...) ou certaines matières premières. En effet, dans ces hypothèses, une restitution en valeur aboutit à la restitution d'une faible somme puisque, d'une part, seule compte l'identité de valeur entre les espèces monétaires restituées et les biens grevés, et que, d'autre part, la valeur des biens consommés est estimée *à la date de la restitution*. Au contraire, dans ce même cas, une restitution en équivalent tient compte de la matérialité et des fonctions du bien et elle impose au quasi-usufrUIT de restituer des biens équivalents aux biens grevés appréciés *au jour de la constitution* du droit. Ici, le quasi-usufrUIT doit donc rendre des biens non obsolètes ¹⁴⁷² ; ce qui est favorable au nu-propriétaire.

La restitution en monnaie a ses faiblesses, ce que confirme l'examen de la restitution d'une somme d'argent grevé d'usufruit.

¹⁴⁷⁰. V. not. A. RIEG, *Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil*, V° Usufruit, n° 200 ; n° 489. -- F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, 1998, n° 733, p. 599 ; n° 782, p. 637. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, par P. Théry, 1998, n° 834, p. 268.

¹⁴⁷¹. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, n° 66 et s., p. 13 et s.

¹⁴⁷². V. *supra* : n° 528-1.

c) La restitution en équivalent et en valeur

531. - L'écoulement du temps n'a aucune prise sur la restitution des espèces monétaires grevées d'usufruit. L'usufruitier d'une somme d'argent doit restituer au nu-propiétaire la somme numérique grevée soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur, comme dans le prêt (art. 1895 C.Civ.) ou le dépôt (art. 1932 al. 2 C.Civ.). Il n'est pas tenu compte des fluctuations monétaires. Selon qu'il y a eu inflation ou déflation monétaire, le nu-propiétaire subira ou profitera du temps écoulé pendant le quasi-usufruit. Ce faisant, la restitution d'une somme d'argent grevée d'usufruit ne semble avoir ni la sagesse d'une restitution en équivalent où il est tenu compte de l'obsolescence du bien grevé, ni le réalisme d'une restitution en valeur où il est tenu compte de l'appréciation ou de la dépréciation monétaire du bien grevé. Pourtant, une telle restitution est à la fois une restitution en équivalent et une restitution en valeur.

532. - La restitution de la somme numérique énoncée à l'acte de quasi-usufruit est imposée au quasi-usufruitier de la somme d'argent par la nature du bien grevé, c'est-à-dire par l'unicité et par l'intangibilité de la monnaie.

Si le quasi-usufruitier d'une somme d'argent doit rendre des biens qui remplissent la même fonction que les biens grevés, comme le veut la restitution en équivalent, il est tenu de restituer des espèces monétaires. La multiplicité de forme des espèces monétaires n'empêche pas qu'elles sont d'un genre unique et qu'aucun autre bien n'est susceptible de rendre les mêmes services. Les espèces monétaires sont les seuls biens qui ont un pouvoir libératoire général¹⁴⁷³. L'équivalence des résultats est donc atteinte dès lors que le quasi-usufruitier restitue des espèces monétaires en même quantité que celles reçues.

Quant à la question des fluctuations monétaires et du changement de valeur du bien grevé pendant le quasi-usufruit, le principe du nominalisme monétaire la rend sans objet puisqu'il veut que le bien-monnaie ait la même valeur (libératoire) à quelque époque qu'on le considère¹⁴⁷⁴. Ainsi, en rendant la somme numérique énoncée à l'acte, le quasi-usufruitier restitue la valeur des espèces grevées estimée au jour de la restitution¹⁴⁷⁵.

De ce fait, la restitution d'une somme d'argent grevée d'usufruit marie les deux hypothèses de restitution possibles en matière de quasi-usufruit. En tant que chose d'un genre unique, la monnaie peut être restituée en équivalent, c'est-à-dire en franc (ou en euro). En tant que valeur intangible, elle peut être restituée en valeur, c'est-à-dire également en franc (ou en euro).

¹⁴⁷³. V. *supra* : n° 324 et s.

¹⁴⁷⁴. V. *supra* : n° 327.

¹⁴⁷⁵. V. P. SIRINELLI, *ibid.*, n° 68, p. 14. -- P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 91.

La rigueur de la règle peut frapper le nu-propiétaire en cas de dépréciation monétaire, c'est pourquoi il peut être souhaitable d'indexer la somme à restituer.

533. - L'introduction d'une clause d'indexation dans le contrat de quasi-usufruit permet de contourner le principe du nominalisme monétaire et les règles de restitution prévues à l'article 587 du Code civil ¹⁴⁷⁶. Les espèces monétaires renvoyant à une unité monétaire de référence immuable, il faut indexer ces espèces à un bien ou lot de biens pour tenir compte de l'inflation. Les parties ne modifient pas l'étalon monétaire et donc la *valeur ou l'utilité* (la qualité) des espèces monétaires : en fonction de l'évolution des prix, elles font évoluer la *quantité* d'espèces monétaires à restituer. Cette précaution prise, le nu-propiétaire peut encore se trouver dans une situation incertaine. Car en laissant un tiers disposer de son bien, il accepte de perdre l'objet de sa propriété. Ce qui semble lui interdire de revendiquer l'objet de la restitution entre les mains du disposant le moment venu.

B. - L'action en restitution

534. - Lorsque le droit réel de disposer s'éteint avant que son titulaire ait pu en user ¹⁴⁷⁷, le propriétaire peut revendiquer le bien grevé puisque la constitution et l'exercice du droit ne font pas acquérir sa propriété au disposant ¹⁴⁷⁸. En revanche, en cas de disparition fautive du bien, d'abus de jouissance du quasi-usufruitier, d'abus ou de détournement de gage et surtout dans l'hypothèse où le quasi-usufruitier fait usage du bien, on peut se demander si l'action en revendication est recevable. Ces événements semblent l'exclure dans la mesure où ils font obstacle à une restitution à l'identique.

En effet, l'action en revendication ne profite pas à qui veut. Sa primauté a un prix : elle est attachée à la supériorité du droit de propriété. Il s'ensuit que le nu-propiétaire devient simple titulaire d'une action personnelle en restitution lorsqu'il perd son statut (2°) excepté lorsque certaines conditions sont réunies qui lui permettent de retrouver sa qualité (1°).

1°. - L'action en revendication

535. - La propriété étant la projection d'un sujet sur un objet déterminé, à la disparition du bien d'entre les mains du disposant le nu-propiétaire perd en principe

¹⁴⁷⁶. En ce sens : P. SIRINELLI, *ibid.*, n° 68, p. 14. -- *Adde* : R. SAVATIER à propos des clauses d'indexation pour la restitution de marchandises d'un fonds de commerce grevé d'un quasi-usufruit (Comment doivent être restituées les marchandises d'un fonds de commerce..., *loc. cit.*, p. 829-830).

¹⁴⁷⁷. Il en va ainsi lorsque l'acte constitutif du droit réel de disposer disparaît, le quasi-usufruitier décède, la créance garantie s'éteint ou le droit se prescrit, avant toute consommation du bien par le disposant.

¹⁴⁷⁸. V. *supra* Titre I de la première partie.

son droit. A moins que, la propriété étant la projection d'un sujet sur un objet, ce droit ne se reporte sur un bien qui vient en remplacement du bien ancien. Car il est une technique, en droit français, qui autorise la conservation d'un droit, nonobstant l'aliénation ou la destruction de son objet, par report sur un nouveau bien ¹⁴⁷⁹ : il s'agit de la subrogation réelle. Le droit est alors l'élément fixe qui s'applique à un objet, élément variable ¹⁴⁸⁰.

Dans ces conditions, l'apparente antinomie entre l'action en revendication et la restitution en équivalent ou en valeur disparaît. Dès lors que les conditions d'application de la subrogation réelle sont réunies, le droit du nu-propriétaire peut se reconstituer sur l'équivalent ou sur la valeur dont le quasi-usufruitier est débiteur. Ce qui amène à apprécier la situation du propriétaire du bien consommé par le quasi-usufruitier à la lumière de la nature (a) et des conditions de réalisation (b) de la subrogation réelle.

a) L'action en revendication du nu-propriétaire et la nature de la subrogation réelle

536. - L'article 587 du Code civil, qui règle le mode de restitution du bien, reste muet quant à la nature de l'action en restitution et, de manière générale, aucun texte n'ordonne de faire jouer la subrogation réelle au profit du propriétaire d'un bien grevé de quasi-usufruit. Cependant, la nature corrective (1/) et subsidiaire (2/) de la subrogation réelle peut justifier son application à l'hypothèse étudiée.

1. La nature corrective de la subrogation réelle

537. - La subrogation réelle a un rôle correcteur ¹⁴⁸¹. Elle offre la possibilité de rétablir un équilibre patrimonial menacé d'être rompu par la disparition d'un bien entre les mains d'un autre que le sujet propriétaire de la chose ou titulaire du droit réel ou personnel ¹⁴⁸².

Plus précisément, elle joue un double rôle ¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁹ M. LAURIOL, thèse préc., t. II, n° 411 et s., p. 12 et s.

¹⁴⁸⁰ M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 65, p. 56-57. -- V. aussi S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv., t. 145, L.G.D.J. 1976, n° 217, p. 192. -- G. RIVES, Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière, *Rev. trim. civ.* 1968, n° 5 et s., p. 620 et s. -- F. CHAPUISAT, Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971, *Rev. trim. civ.* 1973, p. 645.

¹⁴⁸¹ V. RANOUIL, thèse préc., p. 73-74.

¹⁴⁸² V. RANOUIL, thèse préc., p. 32, p. 54. -- V. égal. M. LAURIOL, thèse préc., t. II, n° 427 et s., p. 35 et s. -- A. CERBAN, Nature et domaine d'application de la subrogation réelle, *Rev. trim. civ.* 1939, p. 53 ; p. 56 et s.

¹⁴⁸³ V. H. CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, *Rev. trim. civ.* 1919, p. 394 et s. -- C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. IX, *Filiation. Successions ab intestat*, par P. Esmein, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, par. 576, p. 314.

538. - D'une part, elle remplit un rôle technique lorsqu'elle empêche la confusion entre un groupe de biens et le reste du patrimoine dont ces biens font partie, ou entre deux patrimoines ayant chacun un titulaire mais se trouvant momentanément juxtaposés¹⁴⁸⁴. Par exemple, la loi décide que les biens acquis en emploi, remploi ou échange de biens propres, ainsi que les indemnités ou prix de vente, payés ou encore dus, remplacent les biens propres et échappent donc à la présomption de communauté énoncée à l'article 1402 alinéa 1^{er} du Code civil¹⁴⁸⁵. Dans un autre domaine, elle autorise l'absent de retour à retrouver, outre les biens qu'il aurait du recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit¹⁴⁸⁶.

Dans son rôle technique, la subrogation réelle est donc liée à la notion de patrimoine d'affectation¹⁴⁸⁷. Le bien nouveau est substitué au bien ancien pour intégrer un ensemble de biens affectés à une même destination. C'est pourquoi la technique semble applicable au quasi-usufruit constitué sur une universalité. *Quid*, en revanche, en matière de quasi-usufruit constitué sur des biens isolés ?

539. - A côté de son rôle technique, la subrogation réelle donne satisfaction au besoin d'équité¹⁴⁸⁸. Elle assure la sauvegarde des intérêts de ceux qui se sont trouvés dépouillés de leur droit réel ou de leur droit de propriété, par le fait d'une aliénation. En somme, la subrogation réelle jouerait dans les hypothèses où l'on se trouve en présence d'un patrimoine d'affectation, mais également dans celles où le bien disparu est soumis à une obligation de restitution¹⁴⁸⁹. Ainsi, un droit de propriété se reporte sur le prix, l'indemnité ou la chose acquise en remploi du bien qui a disparu entre les mains d'autrui, par exemple entre les mains d'un possesseur, d'un détenteur précaire, de l'usufruitier ou du créancier gagiste¹⁴⁹⁰. Dans ces situations, un déséquilibre

¹⁴⁸⁴. H. CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, *Rev. trim. civ.* 1919, p. 394-410.

¹⁴⁸⁵. V. art. 1406, 1407, 1434 et 1435 C.Civ. -- F. CHAPUISAT, *loc. cit.*, p. 647 et s. -- V. RANOUIL, thèse préc., p. 49 ; p. 102.

¹⁴⁸⁶. V. art. 130 C.civ. -- A compter du jour de la transcription du jugement déclaratif d'absence, la succession de l'absent est ouverte et ses actifs patrimoniaux sont attribués aux personnes ayant qualité pour recueillir sa succession. -- V. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes - La famille - Les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 38, p. 36. -- V. RANOUIL, thèse préc., p. 105. -- A. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Paris, 1913, p. 100-111.

¹⁴⁸⁷. Les auteurs s'accordent à considérer que les situations dans lesquelles il est question d'affectation constituent l'un des domaines d'applications de la subrogation réelle : V. R. DEMOGUE (Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1901, p. 345-346) ; M. PLANIOL (note sous Civ., 29 avril 1901, *D.P.* 1902, I, 33). -- V. égal. P. CROCQ, thèse préc., n° 233, p. 187. -- Selon SALEILLES, « tout ensemble de biens constitué par la connexité d'une même affectation forme, dans le patrimoine de celui qui l'a reçu sous cette condition d'emploi, comme un patrimoine à part, qui appartient moins à celui qui le possède qu'au but lui-même auquel il est destiné » (note sous Dijon, 30 juin 1893, *S.* 1894, II, 188).

¹⁴⁸⁸. H. CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, *loc. cit.*, p. 394 ; p. 409 et s. -- Dans le même sens : A. CERBAN, *loc. cit.*, p. 53 ; p. 56 et s. -- R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 302-303. -- V. égal. sur la référence à l'opportunité plutôt qu'à l'équité : MM. C. AUBRY et C. RAU (*Droit civil français*, T. IX, *Filiation. Successions ab intestat*, par P. Esmein, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, par. 576, p. 316) et M. LAURIOL (Thèse préc., t. I, n° 78, p. 68-69).

¹⁴⁸⁹. R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 296 et s. ; p. 302.

¹⁴⁹⁰. En matière de droit de préférence, lorsque la chose est remplacée par une indemnité d'assurance ou d'expropriation, notamment, il n'y a pas subrogation réelle mais réalisation du droit réel de garantie : v. *supra* n° 518.

patrimonial existe. En l'occurrence, l'exercice du quasi-usufruit rompt un équilibre patrimonial puisque le disposant tire profit de l'aliénation du bien d'autrui tandis que le propriétaire du bien consommé perd cette qualité et court le risque de voir ses droits réduits à la portion congrue en cas de déconfiture du disposant. Il est alors souhaitable de rétablir l'équilibre rompu en permettant au nu-propriétaire de reporter son droit de propriété sur l'équivalent dont est redevable le quasi-usufruitier, sans pour autant qu'il s'approprie le profit acquis par ce dernier. La technique de la subrogation réelle permet d'atteindre ce but, puisque son application au quasi-usufruit est admissible en l'absence d'un texte.

2. La nature subsidiaire de la subrogation réelle

540. - L'extension du domaine de la subrogation réelle ne pourrait pas être admise sans texte dans le cas du droit de propriété, en raison de l'absence d'un principe général de subrogation réelle et du caractère exceptionnel de la subrogation réelle en matière de propriété¹⁴⁹¹. Les hypothèses de subrogation réelle légale devraient être interprétées de manière restrictive¹⁴⁹². Cependant, dans la mesure où les cas de subrogation réelle légale sont peu nombreux, une partie de la doctrine acceptent d'étendre le jeu de la subrogation réelle à des hypothèses non prévues par la loi. Ainsi, la décision de subrogation réelle peut être non seulement légale mais encore judiciaire ou volontaire¹⁴⁹³. Simplement, la nature subsidiaire de la subrogation réelle commande que lorsqu'elle est purement conventionnelle, elle ne contrevienne pas à une règle impérative¹⁴⁹⁴ et que lorsqu'elle est légale ou judiciaire, elle ne soit étendue au-delà des limites fixées par la loi ou par le juge qu'à défaut d'autres règles juridiques produisant des résultats aussi opportuns que ceux qu'elle peut engendrer¹⁴⁹⁵.

Ainsi, afin d'éviter l'enrichissement sans cause de celui qui a aliéné le bien d'autrui qu'il détenait, cet autrui devrait pouvoir revendiquer les biens acquis en emploi ou le prix du bien vendu. Ce faisant, il ne souffrirait pas de l'insolvabilité du défendeur¹⁴⁹⁶. DEMOGUE va même jusqu'à affirmer que la subrogation réelle s'applique dès lors que des biens sont soumis à une obligation de restitution¹⁴⁹⁷. Il nous semble toutefois excessif d'admettre que toutes les hypothèses de restitution

¹⁴⁹¹ En ce sens : P. CROCCO, thèse préc., n° 226 et s., p. 180 et s. -- A. HENRY, thèse préc., p. 319 et s. -- Adde A. CHÉRON note sous Civ., 28 juillet 1941, D.C. 1944, J., 66.

¹⁴⁹² P. CROCCO, thèse préc., n° 230, p. 183.

¹⁴⁹³ R. SALEILLES, notes sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, II, 185 et s., et sous Cass. Civ., 29 avril 1901, S. 1903, I, 321 et s. -- H. CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, *loc. cit.*, p. 385 et s. -- A. CERBAN, *loc. cit.*, p. 45 et s.

¹⁴⁹⁴ V. RANOUIL, thèse préc., p. 71.

¹⁴⁹⁵ V. RANOUIL, thèse préc., p. 72-73.

¹⁴⁹⁶ R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 296 et s. -- H. CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, *loc. cit.*, p. 411 et s. -- Sur les procédés employés par certains auteurs dans le but d'élargir le domaine trop étroit de la subrogation réelle : A. HENRY, thèse préc., p. 63 et s.

¹⁴⁹⁷ R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 345-346. -- Comp. M. PLANIOL, note sous Civ., 29 avril 1901, D.P. 1902, I, 33. -- Comp. égal. A. HENRY : cet auteur admet le renvoi à l'obligation de restitution mais dans le seul cadre d'un patrimoine d'affectation (Thèse préc., p. 111).

entrent dans le domaine de la subrogation réelle. On sait, par exemple, qu'en application de l'article 1893 du Code civil, le prêt de consommation rend l'emprunteur propriétaire en même temps qu'il le soumet à une obligation de restitution. Or ce transfert de propriété provoque régulièrement l'extinction du droit de propriété du prêteur. Il serait donc contraire à l'article précité de permettre au prêteur de reporter son droit de propriété sur des biens équivalents se trouvant dans le patrimoine de l'emprunteur. Le transfert de propriété relève de l'essence du contrat de prêt. En revanche, le quasi-usufruit ne transfère pas au quasi-usufruitier la propriété du bien consommé. A la suite de l'exercice du droit réel de disposer, il existe donc un déséquilibre entre le patrimoine du nu-propiétaire et le patrimoine du quasi-usufruitier, qui devrait justifier le jeu de la subrogation réelle. Il est vrai, cependant, que l'existence d'un déséquilibre patrimonial à corriger ne suffit pas pour faire application de la subrogation réelle au profit du nu-propiétaire. Souple quant à sa nature, la technique envisagée s'appuie sur des conditions de réalisation strictes.

b) L'action en revendication du nu-propiétaire et les conditions de réalisation de la subrogation réelle

541. - La nature de la subrogation réelle ne suffit pas à délimiter son domaine. Sur le fond, d'abord, la technique de la subrogation réelle n'est pas purement abstraite. Elle implique l'existence d'une destination en valeur commune au bien ancien et au bien nouveau (1/). Sur le terrain probatoire, ensuite, son effectivité suppose de faire la preuve de l'existence du double lien d'équivalence et de provenance entre le bien nouveau et le bien détruit ou aliéné (2/). Le nu-propiétaire d'un bien grevé de quasi-usufruit pourra donc revendiquer l'objet de la restitution qui lui est due par le quasi-usufruitier si le bien intègre la valeur du bien grevé et si la preuve de leur double lien d'équivalence et de provenance est apportée.

1. L'existence d'une destination en valeur commune au bien nouveau et au bien ancien

542. - Selon certains, la fongibilité serait le critère de délimitation du domaine de la subrogation réelle ¹⁴⁹⁸. Ils en veulent pour preuve le fait que toute valeur qui entre dans un patrimoine est substituée de plein droit à celle qu'elle remplace et se voit soumise au même régime juridique que celle-ci, parce que les biens sont fongibles. Ce que confirmerait l'idée que les biens qui viennent en remplacement des biens

¹⁴⁹⁸ A. CERBAN, *loc. cit.*, p. 53 et s. -- Rappr. R. SALEILLES, note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, II, 187. -- V. égal. C. AUBRY et C. RAU (*Droit civil français*, T. IX, par P. Esmein, 1953, par. 575-2°, p. 340 cités par M. S. GUINCHARD, thèse préc., n° 362, p. 310-311). -- Selon F. ZENATI, tout élément d'un ensemble est envisagé potentiellement comme remplaçable, sauf stipulation contraire. Ainsi, parce que les titres d'un portefeuille sont fongibles, ils peuvent être aliénés sans disparaître (Obs. sur Civ. 2è, 2 juin 1993, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 396-397).

anciens au sein du patrimoine deviennent le nouvel objet du droit de gage général des créanciers ¹⁴⁹⁹.

Pourtant, la fongibilité semble étrangère au sort des biens du patrimoine et au mécanisme du droit de gage général. Lorsque le bien disparaît alors qu'il est entre les mains et dans le patrimoine du propriétaire, la question de la fongibilité et de la subrogation réelle ne se pose pas. Le bien nouveau qui vient éventuellement en remplacement du bien ancien, entre simplement dans le patrimoine du propriétaire ¹⁵⁰⁰ et se trouve de la sorte soumis à son droit de propriété. Quant au mécanisme du droit de gage général, il n'est qu'une conséquence de la conception du patrimoine ¹⁵⁰¹. Les biens nouveaux sont soumis au droit des créanciers non pas comme biens subrogés mais comme biens à venir dans le patrimoine ¹⁵⁰². D'ailleurs, ils ont pu être acquis par prescription, à titre gratuit etc. plutôt qu'en remplacement de biens anciens ¹⁵⁰³. En outre, et de manière plus générale, si une restitution de choses fongibles assure la restitution en équivalent, elle n'implique pas nécessairement la revendication des biens équivalents, c'est-à-dire le report du droit de propriété sur les biens équivalents ¹⁵⁰⁴. C'est une chose d'admettre la restitution en *équivalent*, c'en est une autre d'analyser la *nature* de l'action en restitution de biens équivalents.

Il faut donc rechercher ailleurs le fondement de la subrogation réelle.

543. - La technique de subrogation réelle n'est pas la substitution de n'importe quel bien au bien détruit ou aliéné. Subroger c'est remplacer ¹⁵⁰⁵ : la subrogation réelle est le remplacement de l'objet matériel d'un droit déterminé par un autre objet matériel, dans le but de maintenir une valeur individualisée par ces deux objets à une même destination ¹⁵⁰⁶. Elle repose donc sur l'existence d'une destination qui est

¹⁴⁹⁹. A. HENRY, thèse préc., p. 172.

¹⁵⁰⁰. V. R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 364 et s. -- C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. IX, par P. Esmein, 1953, par. 576, p. 314.

¹⁵⁰¹. H. CAPITANT, Essai sur la subrogation réelle, *loc. cit.*, p. 392. -- R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, Bordeaux, 1931, p. 305-306. - - V. égal. *supra* : n° 418 et s.

¹⁵⁰². R. GARY, thèse préc., p. 284. -- A. CERBAN, Nature et domaine d'application de la subrogation réelle, *Rev. trim. civ.* 1939, p. 52.

¹⁵⁰³. A. CERBAN, *loc. cit.*, p. 52.

¹⁵⁰⁴. Pour la même raison, on ne peut déduire de la fongibilité des biens l'inutilité de la subrogation réelle. -- Cf. H. CAPITANT se demande à quoi sert d'affirmer qu'une chose est subrogée à telle autre lorsque toutes sont fongibles entre elles (Essai sur la subrogation réelle, *loc. cit.*, p. 392). M. LAURIOL s'interroge : « Par quelle vertu inexplicable la notion d'universalité juridique peut-elle jouer un rôle actif dans le fonctionnement de la subrogation réelle ? La fongibilité des éléments du patrimoine, simple réalité technique, peut bien *permettre* la subrogation, elle ne saurait la *fonder* [...] La subrogation exclue dans son fonctionnement par l'absence totale de fongibilité, ne l'est-elle pas, dans sa notion même, par une fongibilité absolument générale qui supprime toute individualisation des biens les uns par rapport aux autres ? » (Thèse préc., t. I, n° 22, p. 20-21. Les mots en italique sont soulignés par l'auteur). Il considère que les droits qui portent sur des choses de genre, dans la mesure même où leur objet n'est pas individualisé et ne peut pas disparaître, constituent un domaine fermé à la subrogation réelle (Thèse préc., t. I, n° 165, p. 157-158).

¹⁵⁰⁵. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 65, p. 56-57.

¹⁵⁰⁶. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 81, p. 72. -- V. égal. A. HENRY, thèse préc., p. 379.

commune au bien ancien et au bien nouveau et qui touche à la valeur du bien plus qu'à sa matière.

La qualité imposée au bien vise moins ce bien en lui-même et pour lui-même que sa valeur pécuniaire et la conservation de cette valeur pécuniaire dans un but déterminé ¹⁵⁰⁷. En ce sens, la subrogation réelle crée comme une inaliénabilité en valeur ¹⁵⁰⁸. Le réceptacle de la valeur peut varier alors que le bénéficiaire de la valeur doit demeurer inchangé. Aussi, lorsque le bien disparu est apprécié par le propriétaire principalement sous l'angle de son individualité matérielle ou organique, la subrogation ne peut pas jouer, aucun autre bien n'étant apte à le remplacer ¹⁵⁰⁹. Sa valeur devient indissoluble de son utilité ¹⁵¹⁰.

Dans le même temps, la subrogation réelle ne se contente pas d'une valeur purement abstraite ¹⁵¹¹. Elle ne peut faire fi de la matérialité des biens puisqu'elle ne permet d'appréhender une valeur que par l'intermédiaire des biens matériels. Ce sont ces biens matériels - corporels ou incorporels - qui continuent cette valeur. En ce sens, la subrogation réelle s'insère dans une technique matérialiste ¹⁵¹². Elle concerne les droits qui considèrent les biens dans leur matérialité sans s'attacher à leur

On peut préférer la formule « affectation en valeur » à l'expression « destination en valeur ». Ainsi, selon R. DEMOGUE, la subrogation se produit toutes les fois que l'on est en présence de valeurs d'affectation : « Il y a subrogation pour les qualités qui ont été attribuées en vue de donner à la valeur que représente le bien aujourd'hui aliéné telle ou telle affectation » (*Loc. cit.*, p. 249-250 ; p. 252 ; p. 256). -- V. R. SALEILLES (note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, II, 187. V. égal. sur ce rôle de l'affectation dans la subrogation réelle : une note du même auteur sous Cass. Civ., 29 avril 1901, S. 1903, I, 323 et s.), M. PLANIOL (note sous Civ., 29 avril 1901, D.P. 1902, I, 33) et RANOUIL (thèse préc., p. 32) emploient également ce terme. Ceci dit, ces auteurs emploient parfois le terme de *destination* (R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 349-250 ; p. 252. -- R. SALEILLES, note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, II, 185 et s.).

Cf. S. GUINCHARD selon qui l'idée d'affectation n'est pas étrangère à la technique de la subrogation réelle mais n'en constitue pas l'unique fondement : il est de nombreux cas où le jeu de la subrogation réelle est admis sans que l'idée d'affectation se manifeste et la subrogation réelle ne joue pas nécessairement chaque fois qu'il y a affectation en valeur. Cependant, il faut interpréter de manière libérale la volonté du disposant afin de ne pas refuser systématiquement le jeu de la subrogation réelle en matière d'affectation en valeur (Thèse préc., n° 355, p. 305 ; n° 367, p. 315-316).

M. LAURIOL qui parle de *destination* en valeur, explique ce choix. L'affectation n'est pas toujours une notion adaptée à l'hypothèse de la subrogation réelle. Précise, la notion d'affectation est trop étroite pour englober tous les buts que la subrogation réelle perpétue. Par exemple, le but propre du bénéfice d'inventaire est de supprimer l'affectation - qui résulterait normalement du droit commun - des biens personnels de l'héritier au paiement des créanciers héréditaires (Thèse préc., t. II, n° 419 et s, p. 25 et s.). Elargie, elle devient trop imprécise. Ainsi, le bien du propriétaire entre les mains d'un possesseur ou d'un détenteur doit être remis à son propriétaire, mais c'est là le sort qui lui est propre et qui le distingue des autres biens du possesseur (Thèse préc., t. II, n° 423 et s, p. 30 et s.).

¹⁵⁰⁷. M. LAURIOL, thèse préc., t. II, n° 433-434, p. 41-42. -- V. RANOUIL (Thèse préc., p. 150, p. 196. -- V. égal. R. SALEILLES, note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, II, 187 et sous Cass. Civ., 29 avril 1901, S. 1903, I, 323 et s. -- R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 249-250 ; p. 252 ; p. 256. -- P. CROCQ, thèse préc., n° 228, p. 182. -- Comp. A. CERBAN, *loc. cit.*, p. 62.

¹⁵⁰⁸. S. GUINCHARD, thèse préc., n° 355, p. 305.

¹⁵⁰⁹. Plus le bien à remplacer a un rapport de convenance intime avec le but poursuivi, moins il est juridiquement et pratiquement remplaçable (V. J. PATARIN, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris, 1952, éd. com. 1954, n° 73, p. 182).

¹⁵¹⁰. R. GARRON, Influence de la destination sur le régime juridiques des droits, D. 1965, chr., par. 7, p. 192.

¹⁵¹¹. J. PATARIN, thèse préc., n° 73, p. 181.

¹⁵¹². M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 35, p. 32 ; n° 81, p. 73.

individualité ¹⁵¹³. Ce faisant, elle se distingue d'institutions qui mettent en œuvre une notion purement quantitative de la valeur, comme l'action *de in rem verso* ¹⁵¹⁴.

La double exigence d'une destination en valeur commune au bien nouveau et au bien ancien vient donc tempérer la vocation de la subrogation réelle à corriger les ruptures d'équilibres patrimoniaux. En l'occurrence, pour que le nu-propriétaire puisse revendiquer le bien que doit restituer le quasi-usufruitier, ce bien doit avoir la même destination en valeur que le bien grevé et consommé par lui.

544. - En matière de quasi-usufruit, la *destination* en valeur existe. Elle ne désigne pas l'*affectation* de la valeur du bien au quasi-usufruitier (ou au créancier dans le cas d'un droit réel de garantie) qui caractérise la *structure* du droit réel de disposer et qui profite au sujet titulaire du droit réel. Elle signifie que la valeur du bien que doit restituer le disposant, en remplacement du bien grevé, est destinée à intégrer le patrimoine du nu-propriétaire du bien grevé. Le fait que le propriétaire accepte de grever son bien d'un droit réel de disposer est, en effet, la preuve que le bien lui importe surtout sous l'angle de sa valeur ¹⁵¹⁵. L'individualité du bien lui importe peu, le bien sera consommé avec son autorisation ; de plus, le nu-propriétaire entend bien recouvrer sa valeur à l'extinction du droit réel de disposer puisque le droit ne rend pas le disposant propriétaire. Et si, à l'extinction du droit, le nu-propriétaire attachait quelque importance aux utilités du bien grevé autres que sa valeur, une restitution en équivalent pourrait toujours combler son attente tout en permettant la réalisation de la subrogation réelle. Encore faudra-t-il prouver l'existence d'un double lien d'équivalence et de provenance entre le bien nouveau et le bien détruit ou aliéné.

2. La preuve du double lien d'équivalence et de provenance du bien nouveau et du bien ancien

545. - La subrogation réelle étant basée sur la destination en valeur d'un bien, le bien nouveau doit constituer la contrevaletur de l'ancien bien, c'est-à-dire qu'il doit représenter la même valeur que lui ¹⁵¹⁶. C'est pourquoi la réalisation de la subrogation réelle suppose d'établir l'existence d'un double lien d'équivalence et de provenance entre le bien nouveau et le bien détruit ou aliéné, la charge de cette preuve pesant sur le demandeur ¹⁵¹⁷, en l'occurrence le nu-propriétaire.

¹⁵¹³. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 86-88, p. 78-79. -- Rapp. MM. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. IX, par P. Esmein, 1953, par. 576, p. 316.

¹⁵¹⁴. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 73, p. 66.

¹⁵¹⁵. V. *supra* : n° 465.

¹⁵¹⁶. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 230, p. 157-158.

¹⁵¹⁷. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 349 et s., p. 401 et s. -- V. RANOUIL, thèse préc., p. 246. -- F. PEROCHON, La revendication du créancier, *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, « Le sort des contrats en cours dans le redressement », Nov. 1992, p. 91.

546. - S'agissant du rapport d'équivalence entre le bien nouveau et le bien ancien, il ne doit pas être apprécié avec sévérité. L'exigence rigoureuse de l'équivalence condamnerait la subrogation réelle à ne jouer que très rarement ¹⁵¹⁸. La comparaison entre les deux biens ne se réduit donc pas à une égalité purement mathématique. Elle peut revêtir des aspects divers qui sont fonction des avantages procurés à la personne par l'objet initial ¹⁵¹⁹. De ce point de vue, l'appartenance du bien nouveau au même genre que le bien aliéné ou détruit assure leur équivalence, et *favorise* la réalisation de la subrogation réelle, mais elle ne constitue pas le fondement ¹⁵²⁰ ni la condition *sine qua non* de la subrogation réelle ¹⁵²¹.

Le régime légal du quasi-usufruit (art. 587 C.Civ.) remplit cette condition de réalisation de la subrogation réelle. Lorsque le quasi-usufructier restitue la valeur de l'objet consommé, le rapport d'équivalence en valeur ¹⁵²² entre le bien restitué et le bien grevé est parfait. Et lorsque la restitution se fait en équivalent, cette équivalence est appréciée avec la même souplesse que celle requise dans la cadre de la subrogation, c'est-à-dire qu'elle n'est pas nécessairement mathématique. Si le bien nouveau est d'une valeur moindre que le bien originaire, le propriétaire se portera créancier pour ce qui manque pour parfaire la valeur actuelle du bien disparu ¹⁵²³. Enfin, lorsque le bien grevé est une somme d'argent, l'objet de la restitution est également une somme d'argent pour un montant identique. En fait, dans cette dernière hypothèse, ce n'est pas la condition d'équivalence qui risque de faire défaut pour que joue la subrogation réelle, mais la condition de provenance du bien restitué.

547. - Parce que la subrogation réelle entraîne la conservation du droit qui existait sur le bien disparu par report de ce droit sur le bien qui vient le remplacer, elle impose que le bien nouveau *provienn*e du bien ancien et identifie la même valeur que lui ¹⁵²⁴. Ce bien est en principe le bien acquis en remploi des deniers ou la somme correspondant à l'indemnité d'assurance, à l'indemnité de réparation, au prix de vente du bien ancien etc. et il doit être *individualisé* ¹⁵²⁵.

¹⁵¹⁸. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 232 et s., p. 242 et s. ; n° 306, p. 345.

¹⁵¹⁹. G. RIVES, *loc. cit.*, n° 18, p. 635.

¹⁵²⁰. V. *supra* : n° 547-2.

¹⁵²¹. Comp. M. LAURIOL pour qui la subrogation *suppose* la fongibilité relative de deux biens entre eux (Thèse préc., t. I, n° 85, p. 77) et, à l'opposé, R. GARY selon qui le maintien à l'identique de l'universalité nonobstant le changement des biens qu'elle renferme *ne tient pas* à la subrogation réelle mais au caractère fongible des éléments de l'universalité (Thèse préc., p. 305-307). -- V. égal. sur l'opinion selon laquelle la fongibilité évince la subrogation réelle : C. LYON-CAEN, note sous Req., 10 mars 1915, S. 1916, I, 5 et s. -- Dans le même sens : note sous le même arrêt, D.P. 1916, I, 242.

¹⁵²². Mais pas en nature, car la restitution en valeur n'est pas une restitution en nature : v. *supra* n° 521.

¹⁵²³. V. R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 296 et s.

¹⁵²⁴. R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 303. -- M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 232 et s., p. 242 et s. ; n° 306, p. 345 ; v. égal. t. I, n° 73, p. 66. -- G. RIVES, *loc. cit.*, n° 18, p. 633. -- F. CHAPUISAT, *loc. cit.*, p. 645.

¹⁵²⁵. V. M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 69, p. 60. -- *Contra* : Selon S. TORCK, la théorie du droit réel devrait abandonner l'exigence traditionnelle relative au caractère déterminé de son objet, au profit d'un caractère seulement déterminable. Ce qui permettrait d'admettre la revendication de choses fongibles sans condition d'identification (La revendication des choses fongibles, R.R.J. 1996, n° 11, p. 490 et s.). -- Rapp. P. JAUBERT, *loc. cit.*, p. 94-95 ; note 1, p. 95.

547-1. - Certes, le législateur peut dispenser le demandeur d'apporter la preuve de ce lien de provenance entre le bien nouveau et le bien ancien. C'est ce qui se produit dans le cadre d'une procédure collective. L'article 121 alinéa 3 *in fine* de la loi du 25 janvier 1985 (réd. loi n° 94-475 du 10 juin 1994)¹⁵²⁶ permet au vendeur qui a livré, sous réserve de propriété, des choses de genre restées impayées, de revendiquer en nature les biens de même espèce et de même qualité qui se trouvent entre les mains de l'acheteur à la date du jugement d'ouverture. De cette manière, l'exigence d'une équivalence entre les biens restitués et les biens vendus est respectée, mais celle de la provenance du bien nouveau ne l'est pas. Dispensé d'identifier les marchandises qu'il revendique, le vendeur peut se voir restituer non seulement des biens autres que ceux vendus mais encore des biens qui ne puissent pas leur origine dans les biens vendus, dès lors, du moins, que le débiteur ou un autre revendeur ne démontre pas qu'il est lui-même propriétaire de ces biens. Toutefois cette règle spéciale est d'interprétation stricte. Elle est propre à la réserve de propriété et au cas d'ouverture d'une procédure collective¹⁵²⁷. Aussi ne peut-elle pas être étendue à d'autres situations juridiques.

Pour autant, toute possibilité d'apporter la preuve de l'identité de provenance du bien nouveau et du bien ancien en matière de quasi-usufruit n'est pas exclue.

547-2. - Lorsque le quasi-usufruit porte sur une universalité de fait, la preuve de ce lien de provenance est aisée à rapporter. Non pas que l'universalité - ou la fongibilité de ses éléments - constitue le fondement de la subrogation réelle, mais l'universalité est le *lieu* privilégié de réalisation de la subrogation réelle. La destination commune assignée aux biens qui la composent est un moyen de délimiter l'entité en dépit des fluctuations qui touchent ses éléments constitutifs. Ainsi, la revendication d'un troupeau, d'un fonds de commerce ou d'un portefeuille de titres est admissible malgré le changement de leurs composants¹⁵²⁸. Chacune de ces universalités forme un contenant à l'intérieur duquel les mouvements d'aliénation et d'acquisition s'opèrent sur des biens qui ont les mêmes fonctions. La gestion propre à l'universalité et la fongibilité de ses composants permettent de présumer que les biens nouveaux proviennent de la vente des biens anciens et véhiculent la même valeur qu'eux.

¹⁵²⁶ « La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité ». -- Sur ce texte, v. : F. PEROCHON, La revendication de biens fongibles par le vendeur, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, p. 82 et La revendication favorisée (loi n°94-475 du 10 juin 1994), *D.* 1994, chr., n° 16 et s., p. 253 et s. -- B. SOINNE, Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, n° 3 et s., p. 76 et s. -- S. TORCK, *loc. cit.*, n° 79 et s., p. 526 et s.

¹⁵²⁷ P. CROCQ, thèse préc., n° 228, p. 182.

¹⁵²⁸ V. A. CERBAN, *loc. cit.*, p. 49 et s. -- P. SIMLER et F. TERRÉ, *Les biens*, 1998, n° 736, p. 602. -- R. SAVATIER, Comment doivent être restituées les marchandises d'un fonds de commerce..., *loc. cit.*, p. 828. -- D. R. MARTIN, note sous Civ. 2^e, 2 juin 1993, *D.* 1993, J., 613. -- D. FIORINA, *loc. cit.*, n° 42, p. 64. -- *Adde* : P. CROCQ, thèse préc., n° 233, p. 187.

547-3. - La preuve positive de l'identité de provenance du bien nouveau et du bien ancien est plus délicate lorsque le bien grevé était un bien simple isolé ¹⁵²⁹. Ainsi, la preuve positive de la provenance d'une somme d'argent entre les mains du quasi-usufructier sera difficile à établir dans la mesure où l'argent est un bien qui se confond parfaitement avec les autres biens du même genre et de la même forme détenu par le disposant ¹⁵³⁰. Cependant, elle n'est pas impossible ¹⁵³¹. L'article 122 de la loi du 25 janvier 1985 ¹⁵³² en donne un exemple. Le texte prévoit que « peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article 121 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire » (réd. loi n° 94-475 du 10 juin 1994). Par cette disposition, la subrogation réelle légale substitue le prix de revente aux biens qui appartenaient encore au vendeur lors de la revente alors qu'il n'est encore intervenu aucun règlement entre le débiteur en redressement judiciaire et le sous-acquéreur. En somme, l'argent à percevoir du sous-acquéreur pour les marchandises détenues à titre précaire par le débiteur n'a pas eu le temps d'être confondu avec les autres fonds de ce débiteur en redressement judiciaire puisqu'il ne lui a pas encore été versé ¹⁵³³. Les fonds (futurs) revendiqués sont certainement la contrepartie des marchandises vendues. Ils intègrent la même valeur qu'elles : ils en sont la contrevaleur. Alors, le droit personnel laisse place à la revendication.

La Cour de cassation a également fait une interprétation extensive de l'article 575 alinéa 2 du Code commerce ¹⁵³⁴ aujourd'hui abrogé mais ancêtre de l'article 122 de la loi du 25 janvier 1985. Dans un arrêt en date du 28 juillet 1941, elle a admis le jeu de la subrogation réelle alors même que le prix avait déjà été payé ¹⁵³⁵. En l'espèce, un dépositaire de marchandises avait remis ces biens en gage pour sûreté de l'une de ses dettes. Le créancier nanti ayant réalisé le gage, en raison de la faillite du débiteur, le propriétaire-déposant des marchandises détournées réclamait leur valeur. Tout en affirmant que l'article 575 alinéa 2 du Code de commerce n'était pas susceptible d'interprétation extensive, la Cour de cassation décidait que le propriétaire-déposant des marchandises détournées pouvait prétendre à un droit exclusif sur la fraction du prix de réalisation demeurée libre une fois le créancier nanti de bonne foi désintéressé, et qu'il était créancier pour le reste.

L'extension de cette solution au quasi-usufruit est sans doute hasardeuse car aucune disposition légale ne l'instaure dans cette hypothèse. Une partie de la

¹⁵²⁹ V. *supra* : n° 32 et s.

¹⁵³⁰ V. *supra* : n° 44 et s.

¹⁵³¹ En ce sens : V. RANOUIL, thèse préc., p. 249. -- *Contra* : M. LAURIOL, thèse préc., t. I, n° 308, p. 347.

¹⁵³² V. F. PEROCHON, La revendication de biens fongibles par le vendeur, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, n° 21, p. 85. -- S. TORCK, *loc. cit.*, n° 90, p. 533.

¹⁵³³ Rapp. A. HENRY, thèse préc., p. 320.

¹⁵³⁴ « Pourra même être revendiqué le prix ou la partie du prix desdites marchandises qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur » (art. 575 al. 2 C.Com.).

¹⁵³⁵ V. Civ., 28 juillet 1941, *Gaz. Pal.* 1942, I, J., 27 ; D.C. 1944, J., 66, note A. CHÉRON.

doctrine refuse d'ailleurs le jeu de cette technique en l'absence de texte ¹⁵³⁶. Pourtant, il serait possible d'admettre la revendication d'une somme d'argent par la preuve négative de sa provenance, c'est-à-dire par la preuve que le défendeur n'a pas reçu d'autres fonds que ceux réclamés en contrepartie du bien disparu. Par exemple, le nu-propriétaire peut prouver que le quasi-usufruitier n'a pas utilisé les fonds perçus et les a individualisés ¹⁵³⁷ ou qu'il n'a pas perçu d'autres sommes d'argent depuis l'aliénation du bien. A vrai dire, le principal obstacle à une telle revendication réside plutôt dans le risque de complicité frauduleuse entre le débiteur et le revendiquant en cas de redressement judiciaire du disposant. Lorsque le bien revendiqué est une universalité, la preuve est faite de la conservation du droit de propriété du revendiquant. En revanche, en présence d'un bien isolé, comme dans le quasi-usufruit d'une somme d'argent ou d'une créance, la subrogation réelle pourrait avoir pour but de déjouer irrégulièrement l'application des règles de la loi du 25 janvier 1985.

A défaut de pouvoir apporter cette preuve, le nu-propriétaire ne pourra agir en restitution contre le quasi-usufruitier qu'en qualité de créancier.

2°. - L'action personnelle en restitution

548. - Si le propriétaire de la chose grevée de quasi-usufruit ne peut pas reporter son droit sur le bien que le quasi-usufruitier doit restituer, il ne lui reste qu'à agir sur le fondement d'une action personnelle en restitution. Ce qui le place à un rang inférieur aux créanciers nantis d'un privilège, d'une hypothèque, ou d'une propriété-garantie, en cas de défaillance et de redressement judiciaire du disposant. Cela dit, lorsque le disposant est solvable, il assume généralement une obligation de résultat ¹⁵³⁸.

Mises à part les hypothèses de droit réel de disposer constitués sur une universalité et pour lesquelles la subrogation réelle joue, le droit réel de disposer porte la plupart du temps sur une somme d'argent. Or, les espèces monétaires étant des choses de genre par excellence, le disposant peut assurer une restitution en équivalent. L'adage *genera non pereunt* s'applique parfaitement à lui ¹⁵³⁹. D'autant plus que, pendant la durée du quasi-usufruit, son statut enjoint au disposant du bien d'autrui pour son propre compte de se mettre en mesure de restituer le bien. En

¹⁵³⁶. V. *supra* : n° 540.

¹⁵³⁷. V. *supra* : n° 49 et s. ; n° 45 et s.

¹⁵³⁸. V. not. : L'obligation de restitution est, comme dans le dépôt ordinaire, une obligation de résultat : seul un cas de force majeure ou une faute commise par le déposant sur l'authenticité de l'ordre de paiement peut l'en décharger (P. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 1996, n° 822, p. 692. -- J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996, n° 33504, p. 1459). Il en va de même de l'obligation de restitution du dépositaire irrégulier (V. par ex. C. LARROUMET, note sous Civ. 1ère, 7 février 1984, *D.* 1984, J., n° 6, p. 640 et *Defr.*, 1984, n° 33427, n° 6, p. 1390. Toutefois l'auteur qualifie ce dépositaire de propriétaire et fait, en conséquence, peser sur lui les risques de perte fortuite du bien).

¹⁵³⁹. G. SOUSI, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *Rev. trim. civ.* 1982, n° 38 et s., p. 531 et s., spéc. n° 51, p. 536-537.

outre, le quasi-usufructier ne bénéficie pas de la souplesse dont font preuve la loi ou la jurisprudence à l'égard des débiteurs d'une double obligation de conservation et de restitution ¹⁵⁴⁰. En effet, le locataire, le dépositaire et l'emprunteur sont débiteurs d'une obligation de restitution, et donc d'une obligation de résultat, et ils sont admis à se libérer en prouvant leur absence de faute (par exemple l'article 1732 du Code civil le permet au locataire) parce qu'ils assument également une obligation de conservation, c'est-à-dire une obligation de moyens ¹⁵⁴¹. Mais l'obligation de conservation du disposant, qui précède son obligation de restitution, est d'une nature particulière : elle est indissociable de son droit de consommer le bien d'autrui pour son propre compte. A l'inverse d'un autre détenteur précaire, le disposant a le droit d'agir sur le bien d'autrui en respectant la destination du bien d'autrui. Il est *tenu de disposer du bien d'autrui avec diligence*. De ce fait, son obligation de conservation et son obligation de restitution sont indissolubles : la première est absorbée par la seconde. Et l'obligation de restitution du disposant ne peut pas être allégée. Lorsque le contrat porteur du droit réel de disposer est onéreux, comme le dépôt bancaire par exemple, la responsabilité du dépositaire est même renforcée ¹⁵⁴².

Conclusion du CHAPITRE I

549. - Le droit réel de disposer est un bien incorporel et, à ce titre, il naît et il s'éteint conformément aux normes juridiques.

En particulier, il peut être constitué par la loi (comme le quasi-usufruit légal), par le juge (comme dans le cas d'une hypothèque judiciaire) ou par les particuliers (c'est l'hypothèse du quasi-usufruit et du gage conventionnels). Il peut même avoir des auteurs conjoints. Par exemple, le droit réel de disposer du banquier dépositaire est directement issu de la loi mais son application suppose la conclusion préalable d'un dépôt de fonds en banque. La volonté des parties et la volonté du législateur s'additionnent pour faire naître le droit réel de disposer.

Pour être valablement constitué, le droit réel de disposer suppose l'existence d'un bien individualisé. Droit *dans* la chose, il ne peut être abstrait.

Corrélativement, il s'éteindra à la disparition d'un élément de sa définition. Formé d'une utilité du bien d'autrui et constitutif d'un rapport d'affectation d'un élément du bien d'autrui à une personne (quasi-usufructier ; dépositaire irrégulier) ou à un bien (créance ; fonds dominant), il expirera si le disposant n'en use pas ou en use mal, si le bien d'autrui périt ou si le destinataire du droit disparaît. Alors la créance de restitution deviendra exigible.

¹⁵⁴⁰ V. M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, La responsabilité des personnes obligées à restitution, *Rev. trim. civ.* 1993, n° 3, p. 758-759. V. sur l'obligation de résultat allégée : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 55, p. 452 ; n° 562, p. 461.

¹⁵⁴¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 1996, n° 563, p. 461 et s.

¹⁵⁴² J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1ère éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 33504, p. 1459.

A tous ces points de vue, le droit réel de disposer est soumis au droit commun des droits patrimoniaux. Mais le contenu singulier du droit réel de disposer ne peut manquer d'influencer son régime.

A d'autres égards, le droit commun du droit réel s'écarte du droit commun des droits patrimoniaux. Construit sur l'*abusus* du bien d'autrui, ce droit permet à son titulaire de consommer juridiquement ou matériellement le bien dont un autre a la propriété. Cette conséquence rend nécessaire la mise en place de mesures propres à sauvegarder les intérêts du nu-propriétaire et à protéger ceux des tiers susceptibles de convoiter le bien grevé. Ainsi, en matière de droits réel de garantie, la loi prévoit un formalisme solennel ou réel destiné à faire prendre conscience au débiteur grevé de l'importance de la constitution d'un droit réel de disposer sur son bien. Les règles de forme sont atténuées en matière de quasi-usufruit puisqu'aucun formalisme solennel ou réel n'est requis. Mais l'obligation du quasi-usufruitier de fournir caution de jouir en bon père de famille pallie cette absence. S'agissant de la protection des intérêts des tiers, lorsque le bien grevé d'un droit réel de disposer est un immeuble, la publicité foncière s'impose aux parties. La singularité du droit réel de disposer justifie également qu'il ne puisse pas être créé sur tout type d'objet. Sa constitution suppose l'existence d'une chose douée de valeur patrimoniale et en principe disponible ; néanmoins, l'hypothèque, dont l'exercice est tardif et éventuel, semble pouvoir grever un bien temporairement inaliénable. La chose est, en principe, finie ; mais elle peut être en formation si elle a déjà une valeur. Quant à la corporalité du bien d'autrui, elle n'est pas une condition requise pour la création du droit réel de disposer : l'immatérialité n'exclut pas la patrimonialité et la cessibilité. Parce qu'il confère au disposant le droit de consommer le bien d'autrui, le droit réel de disposer s'éteint lorsqu'on l'exerce, à moins que l'objet grevé soit une universalité au sein de laquelle joue la subrogation réelle - ce qui permet au droit réel de disposer de se reporter sur les biens acquis en remploi des biens aliénés. Au terme du droit réel de disposer, l'obligation de restitution du disposant devient donc exigible et cette obligation prend ici un tour particulier. Si le gagiste peut, en principe, restituer le bien à l'identique, le quasi-usufruitier qui a régulièrement aliéné ou détruit le bien d'autrui ne peut plus en assurer la restitution qu'en équivalent ou en valeur. Sur cet équivalent ou cette valeur, le droit du nu-propriétaire ne pourra se reporter qu'à la condition de prouver l'existence d'une destination en valeur commune au bien nouveau et au bien ancien, et le double lien d'équivalence et de provenance des deux biens. Cette preuve est facilitée lorsque le bien grevé est une universalité car cette entité délimite le domaine des biens d'autrui et des biens acquis en remplacement de ceux-ci. A défaut de pouvoir rapporter cette preuve, le nu-propriétaire ne pourra agir en restitution que sur le fondement d'une action personnelle.

Outre son contenu, la configuration spéciale des supports du droit réel de disposer peut influencer son régime.

CHAPITRE II.

LES RÉGIMES SPÉCIAUX DU DROIT RÉEL DE DISPOSER

550. - Comme cela se produit pour les autres droits patrimoniaux, les supports du droit réel de disposer influencent les règles qui le gouvernent. Lorsqu'il est constitué sur certains biens ou lorsqu'il naît de certains contrats, le droit réel de disposer répond à un régime spécial.

Le droit réel de disposer étant formé de l'*abusus* du bien d'autrui, les biens incorporels sont pour lui un domaine d'élection puisqu'ils sont généralement de grande valeur. Mais l'immatérialité d'un bien rend son interception malaisée. Elle n'exclut ni la patrimonialité ni la cessibilité ni, par conséquent, la constitution d'un droit réel de disposer, mais elle est un obstacle à l'appréhension physique du bien. Or, la détention du bien est une condition d'opposabilité du droit réel de disposer et d'efficience du nantissement : par la détention du bien, le disposant détient son droit. L'exigence de cette condition devrait exclure le droit réel de disposer du domaine des biens incorporels si la loi et la doctrine n'adaptaient le régime du droit réel de disposer à l'immatérialité de son objet (*Section I*).

De même, le droit commun du droit réel de disposer est modifié sous l'influence du contrat porteur du droit. Lorsque le droit réel de disposer est enchâssé dans une opération juridique complexe, il doit s'accommoder des droits et obligations qui l'entourent (*Section II*).

Section I. - La spécificité du régime du droit réel de disposer tenant à l'objet auquel s'applique le droit

Section II. - La spécificité du régime du droit réel de disposer tenant au contrat dans lequel est enchâssé le droit

SECTION I.

La spécificité du régime du droit réel de disposer tenant à l'objet auquel s'applique le droit

551. - Le fait que l'existence d'une valeur disponible soit la condition nécessaire et suffisante de la constitution du droit réel de disposer ¹⁵⁴³, n'empêche pas qu'en pratique certains biens ne se prêtent pas ou se prêtent mal à cette constitution parce que leur nature, le degré de leur finition ou leur configuration empêchent de les capter. Il en va ainsi des biens futurs ¹⁵⁴⁴, des choses de genre ¹⁵⁴⁵ et des biens incorporels tels que les droits patrimoniaux, les fonds de commerce, les titres et valeurs mobilières, les brevets, les espèces monétaires scripturales etc. ¹⁵⁴⁶. Ces derniers n'ont pas de consistance physique et leur immatérialité rend leur interception délicate. Or la tradition joue un rôle important dans la constitution du droit réel de disposer. La mise en possession du disposant constitue, en effet, la technique élémentaire d'opposabilité des droits réels. Elle est même parfois érigée en condition de validité (formalisme) et d'efficacité (droit de rétention) du contrat de gage ¹⁵⁴⁷. La création d'un droit réel de disposer des biens incorporels suppose donc d'aménager les règles qui reposent sur cette mise en possession afin d'organiser l'opposabilité du droit réel de disposer des biens incorporels (I) et d'assurer l'efficacité du contrat de nantissement des biens incorporels (II).

§ 1. - *L'opposabilité du droit réel de disposer de biens incorporels*

552. - La mise en possession du disposant a pour première vertu de rendre son droit opposable à ceux qui y sont étrangers. Elle informe les tiers sur l'état du patrimoine du propriétaire du bien et les empêche de placer sciemment le bien grevé dans le patrimoine libre de celui-ci ¹⁵⁴⁸. Lorsque le droit réel de disposer porte sur un bien incorporel et intangible, la question de l'instrument de cette opposabilité se pose puisque ces biens sont par nature fuyants. Comme l'opposabilité de la propriété de

¹⁵⁴³. V. *supra* : n° 492 et s.

¹⁵⁴⁴. V. *supra* : n° 500 et s.

¹⁵⁴⁵. V. *supra* : n° 503 et s.

¹⁵⁴⁶. V. *supra* : n° 219 et s.

¹⁵⁴⁷. V. *supra* : n° 474 et s.

¹⁵⁴⁸. V. *supra* : n° 477.

ces biens, l'opposabilité de leur nantissement peut sembler difficile à organiser, limitée à un cercle d'individus voire impossible à mettre en place. En réalité, l'organisation de l'opposabilité des nantissements de biens incorporels n'est ni inconcevable ni même toujours insatisfaisante : son efficacité dépend du degré d'évanescence des biens incorporels.

Ainsi, certains biens incorporels sont réfractaires à toute fixation. C'est le cas du droit personnel qui est le bien fugitif par excellence. Sauf exception ¹⁵⁴⁹, la créance ne peut pas être immobilisée parce qu'elle est meuble et incorporelle. Il s'ensuit que l'opposabilité de son nantissement demeure assez limitée (A). D'autres biens, quoiqu'incorporels, sont captifs : ce sont les valeurs inscrites en compte, notamment les valeurs mobilières. Pour cette raison, leur nantissement devrait pouvoir être organisé de manière à être opposable aux tiers (B). Enfin, certains biens incorporels peuvent être localisés. Ces biens incorporels sont ceux dont le nantissement est le plus aisément et le plus largement opposable aux tiers car leur publicité est envisageable et elle est le substitut le plus efficace de la dépossession du propriétaire (C).

A. - L'opposabilité limitée du droit réel de disposer des biens incorporels fugitifs

553. - La créance est un bien fuyant parce qu'elle est incorporelle et que le titre qui la constate éventuellement, ne l'incorpore pas. Deux procédés tendent toutefois à assurer l'opposabilité du droit réel de disposer établi sur une créance : la possession de la créance elle-même (1°) et l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil (2°).

1°. - La possession de la créance grevée

554. - La mise en possession du disposant est le procédé élémentaire d'opposabilité aux tiers du droit de disposer du bien d'autrui. Or, l'immatérialité du bien n'exclut pas sa possession. A l'instar de la possession des biens corporels, la possession des biens incorporels épouse les contours de la chose incorporelle ou du droit patrimonial et elle se calque sur les utilités dont ils sont doués. Elle se déclare par la mise en œuvre de ces utilités.

La possession d'une créance suppose donc d'effectuer les actes qu'un créancier accomplit sur créance, à savoir principalement les actes de perception des intérêts et

¹⁵⁴⁹. Les titres au porteur dont l'utilité dépend, pour une grande part, de leur tradition manuelle acquièrent la nature corporelle de leur support papier : v. *supra* n° 308.

du capital ¹⁵⁵⁰. Cette condition est parfaitement remplie en matière de quasi-usufruit puisque son droit permet au quasi-usufruitier d'user de la créance. Nonobstant son immatérialité, la créance grevée d'un quasi-usufruit n'est donc pas réfractaire à une interception efficace et à une publicité. Mais les choses sont moins simples pour le nantissement de créance. Visible en matière de quasi-usufruit, la possession de la créance par le disposant est peu consistante en matière de gage.

555. - La possession d'un droit réel de garantie est plus discrète que celle d'un quasi-usufruit puisqu'elle ne peut pas se calquer sur les actes du titulaire de la créance gagée.

En principe, en détenant le bien engagé, le gagiste détient *le droit réel* de disposer dont il est propriétaire et il possède *le bien* pour le propriétaire ¹⁵⁵¹. Tant que le gage n'est pas réalisé, l'article 2079 du Code civil l'énonce, le constituant demeure le propriétaire du bien et la détention du bien par le créancier nanti n'est qu'un dépôt assurant son privilège. Il s'ensuit que le créancier gagiste est simple détenteur précaire du bien et qu'il ne peut en percevoir les fruits ni en user. L'interdiction implicite de l'article 2079 de faire usage du bien gagé implique que la possession du bien par le gagiste se déclare par une *détention passive*.

555-1. - En l'occurrence, le gagiste n'a pas le droit de percevoir seul le capital de la créance. Si la créance garantie vient à échéance avant la créance gagée, le gagiste doit recourir aux modes de réalisation du droit commun ¹⁵⁵². Lorsque la créance gagée vient à échéance avant la créance garantie, le paiement doit en être reçu conjointement par le constituant et le gagiste, ou par un mandataire commun ¹⁵⁵³ puis consigné ou isolé dans un compte spécial pour faire jouer la subrogation réelle ¹⁵⁵⁴. Selon MM. CABRILLAC et MOULY, le principe de cette perception commune s'explique par le fait que le constituant ne peut disposer d'un bien dont il s'est dessaisi tandis que le gagiste ne peut s'approprier la contrevaletur du bien engagé alors que sa créance garantie n'est pas encore exigible et qu'il n'a pas un droit exclusif sur la créance ¹⁵⁵⁵. D'autres fondent cette situation sur l'obligation de conservation ¹⁵⁵⁶. Les deux explications se rejoignent et se complètent. D'une part, il faut déposséder le constituant pour que soient conservés le bien engagé puis sa contrevaletur (si elle apparaît avant l'échéance de la créance garantie). D'autre part et dans le même temps, il faut éviter le risque de détournement de la contrevaletur du bien par le gagiste dont la créance n'est pas encore exigible. Or ce risque est important en présence d'un bien qui, *par nature*, est destiné à être remplacé par sa

¹⁵⁵⁰. V. *supra* : n° 36.

¹⁵⁵¹. V. *supra* : n° 479 et s.

¹⁵⁵². M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 687, p. 558.

¹⁵⁵³. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 687, p. 558.

¹⁵⁵⁴. M. M. CABRILLAC et C. MOULY, *idem*.

¹⁵⁵⁵. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 687, p. 557-558.

¹⁵⁵⁶. D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, avant propos J. Stoufflet, préf. P. Rémy, Economica, 1986, n° 105, p. 68.

contrevaleur, indépendamment de sa réalisation en tant qu'objet gagé¹⁵⁵⁷. Le principe de cette perception commune opère ainsi un compromis entre le besoin de protection du constituant et le besoin de protection du gagiste.

Aux yeux des tiers, ce mode de perception du capital de la créance n'est pas un signe de possession de la créance par le gagiste. La *détention passive* de la créance gagée est imperceptible puisque la créance gagée est elle-même intangible. Ce qui explique peut-être que la loi vienne renforcer cette détention.

555-2. - L'article 2081 du Code civil donne au créancier gagiste le droit de percevoir les intérêts qu'elle produit pour les imputer sur les intérêts de sa propre créance ou, si la créance garantie n'est pas frugifère, sur son capital. Cette règle déroge à l'interdiction implicite de l'article 2079 et à cet égard, la perception des fruits du bien gagé par le gagiste se rapproche plus de la technique particulière de l'antichrèse que de la manifestation d'une possession de la créance à titre personnel par le gagiste. Mais il est vrai que, du point de vue de l'opposabilité du droit de gage de créance aux tiers, on peut y voir le signe de la possession par le gagiste, de la créance gagée¹⁵⁵⁸. Le fait que le gagiste perçoive les intérêts et se les approprie comme un propriétaire, rend perceptible la détention par lui de la créance gagée et révèle aux tiers que cette créance ne fait plus partie du patrimoine libre du créancier.

L'immatérialité (qui favorise la mobilité) de la créance nantie laissant sa détention peu apparente, voire inconsistante lorsque la créance n'est pas frugifère, la loi prévoit l'accomplissement de formalités destinées à renforcer cette opposabilité et à informer les tiers de l'existence de ce gage.

2°. - L'information du débiteur de la créance grevée

556. - Les articles 2075 du Code civil et 91 alinéa 4 du Code de commerce applicables au nantissement de créances civiles ou commerciales reprennent l'exigence de l'écrit posée à l'article 2074 du Code civil¹⁵⁵⁹. Autrement dit, l'acte de nantissement des créances doit être dressé par écrit afin d'assurer la preuve et

¹⁵⁵⁷. Bien sûr le problème ne se pose pas si le débiteur constituant permet au créancier de se payer de suite avec la contre valeur de la créance. Il faut considérer qu'il y a paiement de la créance garantie avec renonciation au bénéfice du terme (M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 687, p. 558).

¹⁵⁵⁸. Rapp. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 666, p. 543 ; n° 669, p. 545.

¹⁵⁵⁹. Art. 2075 C.Civ. (mod. par la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980) : « Lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique ».

Art. 91, al. 4 C.Com. : « Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 du Code civil en ce qui concerne les créances mobilières, dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ».

MM. CABRILLAC et MOULY, déplorent le maintien de l'exigence de cet écrit en matière de nantissement de créances commerciales alors que, dans les autres hypothèses de gage commercial, l'écrit n'est pas requis et que rien ne justifie cette discrimination (*ibid.*, n° 686, p. 556).

l'opposabilité du gage aux tiers ¹⁵⁶⁰. Ces textes soumettent, en outre, l'écrit à des formalités calquées sur celles prévues par l'article 1690 du Code civil. Comme l'acte de cession de créance, l'acte de nantissement de créance doit être signifié au débiteur de la créance gagée ou accepté par lui dans un acte authentique.

Mais, une fois de plus, le rayonnement du nantissement paraît limité.

En effet, le respect de ces formalités permet d'informer le débiteur de la créance gagée de l'existence du gage et du fait qu'il ne se libérera plus valablement entre les seules mains de son créancier ¹⁵⁶¹. Elle permet également de régler le conflit de droits sur la créance, les dates respectives des significations ou actes authentiques déterminant le droit prioritaire ¹⁵⁶². Mais elle est inapte à prévenir le public de l'existence du gage ¹⁵⁶³. L'information des *penitus extranei* ne tient qu'à une consultation, de leur propre initiative, du débiteur ou du créancier ¹⁵⁶⁴. La prudence leur enjoint donc de se renseigner. L'ensemble des formalités prévues aux articles 2075 du Code civil et 91 alinéa 4 du Code de commerce n'assurent pas une opposabilité du nantissement à l'égard de tous et ne se suffisent pas à elles-mêmes. Il faut, en outre, que les tiers intéressés par la créance engagée s'enquière auprès du débiteur ou du créancier de l'état de cette créance. C'est pourquoi ces formalités ne sont pas l'exact équivalent du procédé d'opposabilité primaire du gage de biens corporels qui réside dans la mise en possession du gagiste.

557. - Une partie de la doctrine a hésité à soumettre l'usufruit des créances aux formalités de l'article 1690 du Code civil parce que, contrairement à la cession de créance, le quasi-usufruit n'est pas un véritable transport de la créance ¹⁵⁶⁵. Certains auteurs considèrent au contraire que, si le quasi-usufruitier n'est pas titulaire d'une quote-part de la créance à l'égal du cocréancier conjoint, il reçoit du nu-proprétaire certains des attributs attachés à la créance ¹⁵⁶⁶. En réalité, parce que le quasi-usufruitier n'acquiert pas le droit de disposer du nu-proprétaire ¹⁵⁶⁷ et qu'il se voit concéder l'utilité (*l'abus*) de la créance, la possession de la créance par le quasi-usufruitier semble constituer le procédé le plus efficace d'opposabilité de son droit au tiers. Cependant, les formalités de l'article 1690 du Code civil seront nécessaires pour informer le débiteur qu'il se libérera valablement entre les mains du quasi-

¹⁵⁶⁰. V. *supra* : n° 487 et s.

¹⁵⁶¹. V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 686, p. 556.

¹⁵⁶². M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 686, p. 556-557. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. IX, *Les sûretés - La publicité foncière*, par L. Aynès, 8^e éd., 1997, n° 523, p. 202.

¹⁵⁶³. M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 686, p. 556-557.

¹⁵⁶⁴. V. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, *Bull. Civ. I*, n° 141, p. 122 ; *Defr.*, 1983, n° 33161, p. 1393, note A. PIEDELIEVRE ; *D.* 1984, J., 433, note G. LÉGIER ; *D.* 1984, IR, 82, obs. M. VASSEUR ; *J.C.P. Ed. N.* 1984, Prat., 31.

¹⁵⁶⁵. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, T. II, *Les biens*, par P. Jourdain, 3^e éd., Paris, Sirey, 1995, n° 86, p. 142. -- V. égal. A. RIEG, *Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil*, V° Usufruit, n° 262 et n° 263.

¹⁵⁶⁶. A. FRANÇON, L'usufruit des créances, *Rev. trim. civ.* 1957, n° 8 et s., p. 7 et s., spéc. n° 11, p. 8. -- Adde R. LIBCHABER, L'usufruit des créances existe-t-il ?, *Rev. trim. civ.* 1997, n° 6, p. 617.

¹⁵⁶⁷. V. première partie et titre I de la seconde partie.

usufruitier ¹⁵⁶⁸. Ce qui permet ensuite aux tiers de s'enquérir de la disponibilité de la créance en se renseignant auprès du débiteur de la créance nantie. L'opposabilité du quasi-usufruit de créances est donc moins limitée que celle du nantissement de créances.

Les biens incorporels autres que la créance sont moins fuyants, ce qui profite à leur nantissement autant qu'à leur quasi-usufruit.

B. - L'entiercement des biens incorporels inscrits en compte ?

558. - Certains biens incorporels, comme les valeurs mobilières, font l'objet d'une inscription en compte. Cette inscription en compte ne fait pas de ces biens des biens corporels ¹⁵⁶⁹ mais elle leur donne un point d'ancrage et elle les immobilise. Pour cette raison, l'inscription en compte devrait également faciliter l'opposabilité du droit réel de disposer dont ils peuvent être l'objet. En effet, la mise en possession du disposant peut se faire par inscription des valeurs grevées, sur un compte ouvert à son nom. De sorte que les tiers ne sont pas tentés de placer ces biens dans le patrimoine libre du nu-propriétaire.

Dans la mesure où le quasi-usufruitier est admis à disposer des biens pour son propre compte, dès lors qu'il a dressé inventaire et fourni caution de jouir en bon père de famille, il doit être mis en possession des biens et le teneur du compte doit être informé de cette dépossession. Car le quasi-usufruitier devient le donneur d'ordres pour les opérations à accomplir sur les valeurs mobilières. Inscrites à un compte spécial, ces valeurs peuvent donc être individualisées afin que l'usage et la possession en soit réservés au quasi-usufruitier.

Il devrait en aller de même du nantissement des valeurs mobilières. Pour mettre en possession le créancier gagiste et rendre opposable aux tiers ce nantissement, il suffirait d'inscrire ces valeurs en compte. En vérité, le gage de compte d'instruments financiers, et par là même le gage de valeurs mobilières, fait découler cette opposabilité d'une simple déclaration du titulaire du compte gagé.

559. - L'article 29 alinéa 1^{er} de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 (mod. L. n° 96-597 du 2 juillet 1996 - art. 102) décide que « la constitution en gage d'un compte d'instruments financiers est réalisée, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des *tiers*, par une *déclaration* signée par le titulaire du compte » ¹⁵⁷⁰ et comportant les mentions fixées par décret ¹⁵⁷¹. L'opposabilité de ce

¹⁵⁶⁸. V. A. FRANÇON, *ibid.*, n° 9, p. 8.

¹⁵⁶⁹. V. not. *supra* : n° 331 et S. ; *adde* n° 307 et s.

¹⁵⁷⁰. Les mots en italique sont soulignés par nous.

¹⁵⁷¹. Ces mentions indiquent notamment la date du gage, l'identification des parties, le montant de la créance garantie, les éléments d'identification du compte spécial, la nature et nombre des instruments

gage ne tient donc pas à l'ouverture d'un compte spécial où seraient inscrites les valeurs nanties. Selon la loi, elle découle de la rédaction d'une déclaration du titulaire du compte par laquelle il avise le teneur du compte de la mise en gage de tout ou partie des valeurs inscrites à son compte.

A cette occasion, il a été dit que le teneur du compte devenait tiers convenu par l'effet de la déclaration ¹⁵⁷². En somme, le créancier gagiste serait mis en possession des valeurs nanties par entiercement. Mais cette qualification semble contestable. En effet, dans la mesure où le teneur du compte est celui-là même qui détenait les valeurs avant qu'elles ne soient engagées, les tiers ne sont pas censés savoir qu'il est devenu tiers convenu. Il faudrait avertir les tiers de ce changement de qualité du teneur du compte ¹⁵⁷³. Or, le compte sur lequel sont inscrites les valeurs nanties est ouvert au nom du constituant ¹⁵⁷⁴. L'ouverture d'un compte spécial n'est pas obligatoire. De plus, le procédé informatique qui peut servir à distinguer, au sein d'un même compte, les valeurs nanties de celles qui ne le sont pas, est un procédé d'identification dont les tiers n'ont pas spontanément connaissance. Enfin, la loi ne fait dépendre l'opposabilité du gage de compte d'instruments financiers, que de la déclaration du titulaire du compte ¹⁵⁷⁵.

La déclaration du titulaire du compte par laquelle il avise le teneur du compte du nantissement des valeurs est une mesure d'opposabilité assez proche des formalités des articles 2075 du Code civil et 91 alinéa 4 du Code de commerce, requises en matière de nantissement de créance. Elle permet d'informer le teneur de compte et la société émettrice, là où les formalités susvisées permettaient d'informer le débiteur de la créance gagée. Mais, à l'instar de ces formalités, elle n'informe pas le public. Les tiers intéressés par les instruments financiers doivent se renseigner auprès du teneur du compte sur la disponibilité de ces valeurs. Seul le nantissement des biens incorporels localisables peut donner lieu à une publicité efficace.

financiers inscrits initialement au compte gagé. Elles sont obligatoires ; le décret n° 97-509 du 21 mai 1997 (art. 1^{er}) dit, en effet, de la déclaration qu'elle « doit [les] contenir ».

¹⁵⁷² D. FASQUELLE, Le nantissement des valeurs mobilières, *Rev. trim. com.* 1995, n° 25 et s., p. 13 et s. ; spéc. n° 29 et s., p. 16 et s. -- *Adde* : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1995, n° 694, p. 566 (mais les deux auteurs ne reprennent pas cette idée dans l'édition de 1997).

¹⁵⁷³ De même qu'en matière de gage de biens corporels, lorsque la dépossession du débiteur se fait sans déplacement matériel, les tiers sont avertis de la dépossession par des pancartes ou affiches bien visibles apposées sur les locaux où sont entreposés les biens gagés (M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, n° 670, p. 545 et s.).

¹⁵⁷⁴ V. M. BILLIAU : « Le compte [...] reste inscrit au nom du constituant [...] ce dont on devrait logiquement déduire une absence de dépossession » (Feu le « gage de valeurs mobilières en compte » - Naissance du « gage des comptes d'instruments financiers » - Aperçu rapide sur l'article 102 de la loi du 2 juillet 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1996, n° 39, *Actualités*, 25/09/96).

¹⁵⁷⁵ De surcroît, il n'est pas dit que le teneur du compte ait le pouvoir de virer ces titres vers un autre compte sur l'ordre du seul gagiste (V. sur le droit de rétention du gagiste de compte d'instruments financiers : *infra* n° 570).

C. - La publicité du droit réel de disposer des biens incorporels localisables

560. - En matière de gage de biens incorporels, la publicité par inscription sur un registre est la mesure d'opposabilité la plus efficace, le meilleur substitut de la mise en possession du gagiste. D'ailleurs, les biens incorporels qui en bénéficient ne sont pas rares.

Ainsi, le nantissement du fonds de commerce doit être inscrit sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce¹⁵⁷⁶, ce qui confère au créancier nanti un droit de suite dont il peut se prévaloir à l'égard de l'acquéreur du fonds¹⁵⁷⁷. Le brevet d'invention apporté en garantie d'une créance donne lieu à une publication à l'Institut National de la Propriété Industrielle, qu'il soit nanti isolément ou en tant qu'élément d'un fonds de commerce¹⁵⁷⁸. Dans le second cas, le nantissement fait également l'objet d'une inscription au greffe du tribunal de commerce¹⁵⁷⁹. Le nantissement de logiciel¹⁵⁸⁰ doit être publié au Registre national spécial des logiciels¹⁵⁸¹. Quant au nantissement de parts sociales, il fait l'objet d'une inscription au Registre du commerce et des sociétés¹⁵⁸² qui permet de classer les nantissements successifs constitués sur les mêmes parts et d'opposer le nantissement aux tiers¹⁵⁸³.

561. - Le gage de biens meubles avoisine ainsi l'hypothèque. Et le rapprochement n'est pas artificiel puisque, à l'image des engins de transport, les biens visés sont *localisables*. Ils font l'objet d'une publicité parce qu'ils sont visibles ou ont un port d'attache. Le fonds de commerce a pignon sur rue, ne serait-ce qu'en raison du droit au bail sur un local ; le brevet fait l'objet d'un recensement préalable à l'I.N.P.I. et les parts sociales émanent de sociétés qui sont elles-mêmes inscrites au Registre du commerce et des sociétés. Ces biens meubles incorporels ne sont donc pas aussi insaisissables qu'il peut paraître à première vue. Leur nature mobilière et

¹⁵⁷⁶ Loi du 17 mars 1909, art. 10.

¹⁵⁷⁷ Le débiteur n'étant pas dépossédé, il peut, en effet, aliéner le fonds. -- V. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 531, p. 207.

¹⁵⁷⁸ Sur cette publicité du nantissement d'un brevet isolé (Loi du 2 janvier 1968, art. 46) ou compris dans un fonds de commerce lui-même nanti (Loi du 17 mars 1909, art. 9 et 24) : v. P. SALVAGE-GEREST, Le gage des brevets d'invention, *J.C.P. Ed. G.* 1978, II, 12781, n° 3, n° 18 et s., n° 31.

L'absence de dépossession du débiteur lui laisse la charge de conserver le brevet nanti (Sur ce point : v. P. SALVAGE-GEREST, *loc. cit.*, n° 32 et s.).

¹⁵⁷⁹ Loi du 17 mars 1909, art. 10, al. 2.

¹⁵⁸⁰ « Ce qui est nanti, ce n'est pas, à proprement parler, le logiciel mais le "droit d'exploitation" de ce dernier. On ne nantit pas directement le droit d'auteur, sans doute à cause du droit moral dont il ne subsiste que de traces en matière de logiciel » (H. CROZE, Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels - Décret n° 96-103 du 2 février 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1996, n° 13, Actualités, 27/03/96, n° 7).

¹⁵⁸¹ Sur les modalités de cette publicité : V. le décret n° 96-103 du 2 février 1996 (*J.O.* du 9 février 1996) et H. CROZE, *loc. cit.*, n° 11 et s. -- Mais le texte n'institue pas une procédure officielle de dépôt (H. CROZE, *loc. cit.*, n° 14 et s.). Et parce que le texte ne pose pas une obligation systématique de publier les cessions de logiciels, H. CROZE doute que le nantissement soit opposable au cessionnaire par le simple fait de sa publication, même si elle ôte à cet acquéreur la protection possessoire de l'article 2279 du Code civil (*loc. cit.*, n° 14, n° 11 et n° 19).

¹⁵⁸² C.Civ., art. 1866 ; D. n° 78-704 du 3 juillet 1978, art. 53 à 57.

¹⁵⁸³ En ce sens : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 690, p. 560. -- *Contra* : elle ne serait pas une condition d'opposabilité du nantissement aux tiers mais seulement un mode de détermination du rang de créanciers nantis : V. en ce sens, Paris, 29 oct. 1987 (*D.* 1987, IR, 262) et Paris, 5 janvier 1990 (*D.* 1990, J., 422, note J.-C. GROSLIÈRE).

incorporelle n'empêche pas de les intercepter pour rendre leur propriété et leur nantissement opposables aux tiers.

562. - Dès lors que le bien incorporel est difficilement perceptible, l'immatérialité du bien limite l'efficacité de l'opposabilité du nantissement qui le grève. La mise en possession du disposant passe principalement par la détention du bien grevé, or cette détention n'est pas toujours visible. La même difficulté surgit lorsqu'il est question d'assurer l'efficace du nantissement de biens incorporels ; la perfection et l'efficacité du contrat de nantissement supposent également la mise en possession du créancier gagiste.

§ 2. - L'efficace du nantissement de biens incorporels

563. - L'efficace du nantissement de biens incorporels fait référence à la perfection du contrat et à son efficacité. S'agissant de la formation du contrat, on l'a vu ¹⁵⁸⁴, la tradition de l'objet gagé au gagiste participe de la protection du consentement du débiteur. Elle assure que ce consentement est donné et que le contrat est formé en pleine connaissance de cause. De surcroît, le privilège du gagiste est subordonné à la possession, par lui, de l'objet engagé. Or, si la possession du bien incorporel est limitée en matière d'opposabilité ¹⁵⁸⁵, *a fortiori* est-elle ici peu satisfaisante. Pour garantir la perfection du contrat, la loi a donc prévu des formalités de substitution qui ne sont autres que des solennités (A). Quant à l'efficacité du contrat de nantissement de biens incorporels, elle dépend de l'existence ou de l'absence d'un droit de rétention au profit du créancier nanti (B).

A. - La perfection du nantissement : les solennités

564. - Lorsque le bien nanti est incorporel, il est malaisé pour le créancier nanti d'en exercer la possession. Corrélativement, le propriétaire du bien n'a pas le sentiment d'en perdre la maîtrise, d'autant plus qu'il continue à pouvoir en faire usage sous la seule réserve de ne pas porter atteinte à sa valeur. Dans ces conditions, le rôle que joue la dépossession du constituant dans la perfection du contrat n'est pas assuré. Aussi, pour remplacer la dépossession du débiteur, la loi prévoit en matière de nantissement de créances (1°), de gage de compte d'instruments financiers (2°) ou

¹⁵⁸⁴. V. *supra* : n° 479 et s.

¹⁵⁸⁵. V. *supra* : n° 552 et s.

de gage d'autres biens incorporels (3°), l'accomplissement de solennités semblables à la solennité hypothécaire.

1°. - Le nantissement de créances

565. - En matière de nantissement de créance, l'écrit et les formalités auxquels font référence les articles 2074, 2075 du Code civil et l'article 91 alinéa 4 du Code de commerce¹⁵⁸⁶ semblent requis pour la validité du contrat. Ils ont, ensemble, un rôle identique à celui que joue la solennité hypothécaire dans la perfection du contrat d'hypothèque ou la tradition dans la formation du contrat de gage de biens corporels. Cette double formalité fait prendre conscience au constituant des effets du contrat de gage en concrétisant l'acte d'impignoration.

D'une part, l'écrit authentique ou sous seing privé dûment enregistré exigé (art. 2074 C.Civ.) permet de déterminer le bien engagé, outre le fait qu'il spécifie la créance garantie. D'autre part, la signification de cet écrit au débiteur de la créance gagée ou son acceptation par lui dans un acte authentique (art. 2075 C.Civ.) permet aux parties au contrat de gage de s'assurer du fait que le débiteur de la créance gagée a connaissance de l'existence du gage et sait qu'il ne s'acquittera plus valablement entre les seules mains du constituant, sauf à se rendre complice du délit de détournement d'objets donnés en gage¹⁵⁸⁷. En ce sens, bien qu'elles aient principalement pour fonction d'informer le débiteur du nantissement de la créance, elles participent aussi à la perfection du contrat de nantissement de créance¹⁵⁸⁸.

Sans l'accomplissement de ces deux formalités, le contrat de gage est imparfait, même s'il constitue tout de même une promesse de gage qui n'a pas été régularisée¹⁵⁸⁹.

566. - De longue date¹⁵⁹⁰, la jurisprudence subordonne la perfection du contrat de nantissement de créances à la remise de l'écrit constatant la créance gagée, au

¹⁵⁸⁶ V. *supra* : n° 487 et s. ; n° 552 et s.

¹⁵⁸⁷ A. PIEDELIÈVRE, note sous Civ. 1ère, 10 mai 1983, *Defr.*, 1983, n° 33161, p. 1396.

¹⁵⁸⁸ Rappr. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 686, p. 556. -- Cf. M. VASSEUR (Obs. sur Civ. 1ère, 10 mai 1983, *D.* 1984, IR, 82) et G. LÉGIER (Note sous le même arrêt, *D.* 1984, J., 433 et s.) pour lesquels la signification n'est qu'une mesure d'opposabilité aux tiers.

¹⁵⁸⁹ V. en ce sens, sur le gage de la valeur liquidative d'une police d'assurance : Civ. 1ère, 6 janvier 1994, *Bull. Civ. I*, n° 4, p. 3 ; *J.C.P. Ed. E*, 1994, I, 365, n° 18, obs. P. SIMLER et P. DELEBECQUE ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, IV, n° 595. -- V. égal. sur un gage de créances futures : Com., 28 janvier 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22791, rapport J.-P. RÉMERY ; *D.* 1996, Som., 140, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER.

¹⁵⁹⁰ Req., 11 juin 1846, *D.P.* 1846, I, 252. -- Req., 13 mars 1888, *D.P.* 1888, I, 351 ; S. 1888, I, 302 ; *Journ. not.* 1888, art. 24147, p. 658. Civ., 19 février 1894, *D.P.* 1894, I, 420 ; S. 1894, I, 273, note C. LYON-CAEN ; *Journ. not.* 1894, art. 25543, p. 661. -- Rappr. à propos des parts d'intérêts de sociétés de personnes : T.G.I. Paris, 3 nov. 1967, *Gaz. Pal.* 1968, I, J., 269 ; *D.* 1968, Som., 54 (Toutefois, l'arrêt fait un amalgame entre l'opposabilité du nantissement aux tiers et sa validité en tant que contrat réel). -- V. dans ce sens : S. ROGIER, *De la mise en gage des créances en droit français*, Paris, 1929, p. 79 ; adde p. 48. -- Sur l'exposé des opinions doctrinales : v. M. ZUIN, *Les aspects nouveaux du droit des sûretés ayant pour objet les créances mobilières*, Paris II, 1982, p. 40 et s.

gagiste. Pourtant, comme de nombreux auteurs l'ont souligné, cette exigence est critiquable. Le titre qui constate la créance ne l'incorpore pas : il ne fait que prouver son existence ¹⁵⁹¹. Ensuite, il peut exister plusieurs exemplaires de l'acte ¹⁵⁹². Enfin, les textes n'exigent pas cette remise. Aussi la doctrine espère-t-elle ¹⁵⁹³ que l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 10 mai 1983 ¹⁵⁹⁴ marque l'abandon de cette condition. Dans cette décision, la Cour suprême a, en effet, écarté l'exigence de la remise du titre au motif qu'elle était matériellement impossible.

La constitution du gage de compte d'instruments financiers est plus légère puisqu'une déclaration du débiteur suffit à parfaire le contrat.

2°. - Le gage de compte d'instruments financiers

567. - La constitution du gage de compte d'instruments financiers est réalisée entre les parties (et à l'égard de la personne morale émettrice) par une déclaration signée par le titulaire du compte, celle-là même qui la rend opposable aux tiers, décide le nouvel article 29 alinéa 1^{er} de la loi du 3 janvier 1983 (dans sa formulation issue de la loi du 2 juillet 1996) ¹⁵⁹⁵. La déclaration signée par le titulaire du compte et adressée au teneur du compte n'est donc pas seulement une mesure d'opposabilité du gage aux tiers, elle est aussi une condition de sa validité. Et selon la loi, elle est nécessaire et suffisante ¹⁵⁹⁶. Aucune autre condition de validité n'est requise par la loi, sauf s'il existe une clause d'agrément ou de préemption. Auquel cas l'accord préalable de la société devient nécessaire ¹⁵⁹⁷. En particulier, l'individualisation des valeurs nanties ou l'ouverture d'un compte spécial n'est pas une mesure substantielle ; elle ne concerne que la mise en œuvre du gage ¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹¹. G. LÉGIER, note sous Civ. 1ère, 10 mai 1983, *D.* 1984, J., n° 14, p. 436. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 524, p. 203.

¹⁵⁹². G. LÉGIER, note sous Civ. 1ère, 10 mai 1983, *D.* 1984, J., n° 13, p. 436. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 524, p. 203.

¹⁵⁹³. A. PIEDELIÈVRE, note sous Civ. 1ère, 10 mai 1983, *Defr.*, 1983, n° 33161, p. 1398. -- G. LÉGIER, note sous Civ. 1ère, 10 mai 1983, *D.* 1984, J., 433 et s. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 524, p. 203. -- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 686, p. 557.

¹⁵⁹⁴. En l'occurrence, la créance n'était pas encore liquidée et n'était affectée en garantie que pour partie : Civ. 1ère, 10 mai 1983, *Bull. Civ. I*, n° 141, p. 122 ; *Defr.*, 1983, n° 33161, p. 1393, note A. PIEDELIÈVRE ; *D.* 1984, J., 433, note G. LÉGIER ; *D.* 1984, IR, 82, obs. M. VASSEUR ; *J.C.P. Ed. N.* 1984, Prat., 31.

¹⁵⁹⁵. Dans son ancienne formulation, l'article 29 n'érigeait pas cette déclaration en condition de validité du gage ; la formalité n'était requise que pour son opposabilité aux tiers et à la personne morale émettrice.

¹⁵⁹⁶. M. BILLIAU, Feu le « gage de valeurs mobilières en compte »..., *loc. cit.* -- D.R. MARTIN, Du gage d'actifs scripturaux, *D.* 1996, Chr., n° 14, p. 266. -- *Adde* : S. MOUY et H. DE VAUPLANE, La réforme du nantissement des titres dématérialisés, *Banque et Droit*, n° 48, juillet-août 1996, p. 5. -- D. BUREAU, L'art législatif sur le vif - A propos du nantissement de compte d'instruments financiers, *D.* 1997, Chr., n° 5, p. 74. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 520, p. 200.

¹⁵⁹⁷. D. FASQUELLE, *loc. cit.*, n° 12 et s., p. 8 et s.

¹⁵⁹⁸. En ce sens : D.R. MARTIN, Du gage d'actifs scripturaux, *loc. cit.*, n° 15, p. 266. -- *Contra* : selon MM. S. MOUY et H. DE VAUPLANE, « le virement au compte spécial ne constitue pas une simple

Dans ces conditions, le nantissement de compte d'instruments financiers semble faire exception à la réalité du contrat de gage. La déclaration constitutive du gage n'emporte pas la dépossession du titulaire du compte¹⁵⁹⁹. Le fait que le teneur du compte soit informé de la constitution du gage ne signifie pas nécessairement qu'il puisse interdire toute opération au titulaire du compte qui perdrait ainsi la maîtrise du compte. Le texte précité dispose, en effet, en son alinéa 4 que « le créancier gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers... » et il ne prévoit pas de conditions de validité supplémentaires au cas où le gagiste laisserait au débiteur une grande latitude dans la gestion du compte.

A défaut d'être réel, le contrat serait solennel¹⁶⁰⁰ bien que, contrairement au droit commun du gage, la loi n'impose pas l'enregistrement de la déclaration. Toutefois, il est vrai que les parties peuvent choisir de soumettre la constitution de ce gage au droit commun¹⁶⁰¹ ; ce qui était déjà admis avant la réforme¹⁶⁰².

3°. - Le gage des autres biens incorporels

568. - Le nantissement des autres biens incorporels fait l'objet de solennités proches de celles prévues en matière de nantissement de créances.

Ainsi, le nantissement de fonds de commerce doit être constaté dans un acte authentique ou sous seing privé enregistré¹⁶⁰³. S'il comprend des brevets, ceux-ci doivent être expressément désignés dans l'acte¹⁶⁰⁴. Le nantissement des parts sociales doit être constaté par acte authentique, ou par acte sous seing privé signifié à la société ou accepté par elle dans un acte authentique¹⁶⁰⁵. En outre, la société civile étant une société de personnes et la réalisation du nantissement pouvant aboutir à une vente forcée et à l'acquisition des parts par des tiers, la loi prévoit une procédure d'agrément du créancier nanti¹⁶⁰⁶.

condition d'opposabilité : elle constitue au contraire l'élément essentiel du gage, en procédant à la "dépossession" des biens gagés » (La réforme du nantissement des titres dématérialisés, *loc. cit.*, p. 5).

¹⁵⁹⁹. *Contra* : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 520, p. 200. -- *Adde* : D. FASQUELLE (*Loc. cit.*, n° 25 et s., p. 13 et s. ; spéc. n° 29 et s., p. 16 et s.), mais l'auteur commente l'ancien article 29 de la loi du 3 janvier 1983 qui n'érigeait pas la déclaration en condition de validité du gage mais la qualifiait de mesure d'opposabilité du gage.

¹⁶⁰⁰. Sur le caractère solennel de la déclaration : D.R. MARTIN, *Du gage d'actifs scripturaux*, *loc. cit.*, n° 14, p. 266. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 520, p. 200.

¹⁶⁰¹. M. BILLIAU, *Feu le « gage de valeurs mobilières en compte »*, *loc. cit.*

¹⁶⁰². *Com.*, 7 mars 1995, *Defr.*, 1995, art. 36091, p. 684, obs. H. HOVASSE.

¹⁶⁰³. Loi du 17 mars 1909, art. 10.

¹⁶⁰⁴. Loi du 17 mars 1909, art. 24. -- Sur ce point, v. SALVAGE-GEREST, *Le gage des brevets d'invention*, *J.C.P. Ed. G.* 1978, II, 12781, n° 3, n° 20.

¹⁶⁰⁵. Art. 1866 C.Civ.

¹⁶⁰⁶. C.Civ., art. 1867 ; D. n° 78-704 du 3 juillet 1978, art. 49-50.

Néanmoins, pour le nantissement d'un brevet isolé, la loi impose un écrit à peine de nullité sans exiger qu'il soit enregistré ¹⁶⁰⁷. Certains auteurs suggèrent d'alourdir ce gage en imposant la remise du titre au créancier ¹⁶⁰⁸. Mais cette remise ne serait pas plus satisfaisante qu'elle ne l'est en matière de nantissement de créances ¹⁶⁰⁹.

Enfin, les nantissements de logiciels doivent être constatés par un écrit à peine de nullité ¹⁶¹⁰ sans que l'enregistrement de l'écrit ne soit requis.

Le solennel se substitue donc au réel pour assurer la perfection du nantissement de biens incorporels. Il est moins certain qu'il puisse faire office de droit de rétention, dont dépend, pourtant, l'efficacité du gage (art. 2076 C.Civ.).

B. - L'efficacité du nantissement : le droit de rétention

569. - Le créancier titulaire d'un gage sur un bien incorporel ne pourrait pas bénéficier du droit de rétention et ne connaîtrait donc pas l'avantage particulier qui s'attache au droit de rétention du gagiste, à savoir la primauté sur les autres créanciers même privilégiés, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires du débiteur. Car le droit de rétention tirerait sa supériorité de la détention physique d'une chose ; ce qui l'écarterait naturellement du domaine des biens incorporels ¹⁶¹¹. Ainsi le créancier titulaire d'un nantissement sur un fonds de commerce ne pourrait pas bénéficier d'un droit de rétention ¹⁶¹². De même, le gagiste qui détient ou possède la créance garantissant sa propre créance ¹⁶¹³ ne pourrait la retenir et de ce fait n'aurait pas de droit de rétention.

570. - Pourtant, on peut se demander si cette impossibilité est absolue. L'exclusion totale du droit de rétention du domaine de biens incorporels semble excessive dans la mesure où l'immatérialité d'un bien n'interdit pas de le posséder ou de le détenir ¹⁶¹⁴ voire de le retenir. D'ailleurs, même en matière de gage de biens corporels, le droit de rétention se dématérialise. Il s'opère par le biais de la détention des documents qui représentent la marchandise, par exemple ¹⁶¹⁵. Car le droit de rétention a un contenu négatif : il permet de s'abstenir de rendre une chose sans pour

¹⁶⁰⁷ Loi du 2 janvier 1968, art. 43.

¹⁶⁰⁸ P. SALVAGE-GEREST, *loc. cit.*, n° 19, n° 20.

¹⁶⁰⁹ P. SALVAGE-GEREST, *loc. cit.*, n° 30.

¹⁶¹⁰ Loi n° 94-361 du 10 mai 1994, art. L. 132-34.

¹⁶¹¹ Dans ce sens : N. CATALA, De la nature juridique du droit de rétention, *Rev. trim. civ.* 1967, n° 19, p. 35. -- D.R. MARTIN, note sous Paris, 25 janvier 1977, *D.* 1977, J., 404 et Du gage d'actifs scripturaux, *loc. cit.*, n° 18, p. 267. -- F. DERRIDA, obs. sur le même arrêt (*D.* 1977, J., 405).

¹⁶¹² P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés*, par L. Aynès, 1997, n° 531, p. 207.

¹⁶¹³ V. *supra* : n° 553 et s.

¹⁶¹⁴ V. *supra* : n° 217 et s. ; *adde* : n° 236 et s.

¹⁶¹⁵ V. par ex. Paris, 25 janvier 1977, préc. -- Note G. H. sous l'arrêt (*Gaz. Pal.* 1978, I, J., 75). -- V. égal. F. DERRIDA, La « dématérialisation » du droit de rétention, *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1966, n° 7 et s., p. 184 et s. -- P. DEVÉSA, La rétention de documents : contribution à la notion générale de rétention, *L.P.A.*, n° 73 du 19 juin 1995, n° 4, p. 12 ; v. égal. n° 41 et s., p. 17 et s.

autant avoir de pouvoir sur la chose ou contre la personne de son propriétaire ¹⁶¹⁶. Or, certains biens incorporels sont captifs, comme les instruments financiers inscrits en compte. Ces biens peuvent faire l'objet d'une rétention malgré leur immatérialité. On peut concevoir qu'ils soient retenus par le gagiste par l'intermédiaire d'un tiers convenu, le teneur du compte gagé. Le virement des valeurs nanties sur un compte spécial ou leur identification informatique et l'interdiction pour le teneur du compte de virer les valeurs sur un autre compte autrement que sur l'ordre du gagiste aboutissent à cette rétention des valeurs par le gagiste ¹⁶¹⁷.

D'ailleurs, le droit de rétention n'est pas un droit réel mais une modalité affectant l'obligation de restitution ou de délivrance du rétenteur ¹⁶¹⁸, de sorte qu'on peut admettre que la rétention physique prétendument constitutive du droit de rétention ait pour équivalent l'impossibilité pour le débiteur de faire usage du bien contre le gré du gagiste. Ainsi, les sûretés mobilières sans déplacement peuvent être assorties d'obligations personnelles à la charge du débiteur : « *elles sont de véritables "succédanés" de la détention matérielle* » ¹⁶¹⁹. Et si l'on hésite à assimiler les deux situations, on peut noter qu'il suffit, en l'occurrence, que le gagiste puisse empêcher le débiteur ou ses ayants-cause de reprendre la chose déposée entre les mains d'un tiers convenu pour que l'effet du droit de rétention se produise ¹⁶²⁰. Cependant, ce n'est pas la voie empruntée par le législateur en 1996.

571. - Depuis la réforme du 2 juillet 1996 (art. 102), le gagiste de compte d'instruments financiers bénéficie d'un droit de rétention, mais ce droit ne semble pas lui être attribué sur le fondement de la rétention réelle du bien. En effet, le nouvel article 29 alinéa 4 de la loi du 3 janvier 1983 énonce que « le créancier

¹⁶¹⁶ N. CATALA, De la nature juridique du droit de rétention, *loc. cit.*, n° 2, p. 13. -- R. LIBCHABER, obs. sur Com., 20 mai 1997, D. 1998, Som., 115-116.

¹⁶¹⁷ En ce sens et s'agissant du droit de rétention des valeurs mobilières inscrites en compte et gagées conformément à l'ancien article 29 de la loi du 3 janvier 1983 : P. LE CANNU, Le nantissement conventionnel des actions, *Bull. Joly*, n° 11, novembre 1993, par. 322, n° 12, p. 1096.

¹⁶¹⁸ Mme N. CATALA considère que la rétention joue le rôle d'une voie d'exécution privée (De la nature juridique du droit de rétention, *loc. cit.*, n° 1, p. 10 ; v. égal. n° 29, p. 42-43 ; n° 17, p. 33), qu'elle est une modalité d'une dette (*Ibid.*, *passim*) et que c'est par un droit personnel qu'est assurée la protection du rétenteur, ce droit suspendant l'exigibilité de son obligation de délivrance du bien (*Ibid.*, n° 3, p. 15 ; n° 17 et s., p. 33 et s.). -- Comp. R. LIBCHABER selon qui le droit de rétention n'est ni d'un droit réel ni d'un droit personnel, mais une tolérance, une voie de fait, exceptionnellement admise en raison de sa considérable efficacité (Obs. préc.). -- V. égal. F. DERRIDA, *loc. cit.*, n° 4, p. 181-182. -- P. DEVESA, *loc. cit.*, n° 54 et s., p. 19 et s. -- C. SCAPEL, Le droit de rétention en droit positif (Un îlot de résistance au contrôle du juge), *Rev. trim. civ.* 1981, n° 1, p. 540. -- F. CHABAS et P.-J. CLAUX, Disparition et renaissance du droit de rétention, D. 1972, Chr., p. 20 et s.

¹⁶¹⁹ V. F. DERRIDA, *loc. cit.*, n° 14, p. 193 (Les mots en italique sont soulignés par l'auteur).

¹⁶²⁰ En ce sens : D. FASQUELLE selon qui « le créancier gagiste a la faculté de bloquer les valeurs sur le compte et par conséquent d'en interdire la livraison n'en donnant pas mainlevée au teneur de compte. Il y a donc sinon un droit de rétention, du moins un droit qui entraîne des effets identiques à celui d'un droit de rétention et qui doit lui conférer les mêmes prérogatives » (*Loc. cit.*, n° 45, p. 23). -- H. HOVASSE, note sous Aix-en-Provence, 2 avril 1992, *Dr. sociétés*, déc. 1992, n° 262, p. 17. -- V. égal. Dijon, 1^{er} février 1994, *Banque et Droit*, mai-juin 1994, n° 35, p. 33, note J.-L. GUILLOT. -- Rapp. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 509, p. 424-425. -- V. égal. M. BILLIAU pour qui « la reconnaissance d'un tel droit était inutile pour assurer la protection du créancier. En effet, à défaut de convention, ou en cas de silence de celle-ci, le constituant ne peut disposer des instruments qui y figurent (raisonnement au moins *a contrario*) » (Feu le « gage de valeurs mobilières en compte »..., *loc. cit.*).

gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte gagé. Le créancier gagiste bénéficie *en toute hypothèse* d'un droit de rétention sur les instruments financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte gagé »¹⁶²¹. Autrement dit, le gagiste convient avec le titulaire du compte gagé de leurs interventions respectives dans la gestion - et donc dans la conservation - du compte gagé. Il peut en résulter que le constituant a toute latitude pour gérer son compte ou, au contraire, se voit interdire tout acte de gestion¹⁶²². Mais dans tous les cas et quoi qu'il en soit, la loi répute le gagiste rétenteur du compte engagé. Son droit de rétention se rapproche alors davantage de la rétention fictive du vendeur à crédit d'automobile¹⁶²³ même si elle peut parfois correspondre à une rétention effective.

Conclusion de la section I

572. - L'efficacité de l'opposabilité du droit réel de disposer et l'efficience du nantissement des biens incorporels est à l'image de l'appréhension des biens incorporels.

Les biens incorporels étant des créations intellectuelles, leur appréhension est intellectuelle, de sorte que l'opposabilité de leur nantissement repose principalement sur l'accomplissement de formalités purement juridiques et qu'elle contraint les tiers intéressés par le bien grevé à s'enquérir de sa disponibilité. Il est vrai que la difficulté d'organisation de la publicité du nantissement des biens incorporels tient aussi au droit réel lui-même. Le quasi-usufruit est visible pour les tiers parce que l'exercice de ce droit réel de disposer suppose la mise en possession du disposant ; en exerçant son droit, le quasi-usufruitier le divulgue. Au contraire, parce que le créancier gagiste n'est pas admis à disposer ni à user du bien avant la défaillance définitive du débiteur, sa possession ne peut se manifester par des actes tangibles. Si, de surcroît, le bien demeure entre les mains du débiteur, l'opposabilité du gage est mal assurée et l'accomplissement de formalités purement juridiques s'impose.

Pour la même raison, l'efficience du nantissement de biens incorporels est problématique. C'est pourquoi la perfection du nantissement de biens incorporels est assurée de la manière qui suit : les formalités, réelles en matière de gage de biens corporels, sont remplacées par des solennités semblables à la solennité hypothécaire ; elles résident principalement dans la rédaction d'un écrit authentique ou sous seing privé. Quant au droit de rétention et à la conservation de son privilège par le gagiste, il pourrait être assuré par la détention immatérielle du bien. La possession d'un bien incorporel étant possible, la rétention d'un bien incorporel l'est

¹⁶²¹. Les mots en italique sont soulignés par nous.

¹⁶²². V. S. Mouy et H. DE VAUPLANE, La réforme du nantissement des titres dématérialisés, *Banque et Droit*, n° 48, juillet-août 1996, p. 5.

¹⁶²³. *Contra* : D.R. MARTIN pour qui il faut voir dans le droit de rétention du gagiste de compte d'instruments financiers la reconnaissance d'un trait de régime inhérent à la nature corporelle des droits scripturaux (Du gage d'actifs scripturaux, *loc. cit.*, n° 18, p. 267). -- V. *supra* n° 581.

aussi. Et même, la rétention consistant à empêcher le débiteur de retrouver la possession de son bien, la détention du bien n'est pas une exigence absolue. Enfin, la loi répute la qualité de rétenteurs des titulaires de certains biens incorporels (on pense, par exemple, au droit de rétention dans le gage de compte d'instruments financiers).

La spécificité du régime du droit réel de disposer peut également tenir au contrat dans lequel est enchâssé le droit.

SECTION II.

La spécificité du régime du droit réel de disposer tenant au contrat dans lequel est enchâssé le droit

573. - La formation d'un droit réel de disposer isolé a été examinée tout au long de cette étude. La question se pose à présent de savoir si ce droit patrimonial ne peut pas être constitué dans le cadre d'une opération juridique complexe. En somme, il est temps de rechercher si un contrat déjà porteur de droits patrimoniaux, réels ou personnels ne peut pas créer un droit réel de disposer au profit de l'un des cocontractants, sur le bien objet du contrat.

D'un certain point de vue, les contrats qui transfèrent la détention précaire d'un bien devraient constituer un domaine de création du droit réel de disposer. Lorsqu'il exerce son droit, le titulaire du droit réel de disposer fait usage de l'*abusus* du bien d'autrui ; il profite d'une utilité de la chose mais il n'en devient pas propriétaire. D'un autre point de vue, contrats translatifs de détention et droit réel de disposer semblent incompatibles : le fait que l'*accipiens* détienne le bien d'autrui à titre précaire s'oppose, en principe, à ce qu'il puisse l'aliéner. L'hypothèse de la constitution d'un droit réel de disposer dans le cadre des contrats translatifs de détention doit donc être vérifiée à la lumière de la *finalité* desdits contrats (I).

A priori les contrats translatifs de propriété sont exclusifs de la constitution du droit réel de disposer. Le fait pour l'*accipiens* de recevoir le bien d'autrui à titre de propriétaire, et non pas comme simple détenteur précaire, devrait rendre sans utilité la création du droit réel de disposer : l'acquisition de la propriété du bien l'emporte sur l'acquisition du droit d'en disposer pour son propre compte. Cependant, à défaut de créer un droit réel de disposer au profit du nouveau propriétaire, on peut peut-être envisager la création d'un tel droit au profit du *tradens* (II).

**§ 1. - Droit réel de disposer
et contrats translatifs de détention**

574. - L'examen des rapports du droit réel de disposer aux contrats translatifs de détention d'un bien invite, d'abord, à analyser la compatibilité du quasi-usufruit et du contrat de bail. La différence entre l'usufruit régulier et le louage de choses étant ténue, elle suggère de rechercher si un quasi-usufruit ne peut pas être constitué au profit d'un preneur (A). L'hypothèse de la compatibilité du quasi-usufruit et du *contrat* de gage doit également être étudiée. Le contrat de gage, par définition constitutif d'un droit réel de garantie, peut peut-être porter un quasi-usufruit au profit du gagiste. Encore faut-il que le quasi-usufruit et le *droit* réel de garantie soient compatibles (B). Enfin, on peut noter que l'analyse du droit réel de disposer a été construite sur l'observation du quasi-usufruit, du gage, de l'hypothèque et du dépôt irrégulier. Toutes ces situations juridiques ne sont pas à mettre sur le même plan. Le quasi-usufruit et le droit réel de garantie (le gage et l'hypothèque) désignent un type de *droit* réel de disposer ; tandis que le dépôt irrégulier est un *contrat*. Plus précisément, si l'essence du dépôt ne s'y oppose pas, le dépôt irrégulier peut désigner un contrat de dépôt porteur d'un droit de quasi-usufruit constitué au profit du dépositaire sur l'objet déposé (C).

A. - Contrat de bail et quasi-usufruit

575. - L'usufruit est un droit réel, il constitue une amputation de la propriété objective d'autrui, de sorte que l'usufruitier dispose temporairement d'un droit direct et immédiat sur la chose sans l'intercession du propriétaire¹⁶²⁴. Au contraire, le droit issu du contrat de bail est un rapport personnel entre le preneur et le bailleur. Ce qui devrait convaincre de l'exclusion du quasi-usufruit du domaine du bail.

Néanmoins, la personnalité du droit du preneur est discutée. Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de mettre en relief les pouvoirs qui rapprochent le preneur du titulaire d'un droit réel. Et ces prérogatives sont effectivement importantes tant d'un point de vue quantitatif que sous un rapport qualitatif. Ainsi, le droit du locataire au maintien dans les lieux en cas de vente du bien loué (art. 1743 C.Civ.) est proche d'un droit de suite. Les baux immobiliers à long terme doivent faire l'objet d'une publication comme les droits réels immobiliers (art. 28-1°, Décr. du 4 janv. 1955). Le locataire bénéficie de la protection possessoire contre les tiers (art. 2282 C.Civ.) comme le titulaire d'un droit réel. Il a également un droit au renouvellement du bail

¹⁶²⁴. Sous cette réserve qu'ils évoquent le « démembrement du droit de propriété » : v. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 353, p. 293 ; n° 474, p. 373-374. -- P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil - Contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Paris, LITEC, 1997, n° 248, p. 207. -- *Adde* : J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 22111, p. 816.

et il peut préempter le local qu'il occupe etc.¹⁶²⁵. C'est pourquoi, on a pu considérer que l'unique différence entre l'usufruit et le bail réside dans la charge des réparations usufruituaires et de l'impôt foncier : dans le premier cas, elle pèse sur l'usufruitier, et dans le second cas sur le propriétaire du bien¹⁶²⁶.

576. - Cependant, il est possible de différencier les deux droits et d'en déduire l'incompatibilité du droit réel de disposer et du contrat de bail.

576-1. - D'abord, le contrat de bail est nécessairement conclu à titre onéreux. L'article 1709 du Code civil impose cette exigence¹⁶²⁷. Alors que cette condition est absente de la constitution des droits réels. En particulier, les textes relatifs à l'usufruit n'imposent pas la rétribution du propriétaire du bien.

576-2. - Ensuite, l'usufruitier bénéficie d'une indépendance plus grande que celle dont profite le preneur à bail. Et cette liberté paraît bien être le signe de la structure réelle de son droit. Il peut donner à bail, vendre ou céder son droit d'usufruit à titre gratuit (art. 585 al. 1^{er} C.Civ.), il peut même y renoncer unilatéralement¹⁶²⁸. Alors qu'en matière de bail, la sous-location et la cession de bail sont étroitement réglementées¹⁶²⁹. Pour la même raison, l'usufruitier et le propriétaire du bien vivent dans une ignorance réciproque ; la répartition de leurs pouvoirs respectifs sur la chose est fixée par les textes. Le bailleur et le locataire sont au contraire en relation constante pendant toute la durée du bail¹⁶³⁰. Il est vrai que la liberté du quasi-usufruitier est plus restreinte que celle de l'usufruitier (régulier), mais il n'en reste pas moins que son droit est construit sur le modèle du droit d'usufruit régulier, c'est-à-dire qu'il est réel et qu'il se détache de la personne du propriétaire du bien¹⁶³¹.

576-3. - Enfin, le bail est l'exemple type du contrat à exécution successive. Aux termes de l'article 1709 du Code civil, le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire d'une chose « pendant un certain temps ». On peut considérer que l'obligation du propriétaire du bien grevé du droit réel de disposer s'écoule également dans le temps puisque le disposant peut ne pas user immédiatement de son droit et peut donc conserver la chose en attendant d'en disposer effectivement. A vrai dire, le droit réel

¹⁶²⁵ V. J. DERRUPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels*, Toulouse, 1951, éd. com. 1952. -- V. aussi R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, *Rev. trim. civ.* 1958, n° 19, p. 339-340. -- F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 1996, n° 474, p. 374.

¹⁶²⁶ R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, *loc. cit.*, n° 19, p. 339-340). -- Mais cette opinion n'est pas unanimement partagée : v. MM. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD invitent à comparer les articles 605 et 606 du Code civil (usufruit), d'une part, et les articles 1720 et 1754 du même code (bail), d'autre part (*Contrats spéciaux*, 1997, note 28 sous le n° 249, p. 208).

¹⁶²⁷ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 1996, n° 353, p. 293 ; n° 458, p. 362.

¹⁶²⁸ Civ. 1ère, 7 fév. 1979, *J.C.P. Ed. G.*, 1979, IV, 127.

¹⁶²⁹ V. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *ibid.*, n° 353, p. 293. -- P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, 1997, n° 249, p. 208.

¹⁶³⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *ibid.*, n° 249, p. 208.

¹⁶³¹ V. *supra* : n° 378 et s.

de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est un droit réel à *réalisation* instantanée : son exercice s'opère en un trait de temps, contrairement à la mise en œuvre du droit du preneur qui s'inscrit dans le temps.

C'est donc du côté du contrat de gage et du contrat de dépôt qu'il convient de rechercher les applications particulières du droit réel de disposer.

B. - Contrat de gage et quasi-usufruit

577. - Un auteur s'est demandé s'il ne faudrait pas reconnaître au créancier nanti d'un gage la faculté de consommation des choses de genre ¹⁶³². Lorsque le débiteur met son créancier en possession de biens professionnels tels que des marchandises, ce dernier aurait la possibilité d'en user, à charge de les remplacer, à l'instar de ce qui se produit en matière de warrant. Dans cette hypothèse, les biens seraient grevés de deux droits réels concurrents constitués au profit du créancier : un droit réel de garantie et un droit de quasi-usufruit. Et, en quelque sorte, comme dans l'antichrèse ou le gage de créances, le créancier pourrait commencer à éteindre sa créance en percevant les fruits ou les produits (plus-values) issues de la disposition des biens engagés. Par exemple, le créancier nanti d'un gage sur valeurs mobilières pourrait percevoir les dividendes des actions et encaisser les plus-values réalisées pour les imputer sur le capital puis sur les intérêts de sa créance.

578. - Outre cet avantage pratique, d'un point de vue purement juridique, la constitution d'un tel droit au profit du créancier nanti ne tomberait pas sous le coup de la prohibition des pactes commissaires (art. 2078 C.Civ. ; art. 93 C.Com.) ¹⁶³³. En effet, le créancier nanti et quasi-usufruitier ne deviendrait pas propriétaire de l'objet gagé, puisque le droit de quasi-usufruit n'est pas acquisitif de la propriété du bien d'autrui ¹⁶³⁴. Cependant, une autre règle pourrait limiter la validité de ce nantissement. En vertu de l'article 2076 du Code civil, le privilège du gagiste ne subsiste qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier gagiste. Ce qui voudrait dire qu'en cas de cession des biens nantis par le gagiste-quasi-usufruitier, celui-ci perdrait son privilège. Au mieux, les biens acquis par lui en remplacement des biens cédés pourraient être l'objet d'un gage nouveau. Une nuance doit, toutefois, être apportée à cette remarque. Lorsque le bien grevé d'un quasi-usufruitier est une universalité, le disposant peut céder certains de ses

¹⁶³². C. ATIAS, La valeur engagée (sur l'objet du gage), *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, « Le gage commercial », Nov. 1994, par. 17, p. 76.

¹⁶³³. V. Com., 13 janvier 1965 : dans cette espèce, la clause d'un contrat de nantissement en vertu de laquelle le débiteur se déclarait d'accord pour que le créancier soit propriétaire des actions nanties. La Cour d'appel de Lyon avait estimé valable cette clause au motif qu'elle n'avait eu pour but que d'assurer en quelque sorte « l'usufruit », pendant la durée du prêt, des actions sur lesquelles portait le nantissement. La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel sur le fondement de l'article 93 alinéa 4 C.Com. (*J.C.P. Ed. G.* 1966, II, 14469, obs. R.D.M.).

¹⁶³⁴. V. *supra* : Titre I de la première partie.

éléments constitutifs, à charge de les remplacer, sans céder l'universalité en tant qu'entité. De cette manière, le droit de gage primitif subsiste, l'objet gagé demeurant entre les mains du créancier gagiste. Le gagiste aurait le droit (réel) de disposer de l'objet gagé mis en sa possession, tout comme le dépositaire irrégulier dispose du bien qui lui est confié.

C. - Contrat de dépôt et quasi-usufruit

579. - L'observation du contrat de « dépôt irrégulier » (1°) puis, plus spécialement, du contrat de « dépôt de fonds en banque » (2°) est l'occasion d'analyser les rapports que peuvent entretenir le contrat de dépôt et le droit réel de disposer.

1°. - La notion du dépôt irrégulier

580. - En effet, aux termes de l'article 1915 du Code civil, « le dépôt, *en général*, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature »¹⁶³⁵. C'est pourquoi le contrat qui autorise le dépositaire à disposer du bien déposé pour son propre compte, a les allures d'un contrat irrégulier. Admis à disposer du bien déposé pour son propre compte, le dépositaire ne pourrait pas respecter son obligation de garder et de restituer en nature cet objet comme le veut l'article précité. Il deviendrait nécessairement propriétaire de l'objet qui lui est confié¹⁶³⁶. Et le contrat de dépôt irrégulier serait un contrat en marge du droit

¹⁶³⁵. Les mots en italique sont soulignés par nous.

¹⁶³⁶. M. TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, T. XV, Paris, 1845, n° 91, p. 72-73 ; n° 93, p. 76 ; n° 94, p. 76 ; n° 110, p. 96 ; n° 114, p. 98 ; n° 115, p. 98. -- P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. I, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1969, n° 236, p. 257. -- M. DUPIN, *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, nouvelle édition, t. IV, Paris, 1835, n° 82 et n° 83, p. 189. -- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol*, T. XI, *Contrats civils* (deuxième partie), par R. Savatier, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, n° 1169, p. 499. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil*, T. VIII, *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, 11^e éd., Paris, Cujas, 1997, n° 886, p. 505. -- L. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, Pedone, 1893, n° 20, p. 300-301. -- A. BÉNABENT, *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 3^e éd., Domat-Montchrestien, 1997, n° 761, p. 431 ; n° 765, p. 432. -- C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, T. VI, par A. Ponsard et N. Dejean de la Batie, 7^e éd., sous la direction de P. Esmein et A. Ponsard, Paris, L.G.D.J., 1975, n° 139, p. 197. -- J. HAMEL, *Banques et opérations de banque*, T. I, *Les comptes en banque*, par M. Vasseur et X. Marin, Paris, Sirey, 1966, n° 235, p. 395. -- G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. I, par P. Delebecque et M. Germain, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 2361, p. 443 ; n° 2366, p. 445. -- P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, 1997, n° 336, p. 269. -- C. PONS-BRUNETTI, *L'obligation de conservation en droit civil français*, Paris, 1992, dactyl., n° 26, p. 30. -- H. CABRILLAC, Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires, *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, 1964, p. 2. -- P. DAUCHY, L'influence du droit civil sur le droit bancaire, *Rev. trim. com.* 1986, p. 22. -- P. JAZE-DEKEUWER, Possesseur ou détenteur précaire des avoirs en compte, *L.P.A.*, n° 78 du 30 juin 1993, n° 1 et n° 2, p. 27. -- H. MAZEAUD, obs. sur Cour suprême de Pologne, 15 février 1934, *Rev. trim. civ.* 1936, 308. -- C. LARROUMET, note sous Civ. 1^{ère}, 20 avril 1983, *Defr.*, 1983, n° 33132, n° 3, p. 1144 ; n° 7, p. 1146. -- Comp. R. LIBCHABER admet que juridiquement le propriétaire devienne propriétaire des fonds déposés mais il propose de poser de passer outre cette rigueur juridique pour permettre aux déposants en banque de ne pas venir au même rang que les autres créanciers, afin de reprendre les sommes déposées (*Recherches sur la monnaie en droit privé*, Préf. P. Mayer, Bibl. dr. priv., t. 225, L.G.D.J. 1992, n° 204, p. 161-162).

commun du dépôt. Sa dénomination de dépôt serait même douteuse ¹⁶³⁷. Il s'agirait, en vérité, d'un dépôt suivi d'un prêt ¹⁶³⁸ ou d'un prêt de consommation unique qui rend l'emprunteur propriétaire du bien d'autrui ¹⁶³⁹.

A vrai dire, le contrat étudié est bien un contrat de dépôt, mais un contrat de dépôt porteur d'un quasi-usufruit (a). Ce qui le distingue nettement du prêt de consommation (b).

a) Un dépôt porteur d'un quasi-usufruit

581. - Le dépôt irrégulier ne diffère pas plus du dépôt commun, que le prêt de consommation ne se distingue du prêt à usage ¹⁶⁴⁰. En dépit de sa particularité, il nous paraît constituer une variété de dépôt et, plus précisément, un contrat de dépôt porteur d'un quasi-usufruit constitué au profit du dépositaire du bien. Ce qui est compatible avec les dispositions légales consacrées au contrat dépôt, qu'elles soient relatives à l'usage du bien par le dépositaire, à son obligation de restitution ou à son obligation de garde.

581-1. - En premier lieu, l'article 1930 du Code civil énonce que le dépositaire « ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant » ¹⁶⁴¹. En d'autres termes, la loi prévoit la possibilité d'un usage du bien déposé par le dépositaire, et la permission du déposant est la seule condition posée à cet usage. Le texte atténue d'ailleurs doublement le caractère apparemment exorbitant de cet usage puisqu'il prévoit, d'abord, que le dépositaire ne peut se servir

¹⁶³⁷ C. PONS-BRUNETTI, *ibid.* -- En faveur de la qualification de mandat : C. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Préf. J. Stoufflet, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997, n° 464 et s., p. 162 et s.

¹⁶³⁸ T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. XI, Paris, 1898, n° 229, p. 293. -- Rappr. l'auteur de la note sous Trib. civ. de Saint-Omer, 6 déc. 1901 (*D.P.* 1903, II, 194) estime que la propriété des espèces ne passe au dépositaire que le jour de l'emploi qu'il en fait, car c'est à ce moment seulement que le dépôt irrégulier se trouve substitué au dépôt régulier.

¹⁶³⁹ M. TROPLONG, T. XV, préc., n° 19, p. 17 ; n° 101, p. 81 ; n° 110, p. 96 ; n° 116, p. 99. -- L. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, préc., n° 20, p. 300-301. -- R. RODIÈRE et P. DELEBECQUE, *Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil*, V° Dépôt, n° 42, p. 6. -- C. PONS-BRUNETTI, thèse préc., n° 267, p. 271-272. -- CHAPOUTOT, *Les dépôts de fonds en banque*, Nancy, 1928, p. 66 et s. -- Selon P. DAUCHY, la relation du client et du banquier serait une sorte de cadre où viennent s'inscrire les divers contrats bancaires (*Loc. cit.*, p. 25).

D'ailleurs, le dépositaire comme l'emprunteur ne doivent que la somme numérique reçue : v. les articles 1895 du Code civil pour le prêt et 1932 pour le dépôt. -- Adde J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, 1ère éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 33505, p. 1460-1461.

V. égal. : Selon MM. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, en droit romain, le dépôt irrégulier tenait du contrat de dépôt et du contrat de prêt de consommation avant que la première qualification ne s'impose (*Histoire du droit privé*, T. I, *Les obligations*, 2è éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1969, n° 234, p. 257-258).

¹⁶⁴⁰ En d'autres termes, on aurait pu *a priori* penser du prêt qu'il n'avait pas vocation à permettre à l'emprunteur de disposer du bien ; pourtant le législateur consacre cette situation (art. 1892 et s. C.Civ.). -- V. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996, n° 33501, p. 1457-1458. -- Comp. A. BÉNABENT, *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 3è éd., Domat-Montchrestien, 1997, n° 761, p. 431.

¹⁶⁴¹ V. sur cette disposition : M. TROPLONG, T. XV, préc., n° 100, p. 81.

de la chose déposée « *sans* permission du déposant » et non « *sauf* permission du déposant »¹⁶⁴². De cette manière le texte, n'érige pas la permission du déposant en exception, il en fait plutôt une modalité du dépôt. Puis il admet, ensuite, que cette permission peut être présumée. Le texte renvoie alors aux conditions de création du quasi-usufruit isolé¹⁶⁴³, à savoir : la permission du déposant sera présumée lorsque le dépôt porte sur une chose qui a fait l'objet d'une estimation ou lorsqu'il s'applique à des choses de genre en général¹⁶⁴⁴. Ainsi, à travers l'article 1930 du Code civil, le droit commun du dépôt admet la création d'un droit de quasi-usufruit au profit du dépositaire.

581-2. - En second lieu, la formulation des articles 1915 et 1932 du même code permet d'accueillir cette variété de dépôt. En effet, en exigeant du dépositaire qu'il restitue au déposant le bien en nature, l'article 1915 interdit une restitution en valeur mais il permet une restitution à l'identique ou en équivalent, puisque la restitution à l'identique et la restitution en équivalent sont des restitutions en nature¹⁶⁴⁵. Or, lorsque le dépositaire use du bien d'autrui dans le dépôt irrégulier, au terme du contrat il n'est plus à même de restituer *in specie* le bien consommé, mais il peut le restituer en équivalent lorsque le dépôt porte sur des choses de genre. L'appartenance d'un bien à un genre permet la restitution d'un *autre* bien du même genre et donc la restitution en équivalent du bien consommé. En ce sens, l'appartenance de l'objet déposé à un genre est une condition de constitution du dépôt irrégulier. C'est dans ce cas que le bien peut être restitué en nature par le dépositaire-disposant, conformément à l'exigence de l'article 1915¹⁶⁴⁶. De même, lorsque l'article 1932 du Code civil prévoit que « le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue » (al.1^{er}) et que « ainsi, le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur » (al.2), il n'impose pas au dépositaire irrégulier une restitution à l'identique¹⁶⁴⁷. Par l'emploi de l'adverbe « ainsi », le texte place seulement le dépôt dit irrégulier sur le même

¹⁶⁴². V. *supra* : n° 18.

¹⁶⁴³. V. *supra* : n° 465.

¹⁶⁴⁴. V. L. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, préc., n° 66, p. 350 (Toutefois l'auteur vise les choses consomptibles et non les choses de genre). -- C. LARROUMET, note (n° 9) sous Civ. 1^{ère}, 7 février 1984, D. 1984, J., 640 et *Deffr.*, 1984, n° 33427, p. 1391-1392. -- Comp. A. BÉNABENT : même à l'égard d'une chose de genre, il faut que les parties aient accepté que la restitution se fasse par équivalent pour qu'il y ait dépôt irrégulier (*Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 1997, n° 764, p. 432). -- Cf. M. TROPLONG considère qu'on ne présume pas facilement la permission de se servir des sommes d'argent déposées ou des choses qui se détériorent par l'usage qu'on en fait (T. XV, préc., n° 99, p. 80). -- V. égal. : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL estiment que lorsque la chose résiste à son usage, cette permission doit être plus facilement présumée (*Traité théorique et pratique de Droit civil, De la société, du prêt et du dépôt*, préc., n° 1079 et s., p. 557 et s.). Pourtant, dans le même temps, les deux auteurs soutiennent que le dépôt d'une somme d'argent doit être présumé irrégulier au motif que les sommes d'argent sont rarement confiées pour être restituées en nature (*Ibid.*, n° 1093, p. 563).

¹⁶⁴⁵. *Contra* : C. PONS-BRUNETTI, thèse préc., n° 267, p. 271. -- Adde R. LIBCHABER, thèse préc., n° 196, p. 157. -- Sur les modes de restitution : v. *supra* n° 521.

¹⁶⁴⁶. V. *supra* : n° 465 ; n° 492 et s.

¹⁶⁴⁷. *Contra* : note sous Trib. civ. de Saint-Omer, 6 déc. 1901, D.P. 1903, II, 194.

plan que le dépôt régulier ¹⁶⁴⁸. L'exigence posée par l'article 1932 alinéa 2 est celle d'une restitution en équivalent très proche d'une restitution à l'identique.

L'introduction du droit de quasi-usufruit dans le contrat de dépôt le soumet donc à l'influence de l'obligation de restitution qui pèse sur le dépositaire. A travers la formulation des articles 1915 et 1932, cette obligation lui interdit de restituer le bien grevé en valeur. L'option ouverte au quasi-usufruitier, par l'article 587 *in fine* du Code civil disparaît. Le dépositaire-quasi-usufruitier n'a plus le choix entre une restitution en valeur ou une restitution en équivalent : il doit restituer en nature et donc en équivalent. On peut simplement noter que, lorsque le dépôt est constitué d'espèces monétaires, la restitution en équivalent, et donc en nature, se confond avec une restitution en valeur.

581-3. - En troisième lieu, l'obligation de garde du dépositaire prend une configuration particulière dans le dépôt irrégulier mais elle subsiste bien. Le droit du dépositaire étant un quasi-usufruit, cette obligation réside dans le devoir de disposer de la chose déposée en respectant sa destination. Corrélativement, toutes les obligations qui pèsent sur le quasi-usufruitier sont applicables au dépositaire irrégulier. Ce dernier est, en principe, contraint de dresser inventaire des biens grevés et de fournir caution de jouir en bon père de famille pour se voir délivrer le bien ¹⁶⁴⁹. Il est également tenu de disposer du bien lorsque la conservation de sa substance l'exige ¹⁶⁵⁰. Et il ne doit jamais en disposer de manière abusive, c'est-à-dire dans des conditions qui nuiraient aux droits et aux intérêts du déposant-nu-propriétaire ¹⁶⁵¹. De cette manière, le dépositaire (même irrégulier) « doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent » (art. 1927 C.Civ.).

Et la responsabilité du quasi-usufruitier sera aggravée lorsqu'il sera rémunéré. L'article 1928 du Code civil énonce, en effet, que la disposition de l'article 1927 doit être appliquée avec plus de rigueur s'il a été stipulé un salaire pour la garde du dépôt.

Les règles relatives au dépôt irrégulier ne sont donc pas incluses dans un chapitre spécial du titre relatif au dépôt « sans doute, parce qu'il se coule sans exception majeure dans le moule de base » ¹⁶⁵². Le dépôt irrégulier a tous les traits d'un contrat de dépôt commun porteur d'un quasi-usufruit créé au profit du dépositaire. En quoi, il se différencie nettement du contrat de prêt de consommation.

¹⁶⁴⁸. V. A. GAUVIN, Désuétude ou renaissance du contrat de dépôt en matière financière ?, *D. Affaires*, 1998, p. 1472. -- Comp. P. VOIRIN admet cette identité si le dépositaire de choses fongibles n'a pas le droit de disposer (Note sous Besançon, 5 mai 1943, *D.* 1945, J., 40-41).

¹⁶⁴⁹. V. *supra* : n° 87 et s.

¹⁶⁵⁰. V. *supra* : n° 104 et s.

¹⁶⁵¹. V. *supra* : n° 116 et s.

¹⁶⁵². J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996, n° 33500, p. 1456.

b) La distinction du dépôt irrégulier et du prêt de consommation

582. - La doctrine classique dénie à l'analyse du dépôt irrégulier toute conséquence pratique ¹⁶⁵³ parce qu'elle attribue au dépositaire irrégulier la qualité de propriétaire ¹⁶⁵⁴ en raison du fait qu'il dispose pour son compte de l'objet déposé. Ce qui lui permet par la suite d'observer que le dépôt irrégulier ne se distingue pas du prêt de consommation par l'effet duquel « l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée » (art. 1893 C.Civ.).

583. - Il est vrai que l'on recherchera en vain le critère de distinction des deux contrats voisins dans le fait que l'emprunteur n'est tenu de rembourser qu'à l'issue d'un certain délai (v. art. 1888 et 1889 C.Civ.) alors que le dépositaire doit être en mesure de restituer le bien *ad nutum* (art. 1944 C.Civ.) ¹⁶⁵⁵. La pratique démontre que l'on peut stipuler que le prêt sera remboursable à vue et le dépôt remboursable à terme ¹⁶⁵⁶. Le critère fondé sur l'existence ou l'absence d'intérêts versés au prêteur ou au déposant ¹⁶⁵⁷ ne convainc pas davantage puisqu'un dépôt, comme le dépôt bancaire, peut être salarié ¹⁶⁵⁸. Au plus pourrait-on affirmer, pour maintenir la distinction entre les deux contrats, que selon que les parties ont eu la volonté d'accorder une certaine importance à la garde du bien ou à son usage ¹⁶⁵⁹ ou selon que le contrat a été conclu dans l'intérêt principal du déposant ou de

¹⁶⁵³. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire - Institutions, comptes, opérations, services*, 3è éd., Paris, LITEC, 1997, n° 235, p. 111. -- V. égal. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. I, par P. Delebecque et M. Germain, préc., 1996, n° 2361, p. 443. -- F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 1998, n° 822, p. 674. -- J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6è éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 282, p. 267. -- C. LARROUMET, note (n° 8) sous Civ. 1ère, 7 février 1984, D. 1984, J., 640 et Defr., 1984, n° 33427, p. 1391. -- Adde J. STOUFFLET, Le monopole des banques quant à la réception de fonds en dépôt, *Etudes de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac*, Litec, 1968, p. 442.

¹⁶⁵⁴. V. *supra* : introduction III.

¹⁶⁵⁵. M. TROPLONG, T. XV, préc., n° 117, p. 99-100 ; n° 171 et s., p. 140 et s. -- M. DUPIN, t. IV, préc., n° 83, p. 190. -- M. PLANIOL et G. RIPERT, T. XI, préc., par R. Savatier, n° 1169, p. 499. -- P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, T. I, préc., n° 236, p. 258. -- F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. XXVII, Bruxelles-Paris, 1877, n° 73, p. 92. -- L. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, préc., n° 22, p. 303. -- P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, 1997, n° 336, p. 269. -- J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996, n° 33107, p. 1413. -- C. PONS-BRUNETTI, thèse préc., note 1 sous le n° 267, p. 271.

¹⁶⁵⁶. M. PLANIOL et G. RIPERT, T. XI, préc., par R. Savatier, n° 1169, p. 499. -- G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, De la société, du prêt et du dépôt*, préc., n° 1094, p. 564. -- J. HUET, *Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux*, préc., 1996, n° 33505, p. 1461. -- C. ATIAS, La valeur engagée, *loc. cit.*, par. 13, p. 76.

¹⁶⁵⁷. M. TROPLONG, T. XV, préc., n° 118, p. 100. -- Comp. R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de Droit civil français*, T. XII, par R. Rodière et A. Percerou, 2è éd., Paris, Rousseau, 1947, note 3 sous le n° 268, p. 297. -- V. égal. R. RODIÈRE et P. DELEBECQUE, *Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil, V° Dépôt*, n° 43, p. 6.

¹⁶⁵⁸. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, 1997, n° 886, p. 506.

¹⁶⁵⁹. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 1997, n° 766, p. 433. -- R. RODIÈRE et P. DELEBECQUE, *Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil, V° Dépôt*, n° 42, p. 6. -- Rapp. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, De la société, du prêt et du dépôt*, préc., n° 1096, p. 564. -- J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., 1996, n° 33503, p. 1458-1459. -- V. égal. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. I, par P. Delebecque et M. Germain, préc., n° 2361, p. 443. -- C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc., 1997, n° 235, p. 112.

l'emprunteur ¹⁶⁶⁰, il s'agira d'un contrat de dépôt irrégulier ou d'un contrat de prêt de consommation ¹⁶⁶¹. Mais ces critères demeurent flous, subjectifs, très subtils et, semble-t-il, inutiles puisqu'après tout ces propositions n'ajoutent rien au régime du dépôt irrégulier.

Dans tous les cas, ce régime continuerait d'imiter celui du prêt de consommation. En particulier, le bien périrait, par force majeure ou autrement, au détriment du dépositaire irrégulier ¹⁶⁶², de même qu'il périclète, dans les mêmes conditions, pour l'emprunteur.

584. - La vision du dépôt irrégulier comme un contrat de dépôt porteur d'un quasi-usufruit change ces données théoriques et pratiques.

D'un point de vue théorique, le contrat de prêt établit des liens purement personnels entre le prêteur et l'emprunteur ¹⁶⁶³. Comme le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur d'une chose, le prêteur livre à l'emprunteur une chose pour s'en servir (art. 1875 C.Civ.). Au contraire, les rapports entre les cocontractants au dépôt irrégulier ne sont pas seulement personnels ; ils sont encore réels. Déposant et dépositaire irréguliers sont directement associés par un contrat de dépôt et ils sont indirectement unis, par l'intermédiaire du bien déposé, puisque le dépositaire a acquis le droit réel de jouir de la chose du déposant, comme tout usufruitier. Ce qui développe d'importants effets au plan pratique.

Du point de vue pratique, l'article 1893 du Code civil pose un principe qu'aucun texte ne prévoit en matière de dépôt. Le contrat de prêt de consommation a pour conséquence de transférer la chose prêtée dans le patrimoine de l'emprunteur, ce qui fait sa particularité au regard du prêt à usage dans lequel le prêteur demeure propriétaire du bien (art. 1877 C.Civ.). Dans le contrat de prêt de consommation, l'emprunteur peut donc user des utilités du bien autres que son *abusus*. A l'inverse, les articles 1915 et suivants du Code civil sont muets sur ce point. Et ce qui peut passer pour un oubli ou pour un flou législatif ¹⁶⁶⁴ n'en est pas un. Ce silence tient à

¹⁶⁶⁰. M. TROPLONG, T. XV, préc., n° 117, p. 99-100 ; n° 171 et s., p. 140 et s. -- M. DUPIN, t. IV, préc., n° 83, p. 189. -- V. égal. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, T. I, préc., 1969, n° 236, p. 258. -- J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996, n° 22116, p. 819.

¹⁶⁶¹. *Adde* : H. CABRILLAC selon qui cette qualification dépendrait des circonstances (Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires, *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, 1964, p. 2).

¹⁶⁶². M. TROPLONG, T. XV, préc., n° 91, p. 72-73 ; n° 93, p. 76 ; n° 94, p. 76. -- M. DUPIN, t. IV, préc., n° 82 et n° 83, p. 189. -- A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., 1997, n° 767, p. 433. -- C. AUBRY et C. RAU, T. VI, par A. Ponsard et N. Dejean de la Batie, 7^e éd., sous la direction de P. Esmein et A. Ponsard, préc., n° 139, p. 197. -- R. RODIÈRE et P. DELEBECQUE, *Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil*, V° Dépôt, n° 183, p. 19. -- C. PONS-BRUNETTI, thèse préc., n° 26, p. 30. -- F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 1998, n° 808, p. 661. -- CHAPOUTOT, thèse préc., p. 66.

V. égal. sur Cour suprême de Pologne, 15 février 1934, *Rev. trim. civ.* 1936, 308 et obs. H. MAZEAUD sur cet arrêt.

¹⁶⁶³. Cf. Sur la distinction du prêt et de l'usufruit : comme l'usufruitier, l'emprunteur qui a le droit de se servir de la chose doit la laisser dans un état que justifie un usage normal (v. art. 589 C.Civ.). Mais l'usufruitier est titulaire d'un droit réel cessible, alors que les prérogatives de l'emprunteur demeurent attachées à sa personne (J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996, n° 22111, p. 816).

¹⁶⁶⁴. V. P. SIRINELLI, *Le quasi-usufruit*, L.P.A., n° 87 du 21 juillet 1993, n° 41, p. 9.

la nature du droit du dépositaire irrégulier : le quasi-usufruit ne faisant pas acquérir la propriété du bien grevé au dépositaire-disposant ¹⁶⁶⁵, le dépôt irrégulier n'est pas un contrat translatif de propriété. Le dépositaire irrégulier ne devient pas propriétaire de l'objet déposé qu'il consomme ; il tire simplement profit de l'*abusus* du bien en l'aliénant contre d'autres biens etc.

Il s'ensuit que le poids de la perte du bien ne se répartit pas de la même façon dans les deux contrats. Dans le contrat de prêt de consommation, la chose périt pour l'emprunteur *de quelque manière que cette perte arrive* (art. 1893 C.Civ.). Ce qui est la suite logique de l'attribution de la qualité de propriétaire à l'emprunteur. Au contraire, dans le dépôt irrégulier, la chose périt pour le dépositaire si elle est *fautive* puisque le dépositaire doit disposer du bien en respectant sa destination ¹⁶⁶⁶, et elle périt pour le déposant lorsque cette disparition survient *par cas fortuit*, entre les mains du dépositaire puisque le déposant en a conservé la propriété ¹⁶⁶⁷. Ainsi, la règle posée à l'article 1929 du Code civil est respectée dans le dépôt dit irrégulier : « le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée ». De ce point de vue, cette conception rejoint celle de l'analyse du dépôt irrégulier comme un dépôt régulier suivi d'un prêt ¹⁶⁶⁸. Dans cette dernière hypothèse, la propriété du bien ne passe au dépositaire que le jour de l'emploi qu'il en fait. Ce qui signifie que, jusqu'à cette date, il n'est qu'un détenteur précaire que la perte fortuite du bien libère de son obligation.

En outre, si le dépositaire irrégulier n'acquiert pas la propriété du bien d'autrui, le bien d'autrui ne devient pas le gage général de ses créanciers.

La distinction du contrat de dépôt irrégulier et du prêt de consommation est donc bien réelle et elle est loin d'être dénuée d'intérêt pour les intéressés, en particulier pour les parties à un contrat de dépôt de fonds en banque.

2°. - L'hypothèse du dépôt bancaire

585. - Le dépôt de fonds en banque qui désigne le contrat de dépôt d'espèces monétaires conclu entre un particulier et un dépositaire professionnel, est une variante du dépôt irrégulier. C'est-à-dire qu'il est un contrat de dépôt porteur d'un quasi-usufruit. D'abord, ce dépôt porte sur des biens incorporels : les espèces monétaires scripturales. Ce qui est admissible puisque l'immatérialité d'une chose

¹⁶⁶⁵. V. première partie et Titre I de la seconde partie.

¹⁶⁶⁶. V. *supra* : n° 514 et s. ; *adde* n° 548.

¹⁶⁶⁷. *Contra* : G. CORNU, obs. sur Civ., 8 février 1961, *Rev. trim. Com.* 1961, 699. -- Civ. 1ère, 7 février 1984, *D.* 1984, J., 638 et *Defr.*, 1984, n° 33427, p. 1387 et C. LARROUMET note sous cet arrêt (n° 6).

¹⁶⁶⁸. V. T. HUC, T. XI, préc., n° 229, p. 293. -- Note sous Trib. civ. de Saint-Omer, 6 déc. 1901, *D.P.* 1903, II, 194.

n'est pas exclusive de sa patrimonialité et de sa détention ¹⁶⁶⁹. D'ailleurs, en précisant que le dépôt « ne peut avoir pour objet que des choses mobilières », l'article 1918 du Code civil ne fait pas de distinction entre les choses incorporelles et les choses corporelles ¹⁶⁷⁰. Ensuite, le droit de quasi-usufruit est institué par le législateur au profit de l'établissement de crédit. L'article 2 alinéa 1^{er} de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 au profit des établissements dépositaires indique que « sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer » ¹⁶⁷¹. Si l'article 1936 du Code civil déclare que les fruits doivent être restitués au déposant lorsque le dépositaire en a perçus, il est donc entendu que le dépôt bancaire permet au banquier dépositaire de percevoir les fruits des fonds remis ¹⁶⁷².

586. - Il découle de cette qualification de dépôt irrégulier, que le dépôt de fonds en banque ne confère pas à l'établissement dépositaire la propriété des fonds reçus du public. Le quasi-usufruit n'étant pas acquisitif de la propriété du bien d'autrui, ces fonds ne deviennent pas la propriété de l'établissement bancaire ¹⁶⁷³. Le dépositaire fait usage des fonds reçus du public sans que ces fonds ne transitent par son patrimoine.

Mais la question se pose alors de savoir si le déposant conserve la propriété de ces fonds car la qualité de simple détenteur précaire du dépositaire est une chose ; la qualité de propriétaire revendiquant ou de créancier de restitution en est une

¹⁶⁶⁹. *Contra* sur la nature corporelle des valeurs mobilières et autres droits ou actifs scripturaux : D. R. MARTIN, De la nature corporelle des valeurs mobilières, *D.* 1996, Chr., p. 47 et s. et De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *D.* 1998, Chr., p. 16. -- Dans le même sens : A. GAUVIN, *loc. cit.*, 1471. -- V. égal. *supra* n° 331 et s.

¹⁶⁷⁰. *Contra* : P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, 1997, n° 482, p. 382. -- C. PONS-BRUNETTI, thèse préc., n° 244-252, p. 254-261. -- A. TUNC, *Le contrat de garde*, Préf. de H. Solus, Paris, Dalloz, 1942, p. 11. -- *Adde* : D. R. MARTIN, *ibid.* -- G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit civil, De la société, du prêt et du dépôt*, préc., n° 1023, p. 535. -- Rapp. J. STOUFFLET, Le monopole des banques quant à la réception de fonds en dépôt, *loc. cit.*, note 18, p. 444.

¹⁶⁷¹. Les mots en italique sont soulignés par nous.

¹⁶⁷². V. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996, n° 33506, p. 1463.

¹⁶⁷³. *Contra* : Req., 11 juin 1929, S. 1929, I, 372. -- Civ. 1ère, 20 avril 1983, *Defr.*, 1983, n° 33132, p. 1141 et C. LARROUMET note sous cet arrêt ; *D.* 1984, Som., 78, obs. M. VASSEUR. -- G. CORNU, obs. sur Civ., 8 février 1961 (*Rev. trim. Com.* 1961, 698-699). -- Com., 13 janvier 1987, *Bull. Com.* IV, n° 15, p. 10.

Cf. D. R. MARTIN selon qui le déposant demeure propriétaire parce que les écritures en compte qui constatent les actifs financiers leur confère la nature de bien meubles corporels, et donc d'objets de propriété, et que les banques secondaires ont un pouvoir de création monétaire, autrement dit de doublement des fonds déposés en banque (De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *loc. cit.*, p. 16-17).

Dans un arrêt du 8 février 1961, la Chambre civile de la Cour de cassation semble affirmé le maintien de la propriété des déposants sur leurs fonds qu'ils ont versés en compte (*Bull. Civ.* I, n° 49, p. 43 ; *Gaz. Pal.* 1961, J., 19 ; *Rev. trim. Com.* 1961, 734, obs. P. RAYNAUD et 698, obs. G. CORNU). Mais la cour fonde cette solution sur l'article 5 du décret du 27 juin 1952 aux termes duquel « toute somme versée à une caisse d'épargne est au regard de la caisse la propriété du titulaire du livret ». Or ce texte peut signifier que la caisse n'a pas à exiger du client des justifications quant à la propriété et à l'origine de ces fonds, sans préjuger de la propriété des fonds une fois qu'ils sont déposés entre les mains de la caisse (En ce sens : G. CORNU, obs. préc. -- Civ. 1ère, 7 février 1984, *D.* 1984, J., 638 et *Defr.*, 1984, n° 33427, p. 1387 et note C. LARROUMET, sous cet arrêt).

autre (a). De surcroît, des intérêts pratiques s'attachent à cette question. Selon que les déposants en banque se verront attribuer la qualité de propriétaires des biens incorporels ou de titulaires d'un droit de créance, les opérations juridiques sur les comptes bancaires seront soumises à des régimes juridiques différents (b).

a) Le mécanisme du dépôt bancaire

587. - L'établissement dépositaire ayant le droit de disposer pour son propre compte des fonds reçus du public, lorsqu'il use de son droit, *a priori* les déposants perdent la propriété de leurs fonds et acquièrent la qualité de simple créancier de l'établissement dépositaire¹⁶⁷⁴. A moins que les banques secondaires n'aient un pouvoir créateur d'espèces monétaires à partir des fonds reçus du public. Ainsi, en dépit de l'usage que l'établissement dépositaire fait de leur fonds, les déposants conserveraient leur droit de propriété. Les banques secondaires créeraient des espèces monétaires, en concurrence avec la Banque de France¹⁶⁷⁵ et à partir des fonds déposés. Plus précisément, par un jeu d'écriture, les banques utiliseraient les fonds reçus du public, tout en laissant inscrites au compte de leurs clients les sommes initialement déposées. De cette dualité d'écritures ou d'inscriptions en compte, il faudrait déduire le doublement des dépôts initiaux par les banques secondaires. Les fonds reçus du public et prêtés par les banques constitueraient bien des espèces monétaires, ce qu'ils ont toujours été. Et, en sus de ces fonds, l'inscription des sommes initialement déposées aux comptes des clients serait la représentation d'espèces monétaires scripturales et non la traduction d'une simple créance monétaire. Ainsi, les banques secondaires ajouteraient aux dépôts initiaux de nouvelles espèces monétaires, à concurrence de l'usage qu'elles ont fait de ceux-ci et donc à concurrence des montants nouvellement inscrits dans leurs livres. En somme, dans cette conception, l'identité de forme des créances et des espèces monétaires scripturales aurait entraîné, à tort, la confusion entre deux signifiés aux natures bien distinctes que sont les créances et les espèces monétaires scripturales.

588. - Pourtant, adopter ce schéma c'est reconnaître aux banques secondaires un véritable pouvoir de frappe de la monnaie nationale. Dans ces conditions, le monopole réservé à la banque centrale n'est plus respecté. Ensuite et surtout, quelle est l'utilité des dépôts de fonds reçus du public dans la création monétaire par les banques secondaires puisque finalement, dans cette hypothèse, les fonds en question ne sont pas empruntés et ôtés à leur propriétaires ?

¹⁶⁷⁴ V. jurisprudence préc. en note sous le n° 586.

¹⁶⁷⁵ En ce sens, v. not. : D. R. MARTIN, De la monnaie, *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 341 et De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *loc. cit.*, p. 17. -- M.-O. PIQUET-MARCHAL, L'émission de la monnaie scripturale et les pouvoirs publics. Evolution de la réglementation, *Hommage à Robert Besnier*, Paris, Société d'histoire du droit, 1980, p. 204. -- J.-L. RIVES-LANGE, La monnaie scripturale (Contribution à une étude juridique), *Etudes de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac*, Litec, 1968, p. 406. -- Comp. J.-P. CENTI, Le contrat de dépôt bancaire, *Mélanges Christian Mouly*, LITEC, 1998, p. 305 et s. -- *Contra* : C. LASSALAS, thèse préc., n° 281, p. 99 ; note 1, p. 99.

Si l'on suit le parcours des fonds déposés en banque par le public, il apparaît qu'à cette occasion les banques secondaires ne créent pas d'espèces monétaires, mais qu'elles font circuler les fonds en misant sur le fait que les clients déposants ne retireront pas tous en même temps la totalité de leurs dépôts. Transmettre et faire circuler n'est pas multiplier.

Un exemple chiffré permet de le vérifier ¹⁶⁷⁶.

Ainsi, un client A dépose en banque vingt unités monétaires à une banque A'. Celle-ci, tenue de conserver un certain pourcentage de réserves (par exemple 20%), en met quatre en réserve et prête les seize autres unités monétaires à un client B. A son tour, ce client B dépense en achat une unité monétaire et dépose les quinze unités restantes à la banque B'. Celle-ci met trois de ces unités en réserve (20%) et prête les douze autres à un client C. Ce troisième client C dépense en achat deux de ces unités et dépose les dix unités restantes à la banque C' qui en met deux en réserve (20%) et en utilise huit etc. A ce stade de la circulation des espèces monétaires, il n'y a aucun doublement des fonds. En effet, neuf unités monétaires figurent dans les réserves de banques A', B' et C'. Trois unités monétaires ont été mises sur le marché économique par les clients B et C. Et au compte de dépôt du client C à la banque C', figurent huit unités monétaires dont la banque C' va faire usage. Autrement dit, en tout et pour tout, il n'existe dans le circuit monétaire que vingt unités monétaires soit le montant total des fonds initialement déposés. Ce dépôt initial a, en fait, été réparti et absorbé par les réserves des banques, les espèces en circulation et les dépôts non encore utilisés ¹⁶⁷⁷. Les banques secondaires n'ont pas créé d'espèces monétaires nouvelles ¹⁶⁷⁸. Elles n'ont fait que prêter, pour leur propre compte, les fonds reçus d'autrui ¹⁶⁷⁹. C'est pourquoi la banque en faillite se trouve dans l'impossibilité de rembourser la totalité des dépôts parce qu'elle n'en possède pas l'équivalent ¹⁶⁸⁰. Et dans la mesure où les éléments d'actifs de la banque (par exemple les prêts aux clients) ont des échéances plus éloignées que ses éléments de passif (par exemple les dépôts à vue) ¹⁶⁸¹, il se crée un déséquilibre entre l'exigibilité des éléments d'actifs et l'exigibilité des éléments passifs qui interdit de satisfaire tous les retraits, si tout ou une grande partie des clients d'une banque secondaire vient à réclamer en même temps la restitution de ses dépôts.

¹⁶⁷⁶. Sur le coefficient multiplicateur et la « création de monnaie » par les banques secondaires : M. DE MOURGUES, *La monnaie - Système financier et théorie monétaire*, Economica, 1988. -- H. GUITTON et G. BRAMOULLÉ, *La monnaie*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1987, p. 71 et s. -- J. MARCHAL, *Monnaie et crédit - Le système monétaire et bancaire français*, Paris, Cujas, p. 199 et s. -- P. BERGE, *Emission monétaire et multiplicateur de crédit, Essais en l'honneur de Jean Marchal*, t. 2, *La monnaie*, édition préparée par Paul Courbois, Cujas, 1975, p. 146 et s. -- M. ALLAIS, *Le concept de monnaie - La création de monnaie et de pouvoir d'achat par le mécanisme du crédit et ses implications, Essais en l'honneur de Jean Marchal*, t. 2, *La monnaie*, édition préparée par Paul Courbois, Cujas, 1975, p. 106 et s. -- R. DE LA GÉNIÈRE, *Monnaie et contre-monnaie, Banque*, janvier 1978, n° 369, p. 15 et s.

¹⁶⁷⁷. V. M. DE MOURGUES, *préc.*, spéc. p. 75 et s.

¹⁶⁷⁸. En ce sens : B. SCHMITT, *loc. cit.*, p. 74.

¹⁶⁷⁹. M. ALLAIS, *loc. cit.*, p. 110.

¹⁶⁸⁰. En ce sens : B. SCHMITT, *Nature de la monnaie : une approche économique, in Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 63 et s., *passim*.

¹⁶⁸¹. M. ALLAIS, *loc. cit.*, p. 111 ; p. 115.

La création monétaire par les banques secondaires à partir des fonds reçus du public, est donc apparente. En tâchant de respecter les ratios prudentiels ¹⁶⁸² et en tablant sur le fait que tous les déposants ne réclameront pas la restitution de l'intégralité de tous leurs dépôts en même temps, les banques prennent le risque (calculé) de prêter (ou d'employer à un autre usage, tel que l'achat de titres) des fonds déposés par un client à un autre client. Ce qui ne milite pas en faveur de la conservation de leur qualité de propriétaires par les clients déposants, puisque dans cette hypothèse les fonds déposés par les clients et objet de leur propriété disparaissent.

A vrai dire, l'affirmation ne doit pas être aussi tranchée.

589. - Si les banques font circuler les espèces monétaires en prêtant les fonds inutilisés par les déposants, elles ont pour une part l'obligation de constituer des réserves obligatoires. Or ces réserves étant issues des dépôts des clients ou des titres revendus par la banque et ne faisant l'objet d'aucun usage par la banque, les clients déposants ont sur elles un droit de propriété collectif. Comme dans le dépôt collectif d'essence où les déposants conservent leur droit de propriété malgré la confusion de leurs dépôts dans la même réserve ¹⁶⁸³, les clients de banques conservent leur droit de propriété sur les sommes inscrites au compte des réserves obligatoires des banques. Lorsque quelques clients opèrent des retraits partiels, la banque satisfait à leur demande par la restitution de fonds issus des réserves obligatoires. Et ces réserves demeurant la propriété des déposants, le retrait correspond à une revendication et non à l'exercice d'une action personnelle en restitution.

Si le déposant demeure, en principe, propriétaire des fonds qui figurent à son compte bancaire, il est vrai qu'en cas de faillite de l'établissement, l'ensemble des réserves de la banque étant insuffisant à satisfaire toutes les demandes de retrait des dépôts, elles se partageront entre les déposants à proportion de leurs dépôts. Et, pour le surplus, les clients seront créanciers ¹⁶⁸⁴. Sauf à admettre le jeu de la subrogation réelle en prouvant que, par exemple, les titres vendus par la banque pour rembourser les déposants, ont été acquis grâce aux dépôts reçus du public et intègrent la même valeur qu'eux - ce qui déclencherait le jeu d'une subrogation au second degré ¹⁶⁸⁵ - il faut admettre que dans ce cas, en l'absence d'une loi, les déposants n'ont qu'une action personnelle en restitution.

¹⁶⁸². V. *supra* : n° 85.

¹⁶⁸³. V. *supra* : n° 58.

¹⁶⁸⁴. En faveur de la revendication des déposants : E. ALFANDARI, Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté, *D.* 1996, Chr., p. 277 et s. -- L'auteur invoque, en particulier, la volonté des parties et le fait que la fongibilité ne fait pas obstacle à la revendication (*Ibid.*, p. 280). -- F. DERRIDA, A propos de la « faillite » d'une banque : nouveau dévoilement, *D.* 1996, Chr., p. 7 et s. -- J. DJOUDI, Le traitement des établissements de crédit en difficulté, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, n° 3936.

¹⁶⁸⁵. V. *supra* : n° 541 et s.

Dans l'hypothèse où la banque n'est pas en état de cessation des paiements, le déposant conserve donc la qualité de propriétaire. Ce qui développe un certain nombre de conséquences pratiques.

b) Les opérations juridiques sur le dépôt bancaire

590. - Le solde d'un compte bancaire représentant une certaine valeur patrimoniale, il peut servir à garantir l'exécution d'une créance. A cette occasion, la question a été posée de savoir si ce gage correspond à un nantissement de créance ou s'il constitue un gage de biens. Dans le premier cas, il devrait être réalisé dans le respect des formalités de l'article 1690 du Code civil auquel renvoi l'article 2075 du même code relatif au gage de meubles incorporels¹⁶⁸⁶. Dans le second cas, il ne serait pas soumis aux formalités énoncées¹⁶⁸⁷.

En réalité, le débat ne se place pas sur ce terrain. D'abord, et accessoirement, l'article 2075 du Code civil visant les biens incorporels en général, dans la mesure où les espèces monétaires scripturales sont des biens incorporels¹⁶⁸⁸ leur nantissement devrait est soumis aux formalités qu'il énonce, comme les créances. Ensuite et surtout, le gage constitué sur ces biens n'apparaît pas comme un nantissement de créance¹⁶⁸⁹ ni même comme un gage de meubles incorporels mais, plus précisément, comme un gage-espèces¹⁶⁹⁰ puisqu'il s'agit de somme d'argent. Or, le gage-espèces n'est pas un gage à proprement parler : il est tantôt une propriété-sûreté, tantôt un dépôt particulier¹⁶⁹¹. Lorsque le créancier a la libre disposition des fonds d'autrui, il s'agit d'une véritable propriété-sûreté¹⁶⁹². Et lorsque la somme est inscrite à un compte spécial, la sûreté dont il fait l'objet correspond à un dépôt de somme d'argent, avec affectation conventionnelle des fonds au créancier¹⁶⁹³. Sur ce plan, le régime des fonds déposés en banque suit celui des espèces manuelles.

591. - La conservation de leur qualité de propriétaires par les déposants en banque développe une autre conséquence sur le terrain des garanties. S'agissant de l'exception de compensation, le dépôt irrégulier suit le régime du dépôt régulier. Le

¹⁶⁸⁶ V. *supra* : n° 552 et s.

¹⁶⁸⁷ V. sur cette question : M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 1997, n° 696, p. 566. -- C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 1997, n° 668, p. 339-340.

¹⁶⁸⁸ V. M. CABRILLAC, Les sûretés conventionnelles sur l'argent, *Les activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly, LITEC, 1991, n° 17 et s., p. 338 et s. -- Comp. M. D.R. MARTIN considère qu'il s'agit d'un gage de valeurs corporelles (Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires, *D.* 1987, Chr., n° 14, p. 232). -- V. égal. n° 331 et s.

¹⁶⁸⁹ Cf. J.-P. APPRIL, Le nantissement des créances et des comptes, *Le gage commercial - Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 498 et s.

¹⁶⁹⁰ En faveur de la qualification de gage de monnaie scripturale : J. FRANÇOIS, Note sous Com., 3 juin 1997, *D.* 1998, J., 63.

¹⁶⁹¹ V. *supra* : n° 439 et s.

¹⁶⁹² M. CABRILLAC, Les sûretés conventionnelles sur l'argent, *loc. cit.*, n° 6 et s., p. 335 et s.

¹⁶⁹³ Rapp. F. GRUA et A. VIRATELLE, L'affectation d'un crédit ou d'un dépôt en banque, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3826 et *J.C.P. Ed. E.* 1995, I, 454, n° 9. -- V. égal. n° 441.

dépositaire bénéficie de l'article 1293-2° du Code civil aux termes duquel la compensation n'a pas lieu dans le cas de la demande en restitution d'un dépôt ¹⁶⁹⁴. Parce que la créance de restitution du dépositaire correspond à un droit de propriété et ne peut donc pas être l'exacte réciproque de la créance de la banque sur le déposant, le texte s'applique. La banque ne peut refuser la restitution d'un dépôt au motif qu'il dispose lui-même d'une créance contre le déposant.

592. - Le quasi-usufruit trouve donc un terrain d'application dans un contrat où on ne l'attend pas puisque le dépôt et la garde sont *a priori* incompatibles avec la disposition du bien par le dépositaire. Et de manière plus générale, les contrats translatifs de détention d'un bien n'excluent pas la constitution d'un droit réel de disposer au profit du détenteur précaire. Qu'en va-t-il en matière de contrats translatifs de propriété ? Peut-on admettre la création d'un quasi-usufruit au profit du cocontractant qui, dans ce contrat, se déconstitue propriétaire afin de transmettre son bien à autrui. L'hypothèse peut être envisagée à la lumière de la donation avec réserve de quasi-usufruit.

§ 2.- Droit réel de disposer et contrats translatifs de propriété

593. - Bien que l'article 946 du Code civil prohibe la donation qui réserve au donateur le droit de disposer des biens donnés, la validité de la donation conclue avec réserve de quasi-usufruit est admise. Le Code civil lui-même (art. 949) prévoit que le donateur peut se réserver la jouissance ou l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés ; or le quasi-usufruit est une forme d'usufruit ¹⁶⁹⁵. Cette compatibilité de la donation et du quasi-usufruit tient à la nature du droit de quasi-usufruit.

593-1. - Lorsque le donateur se réserve un droit de quasi-usufruit sur les biens donnés, il ne redevient pas propriétaire du bien donné, fût-ce temporairement comme cela se produit dans la propriété-garantie. Le droit réel de quasi-usufruit n'étant pas acquisitif du bien d'autrui, le donateur n'est qu'un détenteur précaire admis à jouir et disposer du bien d'autrui. La prohibition de l'article 946 du Code civil ne s'applique donc pas à la donation avec réserve de quasi-usufruit ; elle impose au plus d'établir de manière claire et univoque la nature du droit concédé au donateur sur les biens donnés.

¹⁶⁹⁴. *Contra* : C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire - Institutions, comptes, opérations, services*, 3^e éd., Paris, LITEC, 1997, n° 235, p. 112.

¹⁶⁹⁵. V. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, *D.* 1994, Chr., n° 17, p. 222-223. -- V. égal. R. DEMOGUE, Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1901, p. 345-346.

Pour que la nature du droit concédée au donateur soit claire, l'acte de donation devra préciser que les biens ne sont pas placés sous la maîtrise absolue du donateur, c'est-à-dire sous sa propriété, mais qu'ils sont simplement grevés d'un droit réel de quasi-usufruit, au terme duquel (spécialement en cas de décès du quasi-usufruitier) les biens donnés seront affranchis de toute charge et laissés à la seule et entière disposition du donataire¹⁶⁹⁶. Il est également souhaitable d'individualiser les biens donnés, lorsqu'il s'agit de choses de genre tels que des valeurs mobilières inscrites en compte par exemple¹⁶⁹⁷.

593-2. - En cours d'usufruit, le donateur quasi-usufruitier sera tenu de toutes les obligations du quasi-usufruitier. En particulier, il n'entrera en jouissance du bien qu'à la condition d'avoir dressé inventaire des biens et fourni caution de jouir en bon père de famille¹⁶⁹⁸. Il devra également disposer des biens donnés en respectant leur destination, comme le ferait le propriétaire lui-même¹⁶⁹⁹. Dans un arrêt du 1^{er} avril 1895, la Chambre des Requêtes admettait que le donateur se réserve, sur les objets de la donation, des droits d'administration et de jouissance plus étendus que ceux tracés par la loi, pourvu que la jouissance de la chose donnée soit conservée. Or la décision visait à juste titre l'article 578 du Code civil¹⁷⁰⁰. Aux termes de cet article, l'usufruitier est tenu de conserver la substance de la chose. En l'occurrence, le quasi-usufruitier conservera la substance des biens donnés en prenant soin d'en disposer en bon père de famille, notamment en respectant leur destination. Enfin, le donateur quasi-usufruitier ne devra pas jouir de ces biens dans des conditions susceptibles de nuire aux droits et intérêts du donataire-nu-propriétaire¹⁷⁰¹. En particulier, il devra faire en sorte de toujours posséder l'équivalent ou la valeur des biens donnés, par exemple en remplaçant les valeurs mobilières aliénées par d'autres valeurs du même genre.

593-3. - Puis, notamment au décès du donateur, la restitution des biens au donataire devra suivre l'extinction du quasi-usufruit¹⁷⁰² conformément aux articles 950¹⁷⁰³ et 587 du Code civil. On a soutenu qu'à cette date, dans le cas d'une donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, le donataire est

¹⁶⁹⁶. En faveur d'une stipulation expresse de quasi-usufruit : M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 18, p. 223. -- Adde M. VION et T. LE PLEUX, Formule de donation des valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, *Defr.*, 1994, art. 35713, p. 169 et s.

¹⁶⁹⁷. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 18, p. 224.

¹⁶⁹⁸. V. *supra* : n° 104 et s. -- V. égal. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 18, p. 223.

¹⁶⁹⁹. V. *supra* : n° 104 et s. ; n° 111 et s.

¹⁷⁰⁰. Req., 1^{er} avril 1895, *D.P.* 1895, I, 335.

¹⁷⁰¹. V. *supra* : n° 116 et s.

¹⁷⁰². Sur cette condition, voire l'article 950 du Code civil. -- V. égal. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 15-16, p. 222. -- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, T. V, Les successions - Les libéralités*, par P. Malaurie, avec le concours de J.-P. Claux et N. Couzigou-Suhas, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998, n° 436, p. 250. -- F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions - Les libéralités*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1997, n° 434, p. 354 et note 5 sous ce numéro ; adde n° 446, p. 361 et s. -- Adde sur la donation entre vifs portant sur des choses non consommables avec réserve de quasi-usufruit : les réflexions de A. BOITELLE, *J.C.P. Ed. N.* 1996, I, p. 1761 et s.

¹⁷⁰³. V. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 17, p. 222-223.

investi, contre le donateur ou sa succession, d'un droit de créance irrévocable ¹⁷⁰⁴. Il nous semble plutôt bénéficier d'un véritable droit de propriété puisque le jeu de la subrogation réelle opère : le droit de propriété du donataire se reporte sur les valeurs acquises en remplacement des valeurs aliénées ¹⁷⁰⁵. En effet, dès lors que le donateur est un quasi-usufruitier, il ne redevient pas, même à titre temporaire, propriétaire des biens donnés. Et dans le cas d'un quasi-usufruit de portefeuille de valeurs mobilières, lorsqu'il dispose des valeurs il ne cède pas l'universalité en tant qu'entité ¹⁷⁰⁶. Tenu de remplacer les valeurs mobilières en cours de quasi-usufruit, il est débiteur de l'équivalent sur lequel le droit de propriété des donataires demeure intact.

594. - Ainsi, la donation avec réserve du droit de disposer n'est prohibée que lorsque le donateur se réserve le droit de disposer du bien sans aucune restriction ¹⁷⁰⁷, ce qui ne se produit pas lorsque le droit de disposer réservé au donateur correspond au droit réel de quasi-usufruit. Cette limite signifie aussi que, dans cette hypothèse, le quasi-usufruit ne peut être tacite. Il doit résulter de la volonté expresse et non équivoque des parties.

Conclusion du CHAPITRE II

595. - Le régime du droit réel de disposer est quelque peu modifié lorsque le droit est constitué sur certains biens, notamment sur des biens incorporels, ou lorsqu'il est greffé sur un contrat nommé dont l'économie est régie par le Code civil.

Comme tous les droits patrimoniaux, le droit réel de disposer subit l'influence des biens incorporels. Ces biens doués d'utilités et de valeur, comme les choses corporelles, ne peuvent manquer de faire l'objet de droits réels d'usage ou de disposition. Mais leur abstraction rend malaisée leur appréhension qui joue pourtant un rôle important en matière de droit réel de disposer. La détention d'un bien permet, d'abord, au titulaire du droit réel de posséder son droit ; elle remplit ainsi une fonction d'opposabilité du droit réel de disposer. Elle conditionne, ensuite, l'efficacité du nantissement en assurant la perfection du contrat et en permettant au gagiste de retenir le bien et, donc, de conserver son privilège (art. 2076 C.Civ.). Lorsque le bien grevé est incorporel, l'impossibilité de détenir matériellement le bien

¹⁷⁰⁴. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 17, p. 223. Et d'en déduire qu'il faudrait stipuler que la subrogation réelle jouera à l'extinction de l'usufruit (*Ibid.*, n° 18, p. 223).

¹⁷⁰⁵. Rapp. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 18, p. 223.

¹⁷⁰⁶. V. *supra* : n° 25 et s. ; n° 535 et s.

¹⁷⁰⁷. Req., 13 nov. 1877, *D.P.* 1878, I, 451. -- Paris, 31 déc. 1919, *Gaz. Pal.* 1920, I, 56. -- Besançon, 13 mars 1951, *D.* 1951, J., 317 ; *J.C.P. Ed. G.* 1952, II, 6667, obs. P. VOIRIN ; *Rev. trim. civ.* 1951, 405, obs. R. SAVATIER. -- Paris, 27 mai 1964, *J.C.P. Ed. G.* 1965, II, 13991, obs. P. VOIRIN. -- Civ. 1ère, 31 janvier 1967, *Bull. Civ. I*, n° 40, p. 28. -- Sur ce point, v. M. GRIMALDI et J.-F. ROUX, *loc. cit.*, n° 13 et s., p. 221 et s. -- F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions - Les libéralités*, préc., 1997, note 5 sous le n° 434, p. 354.

grevé impose d'aménager ces règles, spécialement en présence d'un droit réel de garantie. L'opposabilité du droit de quasi-usufruit résulte, en effet, de l'exercice qu'en fait le disposant. Mais le droit de gage n'étant réalisable qu'en cas de défaillance définitive du débiteur, en attendant cette réalisation éventuelle, l'opposabilité du nantissement de biens incorporels trouve son meilleur substitut dans la publicité. Et le formalisme réel requis en matière de gage de biens corporels est remplacé par des solennités. En somme, le nantissement de biens incorporels se rapproche de l'hypothèque qui ne dépossède par le débiteur.

Le régime du droit réel de disposer peut aussi tenir sa spécificité du contrat de gage, de dépôt ou de donation qui le porte. Ainsi, lorsque le quasi-usufruit est inséré dans un dépôt, le disposant ne peut pas restituer le bien en valeur et sa responsabilité est aggravée si le dépôt est rémunéré. En matière de donation, le droit de quasi-usufruit ne peut être tacite.

Il faut toutefois observer que l'influence est ici réciproque : le droit de disposer modifie l'économie du contrat qui le crée. Notamment, l'exercice du quasi-usufruit remet en cause l'existence du gage lorsque le gagiste aliène les biens engagés - à moins qu'il ne s'agisse d'un gage d'universalité, auquel cas le bien gagé survit à la disposition de ses composants. De même, le droit de quasi-usufruit fait de l'obligation de garde du dépositaire une obligation de conserver la substance du bien en l'utilisant conformément à sa destination. Enfin, il impose au donateur quasi-usufruitier un certain nombre d'obligations dont celui-ci n'a pas à connaître lorsqu'il est simple donateur.

Conclusion du TITRE II

596. - Création du juriste, le droit réel de disposer naît et disparaît selon les normes juridiques. Il est soumis au régime des droits patrimoniaux, notamment pour ce qui touche ses auteurs et les causes de sa disparition. En revanche, les formalités qui entourent sa constitution, son objet et les suites de son extinction, se démarquent davantage du droit commun des droits patrimoniaux parce que le droit réel de disposer a un contenu qui lui est propre. Formé de l'*abusus* du bien d'autrui, son exercice dépouille le nu-propriétaire. Il faut donc protéger les parties et les tiers au droit réel de disposer. Ainsi, par certains aspects, le droit commun du droit réel de disposer est en marge du droit commun des droits patrimoniaux. Le droit est même parfois soumis à un régime tout à fait spécial lorsque l'objet qu'il grève est incorporel ou lorsqu'il est créé dans le cadre d'un contrat déjà porteur de droits et d'obligations pour le disposant et le nu-propriétaire.

Conclusion de la PARTIE II

597. – « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre » énonce l'article 543 du Code civil.

Le droit réel de disposer n'est pas l'attribut du droit de propriété parce qu'il est tantôt un simple droit de jouissance tantôt un service foncier à prétendre. Il figure parmi les droits patrimoniaux, auprès du droit d'usufruit, du droit d'usage et d'habitation etc. Car il est formé d'une utilité du bien qui n'est ni l'*usus* ni le *fructus* du bien mais son *abusus* : le droit réel de disposer a pour contenu l'aptitude du bien (d'autrui) à être consommé juridiquement ou matériellement, par aliénation ou par destruction. Cet *abusus* est concédé par affectation de la valeur du bien au disposant lui-même (quasi-usufruit) ou à l'un de ses biens (une créance garantie ou un fonds dominant). Le droit réel de disposer est donc un objet de propriété pour le disposant et, de ce fait, son régime est celui des biens et des droits patrimoniaux. Bien sûr la singularité de son contenu laisse son empreinte sur le droit commun du droit réel de disposer. En particulier, ce régime doit assurer la protection du nu-propriétaire à la constitution du droit, par le biais d'un certain formalisme, ou à l'issue du droit, par le respect d'un certain nombre d'obligations assurant la restitution du bien à l'identique, en équivalent ou en valeur. En outre, les supports du droit réel de disposer peuvent influencer son régime et le spécialiser. Par exemple, les règles qui le gouvernent doivent être aménagées lorsque le bien grevé est un bien incorporel. Le droit réel (de disposer) puise, en effet, sa substance dans le bien et sa fonction impose souvent la mise en possession du disposant. De même, le droit réel de disposer peut participer d'une opération juridique complexe. Il peut être créé dans le cadre d'un gage, d'un dépôt ou d'une donation. Il subit alors l'influence des droits et obligations nés de ces contrats.

CONCLUSION GÉNÉRALE

598. - Avoir le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte : l'expression se laisse comprendre. Elle signifie qu'un sujet peut être propriétaire d'un droit réel de disposer, concurrent du droit de disposer qui compose la propriété d'autrui.

Le droit réel de disposer noue, en effet, un triple rapport au droit de propriété, rapport qui n'est, en aucun cas, celui de composant à composé. Le droit réel de disposer permet d'accomplir des actes de disposition sur un bien, vertu jusqu'alors reconnue au seul droit de propriété. Mais il est un droit patrimonial *soumis* au droit de propriété extrapatrimonial du disposant. Et il est un droit *réel* qui puise sa substance dans le bien d'autrui et qui limite, par ce biais, le droit de propriété d'autrui.

599. - Le droit réel de disposer n'a en commun avec le droit de disposer mentionné à l'article 544 du Code civil que la nature juridique de l'acte qu'il permet au sujet d'accomplir sur un bien. Sa mise en œuvre se traduit par l'accomplissement d'un acte de disposition sur un bien, qu'il s'agisse d'une destruction (par exemple l'exploitation d'une carrière ou le recouvrement d'une créance), d'une aliénation (par exemple la cession des valeurs mobilières d'un portefeuille, la tradition d'espèces monétaires, la réalisation du bien gagé) ou d'une impignoration. Cette ressemblance est la cause de l'identification (injustifiée) du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte au droit de disposer du propriétaire. Parce qu'une telle interférence peut être observée, la doctrine en a déduit que le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte était nécessairement acquisitif du droit de propriété. Ainsi, le quasi-usufructier et le dépositaire irrégulier sont-ils communément considérés comme des propriétaires.

C'est confondre l'*acte de disposition* et le *droit de disposer* du propriétaire.

600. - Dans une acception étroite, l'acte de disposition désigne l'acte juridique qui atteint le capital du propriétaire. On saisit alors que la doctrine ait réservé sa réalisation au propriétaire du bien. Mais l'acte de disposition désigne aussi, plus généralement, l'acte juridique accompli par un sujet, c'est-à-dire l'acte qui modifie l'ordonnement juridique sans nécessairement atteindre le capital du propriétaire. Ainsi, l'acte de disposition a la nature d'un acte d'administration lorsqu'il est accompli dans le respect de la destination du bien et de la consistance du patrimoine du propriétaire. Le même acte est dit de disposition au plan juridique et d'administration au plan économique. Or, lorsque le disposant du bien d'autrui pour son propre compte use de son droit, il est tenu de disposer du bien d'autrui conformément aux droits et intérêts de l'autrui propriétaire.

D'abord, lorsque le quasi-usufructier dispose du bien consommable d'autrui, il en use conformément à sa nature. La consommabilité du bien implique qu'on en dispose lorsqu'on l'utilise. Ensuite, le disposant du bien d'autrui pour son propre compte doit exercer son droit dans un cadre précis. En particulier, il doit disposer comme le propriétaire du bien l'aurait fait lui-même. Il accomplit ainsi un acte d'administration sur le bien d'autrui. Enfin, il est tenu d'assurer une bonne restitution du bien au nu-propriétaire. Ce qui participe également de la conservation du capital de ce dernier.

Si le disposant du bien d'autrui vient à accomplir sur ce bien un acte de disposition au sens économique du terme, il réalise un abus de jouissance sanctionné par la déchéance de son droit ou par l'obligation d'apport de garanties supplémentaires.

La réalisation de la sûreté par le créancier gagiste ou hypothécaire ne dément pas cette analyse. La vente forcée du bien engagé correspond à la bonne exécution de ses obligations par le propriétaire-débiteur tenu de répondre de ses dettes sur son patrimoine et sur des biens déterminés lorsqu'ils sont apportés en garantie.

L'acte de disposition accompli par le disposant du bien d'autrui pour son propre compte se distingue ainsi de la disposition du propriétaire parce que le droit du disposant n'est pas le droit de disposer de l'article 544 du Code civil.

601. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte se distingue du droit de disposer du propriétaire par son étendue et par son contenu.

Son étendue est bien plus étroite que celle du droit de propriété. La propriété est absolutisme et plénitude. Au contraire, le droit réel de disposer est un droit déterminé. Le disposant du bien d'autrui est redevable, envers le propriétaire du bien, d'un certain nombre d'obligations dont n'a pas à connaître un propriétaire. Et pour cause, ces devoirs servent l'intérêt du propriétaire du bien qu'il consomme. Son contenu distingue, aussi, le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, du droit de propriété. Le disposant du bien d'autrui est loin de profiter de

tous les pouvoirs d'un propriétaire. Par exemple, les utilités matérielles du bien lui échappent. Parce que son droit est composé de l'*abusus* du bien d'autrui qui n'est rien d'autre qu'une utilité du bien, au même titre que l'*usus* et le *fructus*. L'*abusus* désigne plus précisément l'aptitude du bien à être consommé, par aliénation (vente, échange, donation, impignoration) ou par destruction. Alors que le pouvoir d'un propriétaire est absolu et sans limite, le droit du disposant du bien d'autrui est relatif et limité. Dans le cadre de son droit subjectif, le propriétaire peut user à sa guise de toutes les utilités libres du bien. Dans les limites de l'utilité qui lui est concédé, le disposant du bien d'autrui doit respecter le droit du propriétaire.

602. - Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte s'oppose, même, au droit de disposer du propriétaire par sa nature et par sa structure.

Le droit de propriété est subjectif et extrapatrimonial, et non réel, puisqu'il est une projection du sujet sur les biens. Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte est objectif et patrimonial puisque l'*abusus* qui forme son contenu a, comme toute utilité, une valeur patrimoniale ; il est soumis au droit de propriété du disposant. Il a même la nature d'un droit réel puisque, pour concéder l'*abusus* du bien au disposant et lui permettre de le détruire, de l'aliéner etc., il faut appréhender la valeur du bien d'autrui. Le droit réel de disposer puise son origine dans le bien d'autrui. Il constitue une charge pour ce bien puisqu'il est un lien d'affectation de la valeur du bien d'autrui au disposant (au quasi-usufruitier) ou à un bien du disposant (à la créance garantie ou au fonds dominant).

Droit réel, le droit du disposant du bien d'autrui pour son propre compte est donc une création du juriste. Pour cette raison, les particuliers peuvent le créer et en user, dans le respect des normes juridiques qui régissent sa constitution, son fonctionnement et son extinction. Le droit réel de disposer est, en effet, doté d'un régime juridique commun et spécial. Notamment, les parties peuvent le créer dans le cadre d'un contrat de dépôt qui prend alors la configuration du dépôt irrégulier.

Sa structure justifie également que l'usage du droit réel de disposer n'implique pas le transfert du bien grevé dans le patrimoine du disposant. Lorsque le quasi-usufruitier, le dépositaire irrégulier, le créancier gagiste etc. jouissent de leur droit, ils réalisent un paiement triangulaire. Ils dépossèdent le propriétaire de sa chose pour la transmettre à un tiers ou ils éteignent la créance d'autrui en encaissant sa contrevaleur. Le rejet de la qualité de propriétaire du quasi-usufruitier et du dépositaire irrégulier justifie que ces deux personnes soient dénommées quasi-usufruitier et dépositaire irrégulier plutôt que propriétaires, quasi-propriétaires ou propriétaires irréguliers. Quasi-usufruitier et dépositaire irrégulier rejoignent alors les créanciers gagistes et hypothécaires qui jamais n'ont été qualifiés de propriétaires.

603. - En conséquence, le droit réel de disposer, et spécialement le quasi-usufruit, peut être défini comme suit. *Il est le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en respecter la destination et d'en assurer la restitution à l'identique, en équivalent ou en valeur.* Selon qu'il remplira une fonction de crédit immédiat ou une fonction de crédit à moyen ou long terme, ce droit réel de disposer prendra la forme d'un droit de quasi-usufruit, qui permet à l'usufruitier de percevoir des revenus voire des plus values par la disposition du bien d'autrui, ou la forme d'un droit de gage ou d'hypothèque destiné à garantir la bonne exécution d'une créance.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	ajouter.
<i>A.J.D.A.</i>	<i>Actualité juridique droit administratif.</i>
<i>AJP</i>	<i>Actualité juridique propriété immobilière.</i>
<i>al.</i>	alinéa.
<i>Art.</i>	article.
<i>Banque</i>	<i>Revue Banque.</i>
<i>Banque et Droit</i>	<i>Revue Banque et Droit.</i>
<i>Bull. Civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de Cassation.</i>
<i>Bull. Crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation.</i>
<i>Bull. Com.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de Cassation.</i>
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés.</i>
<i>C.A.</i>	Cour d'appel.
<i>Cass.</i>	Cour de Cassation.
<i>C.Civ.</i>	Code Civil.
<i>C.Com.</i>	Code de Commerce.
<i>C.Dom. de l'Etat</i>	Code du Domaine de l'Etat.
<i>CE</i>	Conseil d'État.
<i>C.E.D.H.</i>	Cour Européenne des Droits de l'Homme.
<i>cf.</i>	confronter.
<i>chap.</i>	chapitre.
<i>Chr.</i>	Chronique.
<i>Civ.</i>	Chambre civile, Section civile de la Cour de Cassation.
<i>C.J.C.E.</i>	Cour de Justice des Communautés Européennes.

Com.	Chambre civile, Section commerciale de la Cour de Cassation.
comp.	comparer.
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel.
<i>Contra</i>	solution contraire.
Cour roy.	Cour royale.
C.Pén.	Code Pénal.
C.Consom.	Code de la consommation.
Crim.	Chambre Criminelle de la Cour de Cassation.
C.Rur.	Code Rural.
C.Urb.	Code de l'urbanisme.
<i>D.</i>	<i>Dalloz Périodique (depuis 1945).</i>
<i>D. Affaires</i>	<i>Dalloz Affaires.</i>
<i>D.C.</i>	<i>Dalloz Critique.</i>
Décr.	Décret.
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois.</i>
<i>D.H.</i>	<i>Dalloz Hebdomadaire.</i>
Doctr.	Doctrine.
<i>D.P.</i>	<i>Dalloz Périodique (avant 1941).</i>
<i>Dr. Sociétés</i>	<i>Droit des sociétés.</i>
éd.	édition.
égal.	également.
<i>Encycl. Jur. Dalloz</i>	<i>Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil.</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais.</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> ou au même endroit.
<i>Idem</i>	à l'endroit indiqué précédemment.
<i>Infra</i>	ci-dessous.
IR	Informations rapides.
<i>J.C.P. Ed. E.</i>	<i>Juris-Classeur Périodique, Édition Entreprise.</i>
<i>J.C.P. Ed. G.</i>	<i>Juris-Classeur Périodique, Édition Générale.</i>
<i>J.C.P. Ed. N.</i>	<i>Juris-Classeur Périodique, Édition Notariat.</i>
J.	Jurisprudence.
<i>J.O.</i>	<i>Journal officiel.</i>
<i>Journ. not.</i>	<i>Journal des notaires et des avocats.</i>
L.	loi.
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> ou à l'endroit précité.
<i>L.P.A.</i>	<i>Les Petites Affiches.</i>
mod.	modifié.
n°	numéro.
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile.
nouv.	nouveau.
obs.	observations.

<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> ou ouvrage précité.
p.	page.
Pan.	Panorama.
Par.	Paragraphe.
par ex.	par exemple.
<i>Passim</i>	ça et là.
préc.	précité.
<i>Quot. jur.</i>	<i>Quotidien juridique.</i>
rappr.	rapprocher.
<i>Rec. Lebon</i>	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État, Lebon.</i>
réd.	rédaction.
<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit civil.</i>
Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation.
<i>Rev. Crit. Lég. Jur.</i>	<i>Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.</i>
<i>Rev. Dt. Banc.</i>	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse.</i>
<i>Rev. Dt. Lég. Jur.</i>	<i>Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger.</i>
<i>Rev. Hist. Dt. Fr.</i>	<i>Revue Historique de Droit Français.</i>
<i>Rev. Intern. Dt. Antiquité</i>	<i>Revue Internationale des Droits de l'Antiquité.</i>
<i>Rev. Jur. Com.</i>	<i>Revue de Jurisprudence commerciale.</i>
<i>Rev. Loyers et fermages</i>	<i>Revue des loyers et des fermages.</i>
<i>Rev. Sociétés</i>	<i>Revue des sociétés.</i>
<i>Rev. trim. Civ.</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil.</i>
<i>Rev. trim. Com.</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Commercial.</i>
<i>Rev. trim. dt. intern. pr.</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit International Privé.</i>
<i>RD imm.</i>	<i>Revue de Droit immobilier.</i>
<i>RFD adm.</i>	<i>Revue Française de Droit administratif.</i>
<i>R.I.D.A.</i>	<i>Revue Internationale du droit d'auteur.</i>
<i>R.J.D.A.</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires.</i>
<i>R.R.J.</i>	<i>Revue de Recherche Juridique - Droit prospectif.</i>
et s.	et suivants.
S.	<i>Recueil Sirey.</i>
Soc.	Chambre civile, Section sociale de la Cour de Cassation.
sol.	solution.
Som.	Sommaire.
spéc.	spécialement.
<i>Supra</i>	ci-dessus.
t.	tome.
T.G.I.	Tribunal de grande instance.
Trib. Civ.	tribunal civil.
Trib. Conflits	tribunal des conflits.
<i>Vie Jud.</i>	<i>La Vie Judiciaire.</i>
V°	mot.

V.

voir.

vol.

volume.

BIBLIOGRAPHIE

I. - OUVRAGES GÉNÉRAUX ET TRAITÉS

ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.) :

Droit civil - Contrats spéciaux, 1^{ère} éd., Paris, LITEC, 1997.

ATIAS (C.) :

Droit civil - Les biens, 3^e éd., Paris, LITEC, 1993.

AUBRY (C.) et RAU (C.) :

Droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1857.

Droit civil français, Paris, L.G.D.J.

T. I, *Etat civil. Nationalité. Domicile. Absence. Protection des incapables*, par P. Esmein et A. Ponsard, 7^e éd., 1964.

T. II, *Biens. Possession. Propriété. Servitudes*, par P. Esmein, 7^e éd., 1961.

T. VI, *Petits contrats. Quasi-contrats. Responsabilité*, par A. Ponsard et N. Dejean de la Batie, 7^e éd., sous la direction de P. Esmein et A. Ponsard, 1975.

T. IX, *Filiation. Successions ab intestat*, par P. Esmein, 6^e éd., 1953.

AYNES (L.) : v° MALAURIE (P.).

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et HOUQUES-FOURCADE (M.) :

Traité théorique et pratique de Droit civil, T. I, *Des personnes*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1907.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.) :

Traité théorique et pratique de Droit civil, *De la société, du prêt et du dépôt*, 2^e éd., Paris, 1900.

BECQUE (E.) : v° PLANIOL (M.) et RIPERT (G.).

BENABENT (A.) :

Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 3^e éd., Domat-Montchrestien, 1997.

BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.) :

Cours de Droit civil français, 2^e éd., Paris, Rousseau.

T. IV, *Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, 1938.

T. XII, *Contrats civils divers*, par R. Rodière et A. Percerou, 1947.

T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. Voirin, 1948.

BOULANGER (J.) : v^o PLANIOL (M.).

BRAMOULLE (G.) : v^o GUITTON (H.).

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) et LABORDE-LACOSTE (M.) :

Introduction générale à l'étude du droit, Paris, Sirey, 1947.

CABRILLAC (M.) et MOULY (C.) :

Paris, LITEC.

Droit des sûretés, 3^e éd., 1995 et 4^e éd., 1997.

CAPITANT (H.) : v^o COLIN (A.).

CARBONNIER (J.) :

Droit civil, Paris, P.U.F., Thémis.

Introduction, 24^e éd., 1996.

T. III, *Les biens*, 17^e éd., 1997.

CHABAS (F.) : v^o MAZEAUD (H., L. et J.).

CLAUX (J.-P.) : v^o MALAURIE (P.) et AYNES (L.).

COLIN (A.) et CAPITANT (H.) :

Traité de droit civil, T. I, *Introduction générale - Institutions civiles et judiciaires - Personnes et famille*, par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957.

COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.) :

Paris, Dalloz.

Contrats civils et commerciaux, 3^e éd., 1996 et 4^e éd., 1998.

CONTAMINE-RAYNAUD (M.) : v^o RIVES-LANGE (J.L.).

CONTE (P.) : v^o LARGUIER (C.).

CORNU (G.) :

Droit civil, Introduction - Les personnes - Les biens, 8^e éd., Paris, P.U.F., Thémis, 1997.

COUZIGOU-SUHAS (C.) : v^o MALAURIE (P.) et AYNES (L.).

DEJEAN DE LA BATIE (N.) : v^o AUBRY (C) et RAU (C.).

DELEBECQUE (P.) : v^o COLLART DUTILLEUL (F.) ; RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.) ; SIMLER (P.).

DEMOLOMBE (C.) :

Traité de la distinction des biens, T. X, *De la distinction des biens - De la propriété - De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Paris, Durand-Hachette, 1854.

DONNIER (M.) :

Voies d'exécution et procédures de distribution, 4^e éd., Paris, LITEC, 1996.

DUGUIT (L.) :

Traité de Droit constitutionnel, t. I, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, 3^e éd., Paris, 1927.

DUPIN (M.) :

Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français, nouvelle édition, t. IV, Paris, 1835.

DURANTON (M.) :

Cours de droit français suivant le code civil, T. IV, *De la distinction des biens. De la propriété. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 2^e éd., Paris, Alex-Gobelet, 1828.

ESMEIN (P.) : v^o AUBRY (C) et RAU (C.).

FABRE-MAGNAN (M.) : v^o GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.).

FENOUILLET (D.) : v^o TERRE (F.).

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.) :

Droit bancaire - Institutions, comptes, opérations, services, 3^e éd., Paris, LITEC, 1997.

GENTY (M.) :

Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le droit romain, Paris, 1854.

GERMAIN (M.) : v^o RIPERT (G.) et ROBLOT (R.).

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) :

Traité de droit civil - Introduction générale, avec le concours de M. Fabre-Magnan, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994.

GUILLOUARD (L.) :

Traité du prêt, du dépôt et du séquestre, Paris, Pedone, 1893.

GUITTON (H.) :

La monnaie, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1987.

HAMEL (J.) :

Banques et opérations de banque, Paris, Sirey.

T. I, *Les comptes en banque*, par M. Vasseur et X. Marin, 1966.

HAURIOU (M.) :

Principes de droit public, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916.

HOUQUES-FOURCADE (M.) : v^o BAUDRY-LACANTINERIE (G.).

HUC (T.) :

Commentaire théorique et pratique du Code civil, Paris.

T. XI, *Prêt, dépôt et séquestre, contrats aléatoires - Art. 1832 à 1983*, 1898.

HUET (J.) :

Traité de droit civil - Les principaux contrats spéciaux, 1^{ère} éd., Paris, L.G.D.J., 1996.

JOURDAIN (P.) : v^o MARTY (G.) et RAYNAUD (P.).

JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.) : v^o COLIN (A.) et CAPITANT (H.).

LABORDE-LACOSTE (M.) : v° BRETHE DE LA GRESSAYE (J.).

LARGUIER (C.) et CONTE (P.) :

Droit pénal des affaires, 9^e éd., Armand Colin, 1998.

LARROUMET (C.) :

Droit civil, Paris, Economica.

T. II, *Les biens - Droits réels principaux*, 3^e éd., 1997.

LAURENT (F.) :

Principes de droit civil, Bruxelles-Paris.

T. VI, *Biens. Distinction des biens* (suite). *Propriété. Usufruit, usage et habitation*, 1871.

T. XXVII, *Contrats spéciaux. Prêt* (suite). *Dépôt et séquestre. Contrats aléatoires. Mandat*, 1877.

LEQUETTE (Y.) : v° TERRE (F.).

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.) : v° BEUDANT (R.).

MALAFOSSE (J. de) : v° OURLIAC (P.).

MALAURIE (P.) et AYNES (L.) :

Droit civil, Paris, Cujas.

T. IV, *Les biens - La publicité foncière*, par P. Théry, 4^e éd., 1998.

T. V, *Les successions - Les libéralités*, par P. Malaurie, avec le concours de J.-P. Claux et N. Couzigou-Suhas, 4^e éd., 1998.

T. VI, *Les obligations*, 8^e éd., 1998.

T. VIII, *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, 11^e éd., 1997.

T. IX, *Les sûretés - La publicité foncière*, par L. Aynès, 8^e éd., 1997.

MARIN (X.) : v° HAMEL (J.).

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) :

Droit civil, Paris, Sirey.

T. II, *Les biens*, par P. Jourdain, 3^e éd., 1995.

T. III, *Les sûretés*, avec P. Jestaz, 2^e éd., 1987.

MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.) :

Leçons de droit civil, Paris, Montchrestien.

T. I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, par F. Chabas, 11^e éd., 1996.

T. II, vol. II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, 8^e éd., 1994.

T. III, vol. I, *Sûretés - Publicité foncière*, par V. Ranouil et F. Chabas, 6^e éd., 1988.

MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.) :

Traité de droit civil - Les sûretés réelles, Paris, L.G.D.J.

Vol. I, *Droit commun des sûretés réelles - Théorie générale*, 1^{ère} éd., 1996.

MONIER (R.) :

Manuel élémentaire de droit romain, T. I, *Introduction historique, les sources, la procédure, les personnes, les droits réels, les successions*, 6^e éd., Domat-Montchrestien, 1947.

MOURGUES (M. de) :

La monnaie - Système financier et théorie monétaire, Economica, 1988.

OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J. de) :

Histoire du droit privé, Paris, P.U.F., Thémis.

T. I, *Les obligations*, 2^e éd., 1969.

T. II, *Les biens*, 2^e éd., 1971.

PATAULT (A.-M.) :

Droit civil, Paris, P.U.F., Thémis.

Introduction historique au droit des biens, 1989.

PERCEROU (A.) : v° BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.).

PLANIOL (M.) :

Traité de Droit civil, T. I, *Introduction générale - Les personnes*, par G. Ripert et J. Boulanger, éd. nouvelle, Paris, L.G.D.J., 1956.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) :

Traité pratique de Droit civil français d'après le traité de Planiol, 2^e éd., Paris, L.G.D.J.

T. III, *Les biens*, par M. Picard, 1952.

T. XI, *Contrats civils* (deuxième partie), par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur et A. Besson, 1954.

T. XII, *Sûretés réelles* (première partie), par E. Becqué, 1953.

PONSARD (A.) : v° AUBRY (C) et RAU (C.).

POTHIER : V° DUPIN (M.).

PREVAULT (J.) : v° VINCENT (J.).

PROUDHON (M.) :

Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé, Dijon, 3 vol., 1839.

PUTMAN (E.) : v° MESTRE (J.).

RANOUIL (V.) : v° MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.).

RASSAT (M.-L.) :

Droit pénal spécial, Paris, Dalloz, 1997.

RAYNARD (J.) : v° ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.).

RAYNAUD (P.) : v° MARTY (G.) et RAYNAUD (P.).

RENET (T.) : v° ZENATI (F.).

RIPERT (G.) : v° PLANIOL (M.).

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) :

Traité de droit commercial, T. I, *Valeurs mobilières, effets de commerce, opérations de banque et bourse, contrats commerciaux, procédure collectives*, par P. Delebecque et M. Germain, 15^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996.

RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.) :

Droit bancaire, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1995.

ROBLOT (R.) : v° RIPERT (G.).

RODIERE (R.) : v° BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.).

SAVATIER (R.) : v° PLANIOL (M.) et RIPERT (G.).

SAVIGNY (M. F. C. de) :

Traité de droit romain, T. I, *Sources du droit romain actuel - Rapports de droit*, trad. fr. par Ch. Guenoux, Paris, 1855.

SIMLER (P.) : v° TERRE (F.).

SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.) :

Droit civil, Les sûretés - La publicité foncière, 2è éd., Paris, Dalloz, 1995.

TERRE (F.) :

Introduction générale au droit, 3è éd., Paris, Dalloz, 1996.

TERRE (F.) et FENOUILLET (D.) :

Droit civil, Les personnes - La famille - Les incapacités, 6è éd., Paris, Dalloz, 1996.

TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.) :

Droit civil, Les successions - Les libéralités, 3è éd., Paris, Dalloz, 1997.

TERRE (F.) et SIMLER (P.) :

Droit civil, Les biens, 4è éd., Paris, Dalloz, 1992.

Droit civil, Les biens, 5è éd., Paris, Dalloz, 1998.

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.) :

Droit civil, Les obligations, 6è éd., Paris, Dalloz, 1996.

THERY (P.) :

Droit civil, Sûretés et publicité foncière, 2è éd., Paris, P.U.F., 1998.

THERY (P.) : v° MALAURIE (P.) et AYNES (L.).

TROPLONG (M.) :

Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente, T. XV, *Du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires*, Paris, 1845.

VASSEUR (M.) : v° HAMEL (J.).

VINCENT (J.) et PREVAULT (J.) :

Voies d'exécution et procédures de distribution, 18è éd., Paris, Dalloz, 1995.

VOIRIN (P.) : v° BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.).

WAHL (A.) : v° BAUDRY-LACANTINERIE (G.)

ZENATI (F.) et REVET (T.) :

Droit civil, Les biens, 2è éd., Paris, P.U.F., 1997.

II. - OUVRAGES SPÉCIAUX

BONNARD (R.) :

Le contrôle juridictionnel de l'administration - Etude de droit administratif comparé, Bibliothèque de l'Institut international de droit comparé VI, Paris, 1934.

CAPITANT (H.) :

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par F. TERRE et Y. LEQUETTE, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1994.

CORNU (G.) :

Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., 6^e éd., 1996.

DABIN (J.) :

Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952.

DELEBECQUE (P.) : V^o RODIÈRE (R.).

DION (F.) : V^o GAVALDA (C.).

GAVALDA (C.) avec DION (F.) et THIERACHE (C.) :

Les défaillances bancaires, Cahiers Finances Ethique Confiance, A.E.F., 1995.

GINOSSAR (S.) :

Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L.G.D.J., 1960.

IHERING (R. von) :

L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. fr. par O. de Meulenaere, Paris, 4 vol., 3^e éd., 1877-1878.

IONESCU (O.) :

La notion de droit subjectif dans le droit privé, Paris, 1931, Bruxelles, 2^e éd., 1978.

KANT (E.) :

Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit, trad. fr. 1971 par A. Philonenko, Préf. M. Villey, Paris, Vrin, 5^e éd. 1993.

KELSEN (H.) :

Théorie pure du droit, trad. fr. de la 2^e éd. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

LAVELEYE (E. DE) :

De la propriété et de ses formes primitives, Paris, 4^e éd., 1891.

LEGEAIS (D.) :

Les garanties conventionnelles sur créances, avant propos J. Stoufflet, préf. P. Rémy, Economica, 1986.

MICHOUD (L.) :

La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, par L. Trotabas, Paris, L.G.D.J., 2 vol., 2^e éd. 1924.

MOTULSKY (H.) :

Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Préf. P. Roubier, Paris, réédition Dalloz, 1991.

RECHT (P.) :

Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Paris, L.G.D.J. 1969.

RIEG (A.) :

Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil, V^o Usufruit.

RIGAUX (F.) :

La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité,
Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain,
Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant 1990.

RODIERE (R.) et DELEBECQUE (P.) :

Encycl. Jur. Dalloz, Répertoire civil, V° Dépôt.

ROGUIN (E.) :

La règle de droit, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, 1889.

La science juridique pure, Paris, L.G.D.J., Lausanne, Rouge, 3 vol., 1923.

ROUBIER (P.) :

Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.

SALEILLES (R.) :

De la personnalité juridique - Histoire et théories, Paris, Rousseau, 2è éd.,
1922.

THIERACHE (C.) : v° GAVALDA (C.).

VILLEY (M.) :

Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962.

III. - THÈSES EN DOCTORAT

BADAOUI (A.) :

Le développement de la notion du privilège, Grenoble, 1912.

BARBIER (F.) :

La nature juridique de l'usufruit, Lyon, 1987, dactyl.

BARBIERI (J.-F.) :

Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Toulouse, 1977,
S.R.T.

BERRA (D.) :

*Le principe de libre disposition des biens en Droit civil - Contribution à la
notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, 2 vol., dactyl., 1969.

BICHON LEFEUVRE (M.-E.) :

Les conventions relatives aux droits de la personnalité, Paris XI, 1998,
dactyl.

BRIAULT (G.) :

De la notion du privilège en droit civil français, Paris, 1911.

CATALA (N.) :

La nature juridique du payement, Préf. J. Carbonnier, Bibl. dr. priv., t. 25,
L.G.D.J. 1961.

CHAISEMARTIN (L. de) :

Des effets entre les parties des contrats portant disposition de la chose d'autrui, Paris, 1936.

CHANTEAUD (G.) :

Des sûretés réelles sur la chose d'autrui, Paris, 1900.

CHAPOUTOT (M.) :

Les dépôts de fonds en banque, Nancy, 1928.

CHAUFFARDET (M.) :

Le problème de la perpétuité de la propriété - Etude de sociologie juridique et de droit positif, Paris, Sirey, 1933.

COZIAN (M.) :

L'action directe, Préf. A. Ponsard, Bibl. dr. priv., t. 92, L.G.D.J. 1969.

CROCQ (P.) :

Propriété et garantie, Préf. M. Gobert, Bibl. dr. priv., t. 248, L.G.D.J. 1995.

DERRUPPE (J.) :

La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits personnels, Toulouse, 1951, éd. com. 1952.

DUCLOS (J.) :

L'opposabilité - Essai d'une théorie générale, Préf. D. Martin, Bibl. dr. priv., t. 179, L.G.D.J. 1984.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

Libre disponibilité des droits et conflits de lois, Préf. Y. Lequette, Bibl. dr. priv., t. 272, L.G.D.J. 1996.

FERRU (D.) :

La notion de servitude, L.G.D.J. 1973.

FOREL (A.) :

La notion de privilège et les différentes catégories de privilèges en droit civil, Bordeaux, 1940.

FORMEY DE SAINT-LOUVENT (C.) :

De l'aliénation de la chose d'autrui dans le droit civil français, Caen, 1904.

GARY (R.) :

Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel, Bordeaux, 1931.

GOUTAL (J.-L.) :

Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, Préf. H. Batiffol, Bibl. dr. priv., t. 171, L.G.D.J. 1981.

GOYET (C.) :

Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, Préf. D. Schmidt, Bibl. dr. priv., t. 180, L.G.D.J. 1983.

GUINCHARD (S.) :

L'affectation des biens en droit privé français, Préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv., t. 145, L.G.D.J. 1976.

HARDEL (R.) :

Etude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français, Paris, 1932.

HENRY (A.) :

De la subrogation réelle conventionnelle et légale, Paris, 1913.

HERVIEU (A.) :

De la limitation des droits réels, Caen, dactyl., 1981.

HUMBERT (H.) :

Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles, Paris, 1940.

IMBROANE (D. A.) :

Nature juridique du gage des créances, Paris, 1939.

LAINE (A.) :

De l'usufruit des valeurs mobilières, Paris, 1912.

LASSALAS (C.) :

L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale, Préf. J. Stoufflet, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997.

LASZLO-FENOUILLET (D.) :

La conscience, Préf. G. Cornu, Bibl. dr. priv., t. 235, L.G.D.J. 1993.

LAURIOL (M.) :

La subrogation réelle, Alger, 2 tomes, 1952.

LUCAS (F.-X.) :

Les transferts temporaires de valeurs mobilières - Pour une fiducie de valeurs mobilières, Préf. L. Lorvellec, Bibl. dr. priv., t. 283, L.G.D.J. 1997.

LIBCHABER (R.) :

Recherches sur la monnaie en droit privé, Préf. P. Mayer, Bibl. dr. priv., t. 225, L.G.D.J. 1992.

MALAUURIE (M.) :

Les restitutions en droit civil, Préf. G. Cornu, Paris, Editions Cujas, 1991.

MASSON (P.) :

Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le droit français, Dijon, 1933.

MICHAS (H.) :

Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle, Paris, 1900.

MINEI (B.) :

Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance, Paris, 1912.

MOREL (M.) :

De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage - Caractère véritable du gage sans dépossession, Paris, 1902.

MORINEAU (P.) :

Les rapports juridiques entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, Paris II, 1994, dactyl.

- NALTET (J.) :
Du legs de la chose d'autrui, Paris, 1922.
- PATARIN (J.) :
Le problème de l'équivalence juridique des résultats, Paris, 1952, éd. com. 1954.
- POLLAUD-DULIAN (F.) :
Le droit de destination, Préf. A. Françon, Bibl. dr. priv., t. 205, L.G.D.J. 1989.
- PONS-BRUNETTI (C.) :
L'obligation de conservation en droit civil français, Paris, 1992, dactyl.
- POPLAWSKI (R.) :
La notion de privilège en droit romain et en droit civil français - Etude historique et critique, Bordeaux, 1913.
- PRODAN (C.) :
Essai d'une théorie générale des droits réels, Paris, 1909.
- QUERU (R.) :
Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique, Caen, 1905.
- QUINCARLET (S.) :
La notion de gage en droit privé français, Bordeaux, 1937.
- RANOUIL (V.) :
La subrogation réelle en droit civil français, Préf. P. Malaurie, Bibl. dr. priv., t. 187, L.G.D.J. 1985.
- RIEG (A.) :
Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Préf. R. Perrot, Bibl. dr. priv., t. 19, L.G.D.J. 1961.
- RIGAUD (L.) :
Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle, Toulouse, 1912.
- RIPERT (G.) :
De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Aix, 1902.
- ROGIER (S.) :
De la mise en gage des créances en droit français, Paris, 1929.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) :
Le droit de préemption, Préf. P. Raynaud, Bibl. dr. priv., t. 164, L.G.D.J. 1979.
- SAUTAI (P.) :
L'usufruit des valeurs mobilières, Paris, Dalloz, 1925.
- SIMON (R.) :
Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage, Bordeaux, 1903.
- SORTAIS (J.-P.) :
Le titre et l'émolument, Préf. R. Le Balle, Bibl. dr. priv., t. 29, L.G.D.J. 1961.

TERRE (F.) :

L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Préf. R. Le Balle, Bibl. dr. priv., t. 2, L.G.D.J. 1957.

TUNC (A.) :

Le contrat de garde, Préf. de H. Solus, Paris, Dalloz, 1942.

VERDOT (R.) :

La notion d'acte d'administration en droit privé français, Préf. P. Kayser, Bibl. dr. priv., t. 40, L.G.D.J. 1963.

WITZ (C.) :

La fiducie en droit privé français, Préf. D. Schmidt, Paris, Economica, collection Droit Civil, 1981.

ZENATI (F.) :

Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif, Lyon, 2 vol., dactyl. 1981.

ZUIN (M.) :

Les aspects nouveaux du droit des sûretés ayant pour objet les créances mobilières, Paris II, 1982, dactyl.

IV. - ARTICLES ET CHRONIQUES

AGOSTINI (E.) :

L'étiollement du droit de propriété en France (1804-1985), *Mélanges dédiés à Guy Flattet*, Lausanne, 1985, p. 3.

ALAMOWITCH (S.) :

Le gage-espèces, L.P.A., n° 102 du 26 août 1994, p. 4.

ALFANDARI (E.) :

Le droit de la monnaie : de l'instrument à la politique, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 135.

Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté, *D.* 1996, Chr., p. 277.

ALLAIS (M.) :

Le concept de monnaie - La création de monnaie et de pouvoir d'achat par le mécanisme du crédit et ses implications, *Essais en l'honneur de Jean Marchal*, t. 2, *La monnaie*, édition préparée par Paul Courbois, Cujas, 1975, p. 106.

APPRIL (J.-P.) :

Le nantissement des créances et des comptes, *Le gage commercial - Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 485.

ATIAS (C.) :

La valeur engagée (sur l'objet du gage), *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, *Le gage commercial*, Nov. 1994, p. 72.

Droit de propriété ou condition du propriétaire, *AJPI*, 10 janv. 1996, Etudes, p. 9.

BAUDOUIN (J.-L.) :

La personne humaine en droit comparé : apparition et disparition, *Quatrièmes Journées René Savatier, La personne humaine, sujet de droit*, P.U.F. 1994, p. 73.

BERGE (P.) :

Emission monétaire et multiplicateur de crédit, *Essais en l'honneur de Jean Marchal*, t. 2, *La monnaie*, édition préparée par Paul Courbois, Cujas, 1975, p. 146.

BERGEL (J.-L.) :

L'évolution contemporaine du droit de propriété en France, *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Beguet*, publié avec le concours de la ville de Toulon - Var, 1985, p. 13.

BERTREL (J.-P.) :

Les privilèges, *Banque*, n° 437, mars 1984, p. 305.

BICHOT (J.) :

En quel sens la monnaie contemporaine est-elle une dette ?, *Banque*, n° 376, septembre 1978, p. 925.

BILLIAU (M.) :

Réflexions sur le gage, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3897.

Feu le « gage de valeurs mobilières en compte » - Naissance du « gage des comptes d'instruments financiers » - Aperçu rapide sur l'article 102 de la loi du 2 juillet 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1996, n° 39, Actualités, 25/09/96.

BLAISOT (A.) :

De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage, Paris, 1897.

BOITELLE (A.) :

Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit, *J.C.P. Ed. N.* 1996, I, p. 1761.

BONNECASE (J.) :

La condition juridique du créancier chirographaire, Sa qualité d'ayant-cause à titre particulier, *Rev. trim. civ.* 1920, p. 103.

BRAULT (J.-C.) :

L'usufruit universel du conjoint survivant, situation trop connue ou méconnue ? (Variations sur le thème ancien des donations entre époux et propos nouveaux sur le quasi-usufruit), *Defrénois*, 1987, art. 33999, p. 821.

BUREAU (D.) :

L'art législatif sur le vif. A propos du nantissement de compte d'instruments financiers, *D.* 1997, Chr., p. 73.

CABRILLAC (H.) :

Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires, *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, 1964, p. 1.

CABRILLAC (M.) :

Les accessoires de la créance, *Etudes dédiées à Alex Weill*, 1983, p. 107.

Monétique et droit du paiement, *Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart - Aspects du droit privé à la fin du XX^e siècle*, L.G.D.J., 1986, p. 83.

Les sûretés conventionnelles sur l'argent, *Les activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly, LITEC, 1991, p. 333.

CAPITANT (H.) :

Essai sur la subrogation réelle, *Rev. trim. civ.* 1919, p. 385.

CARBONNIER (J.) :

Les noms monétaires à sens multiples (étude de droit français), *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, 1964, p. 9.

L'imagerie des monnaies, *Etudes de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac*, LITEC, 1968, p. 47.

Nomos, Numisma, variations sur le droit monétaire, *Mélanges à la mémoire de Michel Dendias*, Athènes, 1978, p. 1275.

Sur les traces du non-sujet de droit, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1989, t. 34, p. 197.

CATALA (N.) :

De la nature juridique du droit de rétention, *Rev. trim. civ.* 1967, p. 9.

CATALA (P.) :

La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne, *Rev. trim. civ.* 1966, p. 185.

Ebauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984, chr., p. 97.

La « propriété » de l'information, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz- Sirey, 1985, p. 97.

L'évolution contemporaine du droit des biens, Exposé de synthèse, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 181.

CERBAN (A.) :

Nature et domaine d'application de la subrogation réelle, *Rev. trim. civ.* 1939, p. 47.

CHABAS (F.) et CLAUX (P.-J.) :

Disparition et renaissance du droit de rétention, *D.* 1972, Chr., p. 19.

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.) :

La possession du nom patronymique, *D.* 1998, Chr., p. 39.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) :

La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, *D.* 1995, Chr., p. 323.

CHAPUISAT (F.) :

Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971, *Rev. trim. civ.* 1973, p. 643.

CHAPUT (Y.) : V° STOUFFLET (J.).

CENTI (J.-P.) :

Le contrat de dépôt bancaire, *Mélanges Christian Mouly*, LITEC, 1998, p. 305.

CLAUX (P.-J.) : V° CHABAS (F.).

COHET-CORDEY (F.) :

La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, *Rev. trim. civ.* 1996, p. 819.

COLOMER (A.) :

Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires, *Defrénois*, 1980, art. 32380, p. 1009.

CORNU (G.) :

La personne humaine, sujet de droit, *Quatrièmes Journées René Savatier, La personne humaine, sujet de droit*, P.U.F. 1994, Rapport de synthèse p. 219.

COURBIS (B.) :

Comment l'Etat confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de cours à la notion de pouvoir libératoire légal, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 33.

COURBIS (B.) et SOUSI (B.) :

L'euro, réalité monétaire dès 1999, *D.* 1997, Chr., p. 309.

COURROUY (J.) :

La consignation d'une somme d'argent après les offres réelles est-elle un paiement ?, *Rev. trim. civ.* 1990, p. 23.

CROZE (H.) :

Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels - Décret n° 96-103 du 2 février 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1996, n° 13, Actualités, 27/03/96.

CUVREAU (C.), CUVREAU-DAUGA (M.-C.) et TRESSARD (I.) :

Les droits de l'usufruitier sur les coupes de haute futaie et les plans de gestion, *Defrénois*, 1988, art. 34381, p. 1420.

CUVREAU-DAUGA (M.-C.) : v° CUVREAU (C.).

DABIN (J.) :

Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1939, p. 413.

DARAGON (E.) :

Etude sur le statut juridique de l'information, *D.* 1998, Chr., p. 63.

DAUCHY (P.) :

L'influence du droit civil sur le droit bancaire, *Rev. trim. com.* 1986, p. 1.

DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O.) :

Domaine public et droits réels (Commentaire de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la

constitution de droits réels sur le domaine public), *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3812.

DEMOGUE (R.) :

Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1901, p. 236 et s., p. 295 et s., p. 346 et s.

DERRIDA (F.) :

La « dématérialisation » du droit de rétention, *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1966, p. 177.

A propos de la « faillite » d'une banque : nouveau dévoiement, *D.* 1996, Chr., p. 7.

DERRUPPE (J.) :

De la fiducie au crédit-bail, *Religion, société et politique - Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, P.U.F., 1983, p. 449.

DEVESA (P.) :

La rétention de documents : contribution à la notion générale de rétention, *L.P.A.*, n° 73 du 19 juin 1995, p. 11.

DIDIER (P.) :

Monnaie de compte et compte bancaire, *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 139.

DJOUDI (J.) :

Le traitement des établissements de crédit en difficulté, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, n° 3936.

DOCKES (E.) :

Essai sur la notion d'usufruit, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 479.

FABRE-MAGNAN (M.) :

Propriété, patrimoine et lien social, *Rev. trim. civ.* 1997, p. 583.

FARJAT (G.) :

Nature de la monnaie : une approche de droit économique, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 101.

FASQUELLE (D.) :

Le nantissement des valeurs mobilières, *Rev. trim. com.* 1995, p. 1.

FIORINA (D.) :

L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 43.

FORT (J.-L.) :

Les règles prudentielles et leurs limites, *Rev. Dt. Banc.* mai-juin 1996, n° 55, p. 76.

FRANÇOIS (J.) :

Contribution à l'étude de la personnalité, *Rev. Prat. Dt. Fr.* 1931, p. 18, p. 143, p. 192, p. 286, et 1932, p. 13, p. 109, p. 179.

FRANÇON (A.) :

L'usufruit des créances, *Rev. trim. civ.* 1957, p. 1.

FREYRIA (C.) :

La personnalité morale à la dérive..., *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz 1991, p. 121.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 573.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et TERRE-FORNACIARI (D.) :

Quelques remarques sur le droit de propriété, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1990, t. 35, p. 233.

GALLOUX (J.-C.) :

Ebauche d'une définition juridique de l'information, *D.* 1994, chr., p. 229.

GARRON (R.) :

Influence de la destination sur le régime juridiques des droits, *D.* 1965, chr., p. 191.

GAUDEMET (Y.) :

La superposition des propriétés privées et du domaine public, *D.* 1978, Chr., p. 293.

Les constructions en volume sur le domaine public, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 135.

GAUVIN (A.) :

Désuétude ou renaissance du contrat de dépôt en matière financière ?, *D. Affaires*, 1998, 1470.

GAVALDA (C.) :

La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981), *D.* 1981, Chr., p. 199.

GENIERE (R. de la) :

Monnaie et contre-monnaie, *Banque*, janvier 1978, n° 369, p. 15.

GENY (F.) :

Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit, *Rev. trim. civ.* 1922, p. 779.

GOBERT (M.) :

Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et l'état des personnes, (A propos de la maternité de substitution), *Rev. trim. civ.* 1992, p. 489.

GOROVITSEFF (A.) :

La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. civ.* 1926, p. 881.

Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit, *Rev. trim. civ.* 1927, p. 5.

GRAMLING (P.) : V° SCHMIDT (D.).

GRASSERIE (R. DE LA) :

De la fongibilité juridique, *Rev. Dt. Lég. Jur.* 1911, p. 133-151, p. 241-255, p. 335-342 et p. 534-539.

GRIMALDI (M.) :

La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *Defrénois*, 1991, art. 35085, p. 897 et art. 35094, p. 961.

GRIMALDI (M.) et ROUX (J.-F.) :

La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, *D.* 1994, Chr., p. 219 et *Defrénois*, 1994, art. 35677, p. 3.

GRUA (F.) :

Le cautionnement réel, *J.C.P. Ed. G.* 1984, I, 3167.

Le dépôt de monnaie en banque, *D.* 1998, Chr., p. 259.

GRUA (F.) et VIRATELLE (A.) :

L'affectation d'un crédit ou d'un dépôt en banque, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3826 et *J.C.P. Ed. E.* 1995, I, 454.

GRZEGORCZYK (C.) :

Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1979, t. 24, p. 259.

GUIHO (P.) :

Les actes de disposition sur la chose d'autrui, *Rev. trim. civ.* 1954, p. 1.

GUITTON (H.) :

La monnaie existe-t-elle ?, *Essais en l'honneur de Jean Marchal*, Cujas, 1975, p. 29.

HAMEL (J.) :

Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie, *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 83.

La personnalité morale et ses limites, *D.* 1949, Chr., p. 141.

HAURIOU (M.) :

De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Rev. Crit. Lég. Jur.*, 1898, p. 5-23 et p. 119-140.

HEBRAUD (P.) :

Observations sur la notion du temps dans le droit civil, *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1979, t. 2, p. 1.

Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 237.

HENRIOT (J.) :

De l'obligation comme chose, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1979, t. 24, p. 235.

HÉRRENSCHMIDT (J.-L.) :

Histoire de la monnaie, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 15.

HOUIN (R.) :

Les incapacités, *Rev. trim. civ.* 1947, p. 383.

JAUBERT (P.) :

Deux notions du Droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité, *Rev. trim. civ.* 1945, p. 75.

JAUFFRET (A.) :

Les sûretés réelles sur les vins, *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1966, p. 423.

JAZE-DEKEUWER (F.) :

Possesseur ou détenteur précaire des avoirs en compte, *L.P.A.*, n° 78 du 30 juin 1993, p. 27.

JESTAZ (P.) :

L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) :

Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? La valeur des promesses de contrat réel en droit positif, *Rev. trim. civ.* 1985, p. 1.

JOSSERAND (L.) :

Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau, *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 95.

KAYSER (P.) :

Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques, *Rev. trim. civ.* 1971, p. 445.

L'image des biens, *D.* 1995, Chr., p. 291.

LABBE (J.-E.) :

Des privilèges spéciaux sur les créances, *Rev. Crit. Lég. Jur.*, 1876, p. 571 et s., p. 665 et s.

LARROUMET (C.) :

La publicité des contrats de forage et la mobilisation par anticipation, *Mélanges offerts à André Colomer*, LITEC, 1993, p. 209.

LAUDE (A.) :

La fongibilité, *Rev. trim. com.* 1995, p. 307.

LE CALVEZ (J.) :

L'usufruit des valeurs mobilières de capitalisation (ou les bois taillis du XX^e siècle ?), *D.* 1994, Chr., p. 125.

LE CANNU (P.) :

Le nantissement conventionnel des actions, *Bull. Joly*, n° 11, novembre 1993, par. 322, p. 1091.

LE PLEUX (T.) : v° VION (M.).

LEDUC (F.) :

Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 307.

LIBCHABER (R.) :

L'usufruit des créances existe-t-il ?, *Rev. trim. civ.* 1997, p. 615.

LIMPENS (J.) :

De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, 1961, t. 2, p. 89.

LUCAS DE LEYSSAC (M.-P.) :

Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?, *D.* 1985, Chr., p. 43.

MALAUURIE (P.) et AYNES (L.) :

Garanties résultant de la propriété, *Defrénois*, 1987, art. 33968, p. 679.

MALAUURIE-VIGNAL (M.) :

Parasitisme et notoriété d'autrui, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I,n° 3888.

La protection des informations privilégiées et du savoir-faire, *D.* 1997, Chr., p. 207.

MANCEAU (G.) :

La dualité des régimes juridiques, *Rev. Jur. Com., n° spécial, La défaillance d'une banque*, Juin 1996, p. 6.

MARNIERE (E.-S. DE LA) :

Monnaie de compte et monnaie de paiement, *D.* 1951, Chr., p. 169.

MARTIN (D.R.) :

L'antichrèse, *J.C.P. Ed. N.* 1987, I, 299.

Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires, *D.* 1987, Chr., p. 229.

Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels, *Rev. Dt. banc.* 1992, p. 2.

Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait, *Vie Jud.*, 1992, n° 2392, p. 3.

De la monnaie, *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, *Economica*, 1995, p. 333.

De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), *D.* 1996, Chr., p. 47.

Du gage d'actifs scripturaux, *D.* 1996, Chr., p. 263.

De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, *D.* 1998, Chr., p. 15.

MARTIN (R.) :

De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, *Rev. trim. civ.* 1975, p. 52.

Personne et sujet de droit, *Rev. trim. civ.* 1981, p. 785.

MASSON (P.) :

Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain, *Rev. Hist. Dt. Fr.*, 1934, p. 1 et p. 161.

MEVORACH (N.) :

Le patrimoine, *Rev. trim. civ.* 1936, p. 811.

MESTRE (J.) :

Le gage de choses futures, *D.* 1982, Chr., p. 141.

MICHAELIDES-NOUARIOS (G.) :

L'évolution récente de la notion de droit subjectif, *Rev. trim. civ.* 1966, p. 216.

MICHOUD (L.) :

La notion de personnalité morale, *Rev. Dt. Pu. et Sc. Po.* 1899, p. 5-32 et p. 193-228.

MORANÇAIS-DEMEESTER (M.-L.) :

La responsabilité des personnes obligées à restitution, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 757.

MOREAU (J.-P.) :

L'évolution de la propriété foncière, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 31.

MORIN (G.) :

Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, t. 2, p. 3.

MOTULSKY (H.) :

De l'impossibilité juridique de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Rev. trim. dt. intern. pr.* 1948, p. 451.

Le droit subjectif et l'action en justice, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1964, t. 9, p. 215.

MOUSSERON (J.-M.) :

Responsabilité civile et droits intellectuels, *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, LITEC 1990, p. 247.

Valeurs, biens, droits, *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz 1991, p. 277.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (T.) :

De la propriété comme modèle, *Mélanges en hommage à André Colomer*, LITEC 1993, p. 281.

MOUY (S.) et VAUPLANE (H. DE) :

La réforme du nantissement des titres dématérialisés, *Banque et Droit*, n° 48, juillet-août 1996, p. 3.

MOUY (S.) : v° VAUPLANE (H. DE).

NOGARO (B.) :

Les principes fondamentaux du droit monétaire français, *Rev. trim. civ.* 1929, p. 949.

NUSSENBAUM (M.) :

La cessation des paiements de banques, *Rev. Dt. Banc.* mai-juin 1996, n° 55, p. 79.

OLIER (J.) :

Distinction entre les droits réels et les droits personnels, *Rev. Crit. Lég. Jur.* 1896, p. 466.

PATAT (C.) :

Variations autour d'un thème soi-disant connu : le démembrement de propriété, *J.C.P. Ed. N.* 1990, prat., 1627.

PATAULT (A.-M.) :

Regard historique sur l'évolution du droit des biens, Histoire de l'immeuble corporel, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 3.

PEDAMON (M.) :

L'or au regard du droit, *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1964, p. 739.

PERINET-MARQUET (H.) :

La propriété à l'épreuve de la décentralisation, *D.* 1986, Chr., p. 127.

PERREAU (E.-H.) :

Des droits de la personnalité, *Rev. trim. civ.* 1909, p. 501.

PEROCHON (F.) :

La revendication du créancier, *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, *Le sort des contrats en cours dans le redressement*, Nov. 1992, p. 91.

La revendication de biens fongibles par le vendeur, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, p. 82.

La revendication favorisée (loi n°94-475 du 10 juin 1994), *D.* 1994, chr., p. 251.

PIEDELIEVRE (A.) :

Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, *Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart. Aspects du droit privé à la fin du XXe siècle*, L.G.D.J., 1986, p. 55.

PILLEBOUT (J.-F.) :

Observations pragmatiques sur la dette de valeur, *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 357.

PIQUET-MARCHAL (M.-O.) :

L'émission de la monnaie scripturale et les pouvoirs publics. Evolution de la réglementation, *Hommage à Robert Besnier*, Paris, Société d'histoire du droit, 1980, p. 201.

PISANI (C.) :

La fiducie, *Defrénois*, 1990, art. 34772, p. 535.

POLLAUD-DULIAN (F.) :

Droit moral et droits de la personnalité, *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3780.

PUTMAN (E.) :

Sur l'origine de la règle : « meubles n'ont point suite par hypothèque », *Rev. trim. civ.* 1994, p. 543.

RAYNARD (J.) : v° MOUSSERON (J.-M.).

RAYNAUD (P.) :

Les dettes de valeur en droit français, *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 611.

RAYNAUD-CONTAMINE (M.) :

Les conséquences de la défaillance d'une banque : les solutions, *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, *La défaillance d'une banque*, Juin 1996, p. 140.

REVEY (T.) : v° MOUSSERON (J.-M.).

RIGAUD (L.) :

A propos d'une renaissance du « *jus ad rem* » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux, *Rev. Intern. Dt. Comp.* 1963, p. 558.

RIVES (G.) :

Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière, *Rev. trim. civ.* 1968, p. 613.

RIVES-LANGE (J.-L.) :

La monnaie scripturale (Contribution à une étude juridique), *Etudes de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac*, Litec, 1968, p. 405.

Rapport de synthèse, *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, *La défaillance d'une banque*, Juin 1996, p. 156.

ROUAST (A.) :

Problème de l'évolution du droit de propriété, *Travaux de Association H. Capitant, II, Journées de Genève 1947*, p. 110.

ROUBIER (P.) :

Les prérogatives juridiques, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1960, t. 5, p. 65.

ROUGER (M.) :

Les critères de défaillance d'une banque, *Rev. Jur. Com.*, n° spécial, *La défaillance d'une banque*, Juin 1996, p. 15.

ROUX (J.-F.) : v° GRIMALDI (M.).

SABLIÈRE (P.) :

Les servitudes sur le domaine public, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 115.

SALVAGE-GEREST (P.) :

Le gage des brevets d'invention, *J.C.P. Ed. G.* 1978, II, 12781.

SAVATIER (R.) :

Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, *Rev. trim. civ.* 1958, p. 331.

Comment doivent être restituées les marchandises d'un fonds de commerce dont la jouissance a été momentanément séparée de la propriété ?, *Defrénois*, 1964, art. 28602, p. 821.

La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers, *D.* 1976, Chr., p. 103.

SCAPEL (C.) :

Le droit de rétention en droit positif (Un îlot de résistance au contrôle du juge), *Rev. trim. civ.* 1981, p. 539.

SCHMIDT (D.) et GRAMLING (P.) :

La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit des entreprises, *D.* 1981, Chr., p. 217.

SCHMITT (B.) :

Nature de la monnaie : une approche économique, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Paris, LITEC, 1988, p. 63.

SCHWERER (F.) :

Le statut juridique de la monnaie unique pendant la phase transitoire, *Banque et Droit*, n° 46, mars-avril 1996, p. 3.

SERIAUX (A.) :

La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *Rev. trim. civ.* 1994, p. 801.

SERMET (L.) :

La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Droit de Propriété : L'arrêt Mellacher 19/12/1989, *Gaz. Pal.* 1991, I Doctr., 142.

SIRINELLI (P.) :

Le quasi-usufruit, *L.P.A.*, n° 87 du 21 juillet 1993, p. 30 et n° 89 du 26 juillet 1993, p. 4.

SOINNE (B.) :

Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994, *L.P.A.*, n° 110 du 14 septembre 1994, p. 75.

SOUSI (G.) :

La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *Rev. trim. civ.* 1982, p. 514.

SOUSI (B.) : V° COURBIS (B.).

STOUFFLET (J.) :

Le monopole des banques quant à la réception de fonds en dépôt, *Etudes de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac*, Litec, 1968, p. 437.

STOUFFLET (J.) et CHAPUT (Y.) :

L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit (Loi n° 81-1, du 2 janvier 1981 et Décret n° 81-862 du 9 septembre 1981), *J.C.P. Ed. G.* 1981, I, 3044.

TENDLER (R.) :

L'antichrèse, mythe ou réalité ?, *D.* 1989, Chr., p. 143.

TERRE (F.) :

Volonté et qualification, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1957, t. 2, p. 99.

TERRE-FORNACIARI (D.) : v° FRISON-ROCHE (M.-A.).

THERY (R.) :

De l'utilisation à la propriété des choses, *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, t. 2, p. 17.

TORCK (S.) :

La revendication des choses fongibles, *R.R.J.* 1996, p. 483.

TRESSARD (I.) : v° CUVREAU (C.).

VAREILLES-SOMMIERES (M. de) :

La définition et la notion juridique de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1905, p. 443.

VASSEUR (M.) :

Assurance et garantie des dépôts bancaires en France, *Mélanges dédiés à Guy Flattet*, Lausanne, 1985, p. 169.

VAUPLANE (H. DE) et MOUY (S.) :

Gage sur titres : une réforme innovante, *Banque*, n° 573, septembre 1996, p. 54.

VAUPLANE (H. de) : v° MOUY (S.).

VEAUX-FOURNERIE (P.) :

Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial, *Le gage commercial - Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 126.

VERDOT (R.) :

De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition », *Rev. trim. civ.* 1968, p. 449.

VILLEY (M.) :

L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, *Rev. Hist. Dt. Fr.*, 1946-1947, p. 201.

Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique, *Rev. Intern. Dt. Antiquité - Mélanges F. de Visscher*, 1949, t. III, vol. II, p. 417.

Le « *jus in re* » du droit romain classique au droit moderne, *Publications de l'institut de droit romain de l'université Paris VI*, 1950, p. 187.

Les origines de la notion de droit subjectif, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, nouvelle série, 1953-54, p. 163.

Métamorphoses de l'obligation, *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1970, t. 15, p. 287.

VION (M.) et LE PLEUX (T.) :

Formule de donation des valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit, *Defrénois*, 1994, art. 35713, p. 168.

VISSCHER (F. DE) :

Du « *jus abutendi* », *Rev. trim. civ.* 1913, p. 337.

VIVANT (M.) :

A propos des « biens informationnels », *J.C.P. Ed. G.* 1984, I, n° 3132.

Le patronyme saisi par le patrimoine, *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, LITEC, 1933, p. 517.

WOLFF (J.) :

L'élaboration du circuit monétaire aux XVII^e et XVIII^e siècles : Petty, Boisguilbert, Cantillon, *Essais en l'honneur de Jean Marchal*, Cujas, 1975, p. 37.

ZENATI (F.) :

Sur la constitution de la propriété, *D.* 1985, Chr., p. 171.

Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier, *Troisièmes Journées René Savatier, L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F. 1991, p. 13.

Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. trim. civ.* 1993, p. 305.

V. - NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS PAR NOMS D'AUTEUR

AUBY (J.-M.) :

Obs. sur Trib. Conflits, 28 avril 1980, *S.C.I.F. Résidence des Perriers c/ Centre hospitalier intercommunal de Montfermeil*, RD imm. 1980, p. 277.

AYNES (L.) :

Obs. sur Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1985, *Defrénois*, 1987, art. 33918, n° 23, p. 499.

Obs. sur Civ. 3^e, 17 juillet 1986, *Defrénois*, 1987, art. 34056, n° 78, p. 1178.

Note sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, *D.* 1992, J., 481.

Obs. sur Civ. 3^e, 7 avril 1993, *Defrénois*, 1993, art. 35617, n° 104, p. 1063.

Obs. sur Com., 21 juin 1994, *D.* 1995, Som., 91.

Obs. sur Com., 16 avril 1996, *D.* 1996, Som., 333.

BARBIERI (J.-F.) :

Obs. sur Civ. 3^e, 22 juin 1983 et 19 février 1985, *J.C.P. Ed. G.* 1986, 20565.

Note sous Civ. 3^e, 26 juin 1991, *J.C.P. Ed. G.* 1992, II, 21825.

BARROT (R.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 3 déc. 1963, *D.* 1964, J., 164.

BILLIAU (M.) :

Note sous Com., 25 février 1992 et Civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, *J.C.P. Ed. G.* 1992, II, 21922.

Obs. sur Com., 21 juin 1994, *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3803, n° 10 et s., p. 509.

Note sous Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1995, *D.* 1996, J., 436.

BOISTEL (A.) :

Note sous Trib. civ. de Château-Gontier, 3 juin 1890 et Angers, 18 avril 1891, *D.P.* 1893, II, 49.

BREDIN (J.-D.) :

Obs. sur Civ. 3^e, 4 juillet 1968, *Rev. trim. civ.* 1969, 144.

BUFFETEAU (P.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Defrénois*, 1993, n° 35638, p. 1274.

CABRILLAC (M.) :

Note sous Nîmes, 13 nov. 1968, *D.* 1969, J., 207.

Obs. sur Com., 17 mai 1994, *Bull. Com.* IV, n° 178, p. 142 ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3799.

Obs. sur Com., 21 nov. 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3935.

Obs. sur Cass., 22 oct 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1997, I, 4004.

CALENDINI (J.-M.) et CAMPANA (M.-J.) :

Obs. sur Com., 4 mars 1997, *Rev. Dt. Banc.*, n° 61, mai-juin 1997, n° 4, p. 129.

Obs. sur Com., 25 mars 1997, *Rev. Dt. Banc.*, n° 61, mai-juin 1997, n° 3, p. 127.

CAMPANA (M.-J.) : v° CALENDINI (J.-M.).

CAPOULADE (P.) :

Obs. sur Civ. 3è, 19 janvier 1994, *D.* 1994, Som., 206.

CARBONNIER (J.) :

Obs. sur Civ., 7 déc. 1948, *Rev. trim. civ.* 1950, 201.

CHERON (A.) :

Note sous Civ., 28 juillet 1941, *D.C.* 1944, J., 67.

CORNU (G.) :

Obs. sur Civ., 8 février 1961, *Rev. trim. Com.* 1961, 698.

Obs. sur Civ. 3è, 30 mai 1969, *Rev. trim. civ.* 1970, 188

CREDOT (J.-F.) :

Obs. sur Com., 3 juin 1997, *Rev. Dt. Banc.*, n° 62, août-septembre 1997, n° 7, p. 165.

CROMBEZ (V.) :

Note sous Paris, 12 avril 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22806.

CROZE (H.) :

Note sous Crim., 29 avril 1986, *J.C.P. Ed. G.* 1987, II, 20788.

CROZE (H.) et REINHARD (Y.) :

Note sous Lyon, 23 février 1984, *D.* 1985, J., 127.

CUVREAU-DAUGA (M.-C.) et MESPLEDE (P.) :

Note sous Pau, 24 juin 1993, *J.C.P. Ed. N.* 1993, II, 368.

DAIGRE (J.-J.) :

Note sous C.A. Douai, 14 nov. 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22785.

Com., 23 oct. 1984, *Rev. sociétés* 1986, 97.

DELEBECQUE (P.) :

Obs. sur Civ. 3è, 7 avril 1993, *J.C.P. Ed. G.* 1993, I, 3717, n° 12.

Obs. sur Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1994, *J.C.P. Ed. E*, 1994, I, 365, n° 18.

DEMOGUE (R.) :

Obs. sur Req., 10 mars 1915, *Rev. trim. civ.* 1915, 528 et *Rev. trim. civ.* 1916, 103.

DERRIDA (F.) :

Obs. sur Paris, 25 janvier 1977, *D.* 1977, J., 404.

Obs. sur Vers., 11 mars 1987, *D.* 1988, Som., 10.

DIDIER (P.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Rev. sociétés* 1991, 737.

EDELMAN (B.) :

Note sous C.J.C.E., 20 oct. 1993, *D.* 1995, J., 133.

FATOME (E.) :

Note sous CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France*, A.J.D.A. 1985, n° 133, p. 620.

FAUVARQUE-COSSON (B.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *D.* 1994, J., 582.

FRANÇON (A.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *D.* 1994, J., 78.

FRANÇOIS (J.) :

Note sous Com., 3 juin 1997, *D.* 1998, J., 61.

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.) :

Obs. sur Aix, 27 mars 1984, *J.C.P. Ed. G.* 1985, 14577, n° 58.

GERAR (Y.) :

Obs. sur Com., 3 juin 1997, *Rev. Dt. Banc.*, n° 62, août-septembre 1997, n° 7, p. 165.

GIVERDON (C.) :

Obs. sur Civ. 3è, 30 janvier 1979, *Rev. trim. civ.* 1980, 132.

GUENEE (L.) :

Note sous Req., 17 juin 1896, *D.P.* 1897, I, 257.

GUILLOT (J.-L.) :

Obs. sur Dijon, 1^{er} février 1994, *Banque et Droit*, mai-juin 1994, n° 35, p. 33.

GULPHE (.) :

Conclusions sur Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, *J.C.P. Ed. N.* 1980, II, 75.

HUBRECHT (G.) :

Obs. sous Civ. 3è, 30 mai 1969, *J.C.P. Ed. G.* 1970, II, 16173.

HOVASSE (H.) :

Note sous Aix-en-Provence, 2 avril 1992, *Dr. sociétés*, déc. 1992, n° 262, p. 17.

Note sous Agen, 6 mai 1993 et Paris, 21 mai 1993, *Dr. sociétés*, nov. 1993, n° 215, p. 17.

Obs. sur Com., 7 mars 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36091, p. 684.

JAUFFRET (A.) :

Obs. sur Paris, 3 juillet 1963, *Rev. trim. Com.* 1964, 54.

JOBARD-BACHELIER (M.-N.) :

Obs. sur Com., 28 janvier 1997, *D.* 1996, Som., 140.

LARROUMET (C.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 20 avril 1983, *Defrénois*, 1983, n° 33132, p. 1141.

Note sous Civ. 1^{ère}, 7 février 1984, *D.* 1984, J., 638 et *Defrénois*, 1984, n° 33427, p. 1387.

Note sous Com., 17 mai 1994, *D.* 1995, J., 124.

Note sous Com., 9 avril 1996, *D.* 1996, J., 399.

Note sous Paris, 14 oct. 1997, *D.* 1998, J., 91.

LAVROFF (D.) :

Obs. sur Trib. Conflits, 28 avril 1980, *S.C.I.F. Résidence des Perriers c/ Centre hospitalier intercommunal de Montfermeil*, RD imm. 1980, p. 277.

LE CANNU (P.) :

Obs. sur Com., 4 janvier 1994, *Defrénois*, 1994, art. 35786, p. 556.

LECENE-MARENAUD (M.) :

Note sous Com., 12 juillet 1993, *J.C.P. Ed. E.* 1994, II, 559.

Note sous Com., 4 janvier 1994, *Rev. sociétés*, p. 278.

LEGIER (G.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, *D.* 1984, J., 433.

LIBCHABER (R.) :

Obs. sur Com., 20 mai 1997, *D.* 1998, Som., 115.

LLORENS (F.) :

Note sous CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France, L.P.A.*, n° 127 du 23 octobre 1985, p. 4.

LOYNES (P. de) :

Note sous Req., 24 mai 1909, *D.P.* 1910, I, 489.

LYON-CAEN (C.) :

Note sous Civ., 19 février 1894, *S.* 1894, I, 273.

Note sous Civ., 18 mai 1898, *S.* 1898, I, 433.

Note sous Civ., 24 janvier 1905, *S.* 1905, I, 113.

Note sous Req., 10 mars 1915, *S.* 1916, I, 5.

MACORIG-VENIER (F.) :

Note sous Civ. 3^e, 12 janvier 1994, *D.* 1995, J., 52.

MARGUENAUD (J.-P.) :

Obs. sur C.E.D.H., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, 9 déc. 1994 et C.E.D.H., *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, 20 nov. 1995, *Rev. trim. civ.* 1996, 515 et 1019.

MARTIN (D.R.) :

Note sous Paris, 25 janvier 1977, *D.* 1977, J., 401.

Note sous Com., 14 mai 1991, *D.* 1992, J. 13.

Note sous Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *D.* 1993, J., 613.

Note sous Civ. 3^e, 19 janvier 1994, *D.* 1994, J., 576.

Note sous Com., 25 mars 1997, *D.* 1997, J., 481.

Note sous Civ. 1^{ère}, 13 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1066.

Note sous Com., 19 mai 1998, *D.* 1998, J., 551.

MAZEAUD (H.) :

Obs. sur Cour suprême de Pologne, 15 février 1934, *Rev. trim. civ.* 1936, 308.

MESPLEDE (P.) : v° CUVREAU-DAUGA (M.-C.).

MESTRE (J.) :

Obs. sur Civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, *Rev. trim. civ.* 1992, 765.

Obs. sur Com., 6 et 12 juillet 1993, *Rev. trim. civ.* 1994, 358.

Obs. sur Com., 21 juin 1994, *Rev. trim. civ.* 1995, 113.

MOREAU (J.) :

Note sous CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France*, A.J.D.A. 1985, n° 133, p. 620.

NAQUET (E.) :

Note sous Req., 24 mai 1909, S. 1911, I, 9.

OURLIAC (P.) :

Obs. sur Pau, 18 déc. 1950, *J.C.P. Ed. G.* 1951, II, 6310.

Obs. sur Bordeaux, 31 mars 1960, *J.C.P. Ed. G.* 1962, II, 12502.

PERINET-MARQUET (H.) :

Obs. sur Com., 12 juillet 1993, *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3801.

Obs. sur Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3921, n° 1.

Obs. sur Paris, 12 avril 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3878.

Obs. sur Civ. 3^e, 5 nov. 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1998, I, 171, n° 2.

Obs. sur Cons. const., Décision du 29 juillet 1998, *J.C.P. Ed. G.* 1998, I, 171, n° 3.

PIEDELIEVRE (A.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 13 juillet 1982, *Gaz. Pal.* 1982, II, 670.

Note sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, *Defrénois*, 1983, n° 33161, p. 1393.

Note sous Civ. 3^e, 7 janvier 1987, *Gaz. Pal.* 1987, I, J., 219.

PILLEBOUT (J.-F.) :

Obs. sur Civ. 3^e, 23 juin 1981, *J.C.P. Ed. G.* 1983, II, 19928.

Note sous Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *J.C.P. Ed. G.* 1990, II, 21519.

PLANIOL (M.) :

Note sous Civ., 29 avril 1901, *D.P.* 1902, I, 33.

POLLAUD-DULIAN (F.) :

Note sous Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *R.I.D.A.*, juillet 1993, p. 320.

PROAL (F.) :

Note sous C.A. Douai, 14 nov. 1996, *D.* 1997, J., 312.

RAYNAUD (P.) :

Obs. sur Civ., 8 février 1961, *Rev. trim. Com.* 1961, 734.

REINHARD (Y.) :

Note sous Com., 23 octobre 1990, *D.* 1991, J., 173.

REINHARD (Y.) : v° CROZE (H.).

REMERY (J.-P.) :

Rapport sur Com., 28 janvier 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22791.

Rapport sur Com., 3 juin 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22891.

RIPERT (G.) :

Note sous Montpellier, 23 oct. 1922, *D.P.* 1923, II, 97.

RIVES-LANGE (J.-L.)

Obs. sur Com., 14 mai 1991, *Banque*, n° 519, septembre 1991, p. 869.

ROBERT (A.) :

Obs. sur Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1981, *D.* 1983, I.R.

Obs. sur Civ. 3^e, 5 mars 1986, *D.* 1987, IR, 17.

Note sous Versailles, 7 juin 1996, *D.* 1997, J., 360.

- Obs. sur T.G.I. Saumur, ord. réf., 28 août 1996, *D.* 1998, Som., 57.
- SALEILLES (R.) :
 Note sous Dijon, 30 juin 1893, *S.* 1894, II, 185 et sous Civ., 29 avril 1901, *S.* 1903, I, 321.
- SARRUT (L.) :
 Note sous Civ., 18 mai 1898, *D.P.* 1900, I, 481.
- SAVATIER (R.) :
 Obs. sur Besançon, 13 mars 1951, *Rev. trim. civ.* 1951, 405.
- SIMLER (P.) :
 Obs. sur Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1994, *J.C.P. Ed. E.* 1994, I, 365, n° 18.
- SOLUS (H.) :
 Obs. sur Req., 21 mai 1930, *Rev. trim. civ.* 1930, 1106.
 Obs. sur Civ., 16 juin 1936, *Rev. trim. civ.* 1936, 884.
 Obs. sur Colmar, 16 nov. 1937, *Rev. trim. civ.* 1938, 111.
 Obs. sur Civ., 28 nov. 1949, *Rev. trim. civ.* 1950, 203.
- SOHM-BOURGEOIS (A.-M.) :
 Obs. sur Agen, 27 février 1985, *J.C.P. Ed. G.* 1986, II, 20604.
- STOUFFLET (J.) : v° GAVALDA (C.).
- TISSIER (A.) :
 Note sous Civ., 12 déc. 1899, *S.* 1901, I, 497.
- TROPLONG (M.) :
 Rapport sur Req., 21 janvier 1845, *S.* 1845, I, 131.
- VASSEUR (M.) :
 Obs. sur Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, *D.* 1984, IR, 82.
 Obs. sur Civ. 1^{ère}, 20 avril 1983, *D.* 1984, Som., 78.
 Obs. sur Agen, 27 février 1985, *D.* 1987, Som., 293.
- VOIRIN (P.) :
 Note sous Besançon, 5 mai 1943, *D.* 1945, J., 38.
 Obs. sur Besançon, 13 mars 1951, *J.C.P. Ed. G.* 1952, II, 6667.
 Obs. sur Paris, 27 mai 1964, *J.C.P. Ed. G.* 1965, II, 13991.
- WAHL (A.) :
 Note sous Civ., 7 déc. 1891, *S. Chronologique* 1891, I, 848.
 Note sous Civ., 26 février 1894, *S.* 1894, I, 102.
- ZENATI (F.) :
 Note sous Civ. 3è, 18 janvier 1984, *D.* 1985, J., 504.
 Obs. sur Cons. const., Décision du 4 juillet 1989, *Rev. trim. civ.* 1990, 519.
 Obs. sur Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *Rev. trim. civ.* 1991, 687.
 Obs. sur Civ. 3è, 28 mars 1990, *Rev. trim. civ.* 1991, 564.
 Obs. sur Com., 23 octobre 1990, *Rev. trim. civ.* 1991, 361.
 Obs. sur Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Rev. trim. civ.* 1994, 381.
 Obs. sur Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Rev. trim. civ.* 1995, 395.
 Obs. sur Civ. 1^{ère}, 7 février 1989, *Rev. trim. civ.* 1990, 109.
 Obs. sur C.E.D.H., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, 9 déc. 1994, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 652.

**VI. - NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS
PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE**

1834

- Req., 13 février 1834, S. 1834, I, 205.

1844

- Cour roy. Nancy, 17 février 1844, S. 1844, II, 162.

1845

- Req., 21 janvier 1845, *D.P.* 1845, I, 104 ; S. 1845, I, 129.

1846

- Req., 11 juin 1846, *D.P.* 1846, I, 252.

1870

- Nancy, 26 février 1870, S. 1870, II, 344.

1871

- Req., 21 août 1871, *D.P.* 1871, I, 213.

- Req., 6 nov. 1871, *D.P.* 1871, I, 348.

1872

- Bourges, 12 juin 1872, S. 1872, II, 126.

1875

- Besançon, 8 février 1875, S. 1875, II, 391 et *S. Chronologique* 1877, II, 36.

- Req., 23 nov. 1875, *D.P.* 1876, I, 423.

1876

- Pau, 3 juillet 1876, *S. Chronologique* 1876, II, 34.

1877

- Req., 13 nov. 1877, *D.P.* 1878, I, 451.

1878

- Req., 22 janvier 1878, *D.P.* 1878, I, 316.

1879

- Aix, 12 juin 1879, *S. Chronologique* 1879, II, 243.

1881

- Req., 8 nov. 1881, *D.P.* 1883, I, 174 ; *S. Chronologique* 1881, I, 542.

1883

- Civ., 7 février 1883, *D.P.* 1884, I, 128.

1886

- Req., 25 oct. 1886, *S.* 1887, I, 373.

1887

- Poitiers, 9 mai 1887, *S. Chronologique* 1891, I, 849, note A. WAHL.

1888

- Req., 13 mars 1888, *D.P.* 1888, I, 351 ; *S.* 1888, I, 302 ; *Journ. not.* 1888, art. 24147, p. 658.

1889

- Req., 26 mars 1889, *S.* 1889, I, 206 ; *D.P.* 1889, I, 463 (deux espèces).
- Req., 28 oct. 1889, *D.P.* 1890, I, 67 ; *S.* 1890, I, 53.

1890

- Civ., 5 février 1890, *D.P.* 1890, I, 300.
- Trib. civ. de Château-Gontier, 3 juin 1890, *D.P.* 1893, II, 49, note A. BOISTEL.

1891

- Angers, 18 avril 1891, *D.P.* 1893, II, 49, note A. BOISTEL.
- Civ., 7 déc. 1891, *D.P.* 1892, I, 68 ; *S. Chronologique* 1891, I, 848, note A. WAHL.

1892

- Trib. civ. Lyon, 31 mars 1892, *D.P.* 1894, II, 133.
- Civ., 24 mai 1892, *D.P.* 1892, I, 327.

1893

- Dijon, 30 juin 1893, *S.* 1894, II, 185, note R. SALEILLES.

1894

- Civ., 19 février 1894, *D.P.* 1894, I, 420 ; *S.* 1894, I, 273, note C. LYON-CAEN ; *Journ. not.* 1894, art. 25543, p. 661.
- Civ., 26 février 1894, *S.* 1894, I, 102, note A. WAHL.
- Besançon, 12 déc. 1894, *Gaz. Pal.* 1895, I, 72.

1895

- Req., 1^{er} avril 1895, *D.P.* 1895, I, 335.

1896

- Req., 17 juin 1896, *D.P.* 1897, I, 257, note L. GUÉNÉE.
- Req., 18 nov. 1896, *D.P.* 1897, I, 78.

1897

- Civ., 27 juillet 1897, *D.P.* 1900, I, 581.

1898

- Civ., 18 mai 1898, *D.P.* 1900, I, 481, note L. SARRUT ; S. 1898, I, 433, note C. LYON-CAEN.

1899

- Civ., 12 déc. 1899, S. 1901, I, 497, note A. TISSIER.

1901

- Civ., 29 avril 1901, *D.P.* 1902, I, 33, note M. PLANIOL ; S. 1903, I, 321, note R. SALEILLES.
- Trib. civ. de Saint-Omer, 6 déc. 1901, *D.P.* 1903, II, 193.

1902

- Bordeaux, 24 déc. 1902, *D.P.* 1905, II, 348.

1905

- Civ., 24 janvier 1905, *D.P.* 1905, I, 493 ; S. 1905, I, 113, note C. LYON-CAEN.

1907

- Req., 26 mars 1907, *D.P.* 1909, I, 58 ; S. 1911, I, 372 ; *Journ. not.* 1907, art. 29127, p. 680.
- Aix, 18 avril 1907, S. 1911, I, 10.

1909

- Civ., 23 février 1909, *D.P.* 1909, I, 421.
- Req., 24 mai 1909, *D.P.* 1910, I, 489, note P. DE LOYNES ; S. 1911, I, 9, note E. NAQUET.

1911

- Civ., 25 oct. 1911, S. 1912, I, 95.

1915

- Req., 10 mars 1915, *D.P.* 1916, I, 241 ; S. 1916, I, 5, note C. LYON-CAEN ; *Gaz. Pal.* 1915, I, 282 ; *Rev. trim. civ.* 1915, 528, obs. R. DEMOGUE ; *Rev. trim. civ.* 1916, 103, obs. R. DEMOGUE.

1918

- Req., 2 juillet 1918, *D.P.* 1921, I, 148 ; *S.* 1920, I, 167.

1919

- Paris, 31 déc. 1919, *Gaz. Pal.* 1920, I, 56.

1922

- Montpellier, 23 oct. 1922, *D.P.* 1923, II, 97, note G. RIPERT.

1926

- Req., 30 mars 1926, *D.H.* 1926, 217.

1929

- Req., 11 juin 1929, *S.* 1929, I, 372.
- Civ., 19 juin 1928, *D.P.* 1929, I, 45 ; *S.* 1932, I, 15.

1930

- Trib. civ. du Loiret, 29 avril 1930, *D.P.* 1931, II, 146.
- Civ., 6 mai 1930, *D.H.* 1930, 412 ; *S.* 1930, I, 248.
- Req., 21 mai 1930, *D.H.* 1930, 346 ; *S.* 1930, I, 286 ; *D.P.* 1932, I, 111 ; *Rev. trim. civ.* 1930, 1106, obs. H. SOLUS.
- Trib. civ. de Laon, 17 nov. 1930, *Gaz. Pal.* 1931, I, 75.
- Req., 25 nov. 1930, *D.H.* 1930, 3.

1931

- Req., 17 mars 1931, *D.H.* 1931, 233.

1933

- Req., 11 avril 1933, *S.* 1933, I, 248.

1934

- Cour suprême de Pologne, 15 février 1934, *Rev. trim. civ.* 1936, 308, obs. H. MAZEAUD.
- Req., 14 avril 1934, *D.H.* 1934, 265.

1935

- Crim., 31 janvier 1935, *D.H.* 1935, 134.

1936

- Angers, 21 février 1936, *S.* 1936, II, 76.

1937

- Colmar, 16 nov. 1937, *Gaz. Pal.* 1938, I, J., 24 ; *Rev. trim. civ.* 1938, 111, obs. H. SOLUS.

1938

- Civ., 23 mars 1938, *Gaz. Pal.* 1938, II, J., 13 ; *D.H.* 1938, 257.
- Caen, 20 juillet 1938, *Defrénois*, 1939, n° 25372, p. 7.

1941

- Civ., 28 juillet 1941, *Gaz. Pal.* 1942, I, J., 27 ; *D.C.* 1944, J., 66, note A. CHERON.

1943

- Besançon, 5 mai 1943, *D.* 1945, J., 38, note P. VOIRIN.

1948

- Civ., 7 déc. 1948, *S.* 1949, I, 159 ; *Rev. trim. civ.* 1950, 201, obs. J. CARBONNIER.

1949

- Civ., 28 nov. 1949, *D.* 1950, J., 38 ; *S.* 1950, I, 100 ; *Rev. trim. civ.* 1950, 203, obs. H. SOLUS.

1950

- Pau, 18 déc. 1950, *J.C.P. Ed. G.* 1951, II, 6310, obs. P. OURLIAC.

1951

- Besançon, 13 mars 1951, *D.* 1951, J., 317 ; *J.C.P. Ed. G.* 1952, II, 6667, obs. P. VOIRIN ; *Rev. trim. civ.* 1951, 405, obs. R. SAVATIER.

1953

- Civ., 24 mars 1953, *D.* 1953, J., 387.
- Com., 16 nov. 1953, *D.* 1954, J., 146.

1955

- Soc., 10 février 1955, *D.* 1955, J., 379.
- Civ., 21 février 1955, *Rev. trim. civ.* 1958, 430, obs. R. SAVATIER.

1956

- Trib. civ. de la Seine, 26 avril 1956, *Gaz. Pal.* 1956, II, 338.

1957

- Civ., 22 mai 1957, *Rev. trim. civ.* 1958, 430, obs. R. SAVATIER.
- Com., 3 déc. 1957, *Gaz. Pal.* 1958, I, 244.

1958

- Civ., 17 juillet 1958, *Rev. trim. civ.* 1958, 642, obs. R. SAVATIER.
- Com., 12 nov. 1958, *Bull. Com. IV*, n° 387, p. 327.

1959

- Civ. 3è, 21 avril 1959, *Bull. Civ.* III, n° 179, p. 163.
- Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1959, *Bull. Civ.* I, n° 366, p. 306.
- Paris, 16 nov. 1959, *Gaz. Pal.* 1960, I, J., 79.
- Crim., 23 déc. 1959, *D.H.* 1960, Som., 26.

1960

- Bordeaux, 31 mars 1960, *J.C.P. Ed. G.* 1962, II, 12502, obs. P. OURLIAC.
- Com., 6 avril 1960, *Bull. Com.* IV, n° 147, p. 133.

1961

- Civ., 8 février 1961, *Bull. Civ.* I, n° 49, p. 43 ; *Gaz. Pal.* 1961, J., 19 ; *Rev. trim. Com.* 1961, 734, obs. P. RAYNAUD et 698, obs. G. CORNU.
- T.G.I. Belley, 29 déc. 1961, *D.* 1962, Som., 74.

1963

- Paris, 3 juillet 1963, *J.C.P. Ed. G.* 1963, II, 13398 ; *D.* 1964, J., 205 ; *Rev. trim. Com.* 1964, 54, obs. A. JAUFFRET.
- Civ. 1^{ère}, 10 juillet 1963, *D.* 1963, J., 644.
- Com., 8 oct. 1963, *D.* 1964, J., 313.
- Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1963, *Bull. Civ.* I, n° 528, p. 445.
- Civ. 1^{ère}, 3 déc. 1963, *D.* 1964, J., 164, note R. BARROT.

1964

- Paris, 27 mai 1964, *J.C.P. Ed. G.* 1965, II, 13991, obs. P. VOIRIN.

1965

- Com., 13 janvier 1965, *J.C.P. Ed. G.* 1966, II, 14469, obs. R.D.M.
- Paris, 17 nov. 1965, *D.* 1966, J., 10.

1967

- Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1967, *Bull. Civ.* I, n° 40, p. 28.
- T.G.I. Paris, 3 nov. 1967, *Gaz. Pal.* 1968, I, J., 269 ; *D.* 1968, Som., 54.

1968

- Civ. 3è, 4 juillet 1968, *Gaz. Pal.* 1968, II, J., 298 ; *Rev. trim. civ.* 1969, 144, obs. J.-D. BREDIN.
- Nîmes, 13 nov. 1968, *D.* 1969, J., 207, note M. CABRILLAC.
- Com., 18 nov. 1968, *Bull. Com.* IV, n° 324, p. 293.

1969

- Civ. 3è, 30 mai 1969, *Bull. Civ.* III, n° 437, p. 333 ; *D.* 1969, J., 561 ; *J.C.P. Ed. G.* 1970, II, 16173, obs. G. HUBRECHT ; *Rev. trim. civ.* 1970, 188, obs. G. CORNU.

476 DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

- Com., 11 juin 1969, *D.* 1970, J., 244, note P. BIHR ; *Banque*, n° 292, Janvier 1971, p. 518, obs. X. MARIN.
- Civ. 3è, 3 oct. 1969, *Rev. Loyers et fermages* 1970, p. 41.

1970

- Com., 4 mai 1970, *Bull. Com.* IV, n° 140, p. 128.

1974

- CE, 23 juillet 1974, *Commune de Saint-Gaudens*, *Rec. Lebon*, p. 446.

1975

- Civ. 3è, 10 avril 1975, *Bull. Civ.* III, n° 117, p. 89.
- Civ. 3è, 4 juin 1975, *Bull. Civ.* III, n° 194, p. 150.

1976

- Civ. 1^{ère}, 25 mai 1976, *Bull. Civ.* I, n° 201, p. 160.

1977

- Paris, 25 janvier 1977, *D.* 1977, J., 401, note D.R. MARTIN et obs. F. DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1978, I, J., 75, note G. H.

1978

- Crim., 22 nov. 1978, *D.* 1979, IR, 215, obs. M. PUECH.
- Crim., 13 déc. 1978, *D.* 1980, Som., 13, obs. M. VASSEUR.

1979

- Crim., 8 janvier 1979, *D.* 1979, J., 509, note P. CORLAY.
- Civ. 3è, 30 janvier 1979, *Bull. Civ.* III, n° 28, p. 20 ; *Rev. trim. civ.* 1980, 132, obs. C. GIVERDON ; *D.* 1979, IR, 174.
- Civ. 1^{ère}, 7 fév. 1979, *J.C.P. Ed. G.*, 1979, IV, 127.
- Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, *J.C.P. Ed. N.* 1980, II, 75, conclusions GULPHE.
- Civ. 3è, 21 mai 1979, *Bull. Civ.* III, n° 111, p. 83.

1980

- Trib. Conflits, 28 avril 1980, *S.C.I.F. Résidence des Perriers c/ Centre hospitalier intercommunal de Montfermeil*, *Rec. Lebon*, p. 506 ; *A.J.D.A.*, n° 111, p. 607 ; *RD imm.* 1980, p. 277, obs. J.-M. AUBY et D. LAVROFF.

1981

- Civ. 3è, 23 juin 1981, *J.C.P. Ed. G.* 1983, II, 19928, obs. J.-F. PILLEBOUT.
- Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1981, *D.* 1983, I.R., obs. A. ROBERT.

1982

- Paris, 1^{er} mars 1982, *D.* 1983, I.R., 16, obs. A. ROBERT.

- Civ. 3è, 3 mars 1982, *Bull. Civ. III*, n° 59, p. 42.
- Civ. 1^{ère}, 13 juillet 1982, *Gaz. Pal.* 1982, II, 670, note A. PIEDELIEVRE.

1983

- Paris, 28 janvier 1983, *Gaz. Pal.* 1983, I, J., 187, note J.-P. MARCHI.
- Civ. 1^{ère}, 20 avril 1983, *Defrénois*, 1983, n° 33132, p. 1141, note C. LARROUMET ; *D.* 1984, Som., 78, obs. M. VASSEUR.
- Civ. 1^{ère}, 10 mai 1983, *Bull. Civ. I*, n° 141, p. 122 ; *Defrénois*, 1983, n° 33161, p. 1393, note A. PIEDELIEVRE ; *D.* 1984, J., 433, note G. LEGIER ; *D.* 1984, IR, 82, obs. M. VASSEUR ; *J.C.P. Ed. N.* 1984, Prat., 31.
- Civ. 3è, 22 juin 1983, *J.C.P. Ed. G.* 1986, 20565, obs. J.-F. BARBIERI.
- Paris, 21 juin 1983, *D.* 1984, IR, 47.
- Civ. 3è, 29 juin 1983, *Bull. Civ. III*, n° 152, p. 119.
- Civ. 3è, 25 oct. 1983, *Bull. Civ. III*, n° 197, p. 151.
- Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1983, *Bull. Civ. I*, n° 280, p. 251 ; *D.* 1984, Som., 308, obs. M. VASSEUR ; *J.C.P. Ed. G.* 1984, IV, 45.
- Paris, 8 déc. 1983, *D.* 1984, IR, 52.
- Paris, 20 déc. 1983, *D.* 1984, IR, 175.

1984

- Civ. 3è, 18 janvier 1984, *D.* 1985, J., 504, note F. ZENATI.
- Civ. 1^{ère}, 7 février 1984, *D.* 1984, J., 638 et *Defrénois*, 1984, n° 33427, p. 1387, note C. LARROUMET.
- Lyon, 23 février 1984, *D.* 1985, J., 127, note H. CROZE et Y. REINHARD.
- Aix, 27 mars 1984, *J.C.P. Ed. G.* 1985, 14577, n° 58, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET.
- Paris, 24 sept. 1984, *D.* 1984, IR, 466.
- Com., 23 oct. 1984, *Rev. sociétés* 1986, 97, note J.-J. DAIGRE.

1985

- Civ. 3è, 19 février 1985, *J.C.P. Ed. G.* 1986, 20565, obs. J.-F. BARBIERI.
- Civ., 19 février 1985, *Bull. Civ. I*, n° 68, p. 64 ; *D.* 1986, Som., 316, M. VASSEUR.
- Agen, 27 février 1985, *J.C.P. Ed. G.* 1986, II, 20604, obs. A.-M. SOHMBOURGEOIS ; *D.* 1987, Som., 293, obs. M. VASSEUR.
- Com., 12 mars 1985, *Bull. Com. IV*, n° 95, p. 84 ; *D.* 1985, J., 471, note G. GHESTIN ; *J.C.P. Ed. G.* 1985, II, 20400, conclusions M. MONTANIER et obs. A.-G. BONET.
- CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit Foncier de France, Rec. Lebon*, p. 141 ; *A.J.D.A.* 1985, n° 133, p. 620, note E. FATOME et J. MOREAU ; *L.P.A.*, n° 127 du 23 octobre 1985, p. 4, note F. LLORENS ; *RFD adm.* 1986, p. 21, concl. B. GENEVOIS.
- Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1985, *Bull. Civ. I*, n° 252, p. 226 ; *Defrénois*, 1987, art. 33918, n° 23, p. 499, obs. L. AYNES.

1986

- Civ. 3è, 5 mars 1986, *D.* 1987, IR, 17, obs. A. ROBERT.
- Crim., 29 avril 1986, *D.* 1987, J., 131, note P. CORLAY ; *J.C.P. Ed. G.* 1987, II, 20788, note H. CROZE.
- Com., 3 juin 1986, *Bull. Com.* IV, n° 114, p. 97.
- Civ. 3è, 17 juillet 1986, *Bull. Civ.* III, n° 118, p. 93 ; *Defrénois*, 1987, art. 34056, n° 78, p. 1178, obs. L. AYNÈS.

1987

- Civ. 3è, 7 janvier 1987, *Bull. Civ.* III, n° 4, p. 2 ; *Gaz. Pal.* 1987, I, J., 219, note A. PIEDELIEVRE.
- Com., 13 janvier 1987, *Bull. Com.* IV, n° 15, p. 10.
- Vers., 11 mars 1987, *D.* 1988, Som., 10, obs. F. DERRIDA.
- Civ. 1^{ère}, 2 juin 1987, *Rev. trim. civ.* 1988, 528, obs. J. MESTRE.
- Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1987, *Rev. trim. civ.* 1988, 738, obs. J. MESTRE.
- Paris, 29 oct. 1987, *D.* 1987, IR, 262.

1989

- Civ. 1^{ère}, 7 février 1989, *Bull. Civ.* I, n° 57, p. 37 ; *D.* 1989, I.R., 70 ; *Rev. trim. civ.* 1990, 109, obs. F. ZENATI.
- Cons. const., Décision du 4 juillet 1989, *D.* 1990, J., 209, note F. LUCHAIRE ; *Rev. trim. civ.* 1990, 519, obs. F. ZENATI.
- Com., 18 juillet 1989, *Bull. Com.*, n° 232, p. 156.
- Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *Bull. Civ.* I, n° 308, p. 205 ; *J.C.P. Ed. G.* 1990, II, 21519, note J.-F. PILLEBOUT ; *Rev. trim. civ.* 1991, 687, obs. F. ZENATI.
- Com., 14 nov. 1989, *Bull. Com.* IV, n° 290, p. 196.
- Com., 28 nov. 1989, *Bull. Com.* IV, n° 300, p. 201.

1990

- Paris, 5 janvier 1990, *D.* 1990, J., 422, note J.-C. GROSLIERE.
- Com., 13 février 1990, *Bull. Com.* IV, n° 45, p. 30.
- Com., 23 octobre 1990, *D.* 1991, J., 173, note Y. REINHARD ; *Rev. trim. civ.* 1991, 361, obs. F. ZENATI.

1991

- Crim., 28 janvier 1991, *Bull. Crim.*, n° 42, p. 105 ; *Gaz. Pal.* 1992, I, J., 14.
- Com., 26 février 1991, *Bull. Com.* IV, n° 88, p. 59 ; *D.* 1991, IR, 94.
- Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Bull. Civ.* I, n° 128, p. 86.
- Civ. 1^{ère}, 4 avril 1991, *Bull. Civ.* I, n° 129, p. 86 ; *Rev. sociétés* 1991, 737, note B. EDELMAN ; *Rev. trim. civ.* 1994, 381, obs. F. ZENATI.
- Com., 14 mai 1991, *Bull. Com.* IV, n° 161, p. 116 ; *D.* 1992, J., 13, note D.R. MARTIN ; *Banque*, n° 519, septembre 1991, p. 869, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

- Civ. 3è, 26 juin 1991, *Bull. Civ. III*, n° 197, p. 115 ; *J.C.P. Ed. G.* 1992, II, 21825, note J.-F. BARBIÈRI.

1992

- Com., 25 février 1992, *Bull. Com. IV*, n° 92, p. 66.
- Com., 25 février 1992, *J.C.P. Ed. G.* 1992, II, 21922, note M. BILLIAU.
- Civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, *D.* 1992, J., 481, note L. AYNES ; *J.C.P. Ed. G.* 1992, II, 21922, note M. BILLIAU ; *Rev. trim. civ.* 1992, 765, obs. J. MESTRE.
- Aix-en-Provence, 2 avril 1992, *Dr. sociétés*, déc. 1992, n° 262, p. 17, note H. HOVASSE.

1993

- Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *D.* 1994, J., 78, note A. FRANÇON.
- Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *R.I.D.A.*, juillet 1993, p. 320, note F. POLLAUD-DULIAN.
- Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *Bull. Civ. I*, n° 126, p. 84.
- Civ. 3è, 7 avril 1993, *Bull. Civ. III*, n° 55, p. 35 ; *Defrénois*, 1993, art. 35617, n° 104, p. 1063, obs. L. AYNÈS ; *J.C.P. Ed. G.* 1993, I, 3717, n° 12, obs. P. DELEBECQUE.
- Agen, 6 mai 1993, *Dr. sociétés*, nov. 1993, n° 215, p. 17, note H. HOVASSE.
- Paris, 21 mai 1993, *Dr. sociétés*, nov. 1993, n° 215, p. 17, note H. HOVASSE.
- Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Defrénois*, 1993, n° 35638, p. 1274, note P. BUFFETEAU ; *D.* 1993, J., 613, note D.R. MARTIN ; *Rev. trim. civ.* 1995, 395, obs. F. ZENATI.
- Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *D.* 1994, J., 582, note B. FAUVARQUE-COSSON.
- Pau, 24 juin 1993, *J.C.P. Ed. N.* 1993, II, 368, note de C. CUVREAU-DAUGA et P. MESPLEDE.
- Com., 6 et 12 juillet 1993, *Rev. trim. civ.* 1994, 358, obs. J. MESTRE.
- Com., 12 juillet 1993, *Bull. Com.* n° 292, p. 207 ; *J.C.P. Ed. E.* 1994, II, 559, note M LECENE-MARENAUD ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3801, obs. H. PERINET-MARQUET.
- Com., 5 oct. 1993, *Bull. Com. IV*, n° 316, p. 227.

1994

- Com., 4 janvier 1994, *Rev. sociétés*, p. 278, note M. LECENE-MARENAUD ; *Defrénois*, 1994, art. 35786, p. 556, obs. P. LE CANNU ; *J.C.P. Ed. N.* 1994, II, 189 ; *Gaz. Pal.* 2/6/1994, p. 23.
- Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1994, *Bull. Civ. I*, n° 4, p. 3 ; *J.C.P. Ed. E.* 1994, I, 365, n° 18, obs. P. SIMLER et P. DELEBECQUE ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, IV, n° 595.
- Civ. 3è, 12 janvier 1994, *D.* 1995, J., 52, note F. MACORIG-VENIER.
- Civ. 3è, 19 janvier 1994, *Bull. Civ. III*, n° 8, p. 5 ; *D.* 1994, J., 576, note D.R. MARTIN ; *Som.*, 206, obs. P. CAPOULADE.
- Dijon, 1^{er} février 1994, *Banque et Droit*, mai-juin 1994, n° 35, p. 33, note J.-L. GUILLOT.
- Com., 17 mai 1994, *Bull. Com. IV*, n° 178, p. 142 ; *D.* 1995, J., 124, note C. LARROUMET ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3799, obs. M. CABRILLAC.

- Com., 21 juin 1994, *D.* 1995, Som., 91, obs. L. AYNÈS ; *J.C.P. Ed. G.* 1994, I, 3803, n° 10 et s., p. 509, obs. M. BILLIAU ; *Rev. trim. civ.* 1995, 113, obs. J. MESTRE.
- Com., 4 oct. 1994, *Quot. jur.* n° 99 du 13 décembre 1994, Som., p. 3.
- Cons. const., Décision n° 94-346 du 21 juillet 1994, *J.O.* du 23 juillet 1994, p. 10635.
- Soc., 11 oct. 1994, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3853, par. 16 et 17, obs. G. VINEY.
- Com., 22 nov. 1994, *Bull. Civ. IV*, n° 343, p. 280 ; *D.* 1995, IR, 6 ; *R.J.D.A.*, mars 1995, n° 303, p. 249.
- C.E.D.H., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, 9 déc. 1994, *Rev. trim. civ.* 1995, p. 652, obs. F. ZENATI ; *Rev. trim. civ.* 1996, 515 et 1019, obs. J.-P. MARGUENAUD.

1995

- Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3921, n° 1, obs. H. PERINET-MARQUET.
- Com., 7 mars 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36091, p. 684, obs. H. HOVASSE.
- Paris, 12 avril 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3878, obs. H. PERINET-MARQUET ; *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22806, note V. CROMBEZ.
- Com., 13 juin 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1995, I, 3880, par. 8 à 11, obs. C. JAMIN.
- Paris, 6 oct. 1995, *D.* 1995, IR, 268.
- Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1995, *D.* 1996, J., 436, note M. BILLIAU.
- C.E.D.H., *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, 20 nov. 1995, *Rev. trim. civ.* 1996, 515 et 1019, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.
- Com., 21 nov. 1995, *J.C.P. Ed. G.* 1996, I, 3935, obs. M. CABRILLAC.

1996

- Com., 9 avril 1996, *D.* 1996, IR, 132 ; *D.* 1996, J., 399, note C. LARROUMET.
- Com., 16 avril 1996, *D.* 1996, IR, 132 ; Som., 333, obs. L. AYNES.
- Crim., 30 mai 1996, *D. Affaires*, 1996, n° 24, p. 729.
- Versailles, 7 juin 1996, *D.* 1997, J., 360, note A. ROBERT.
- T.G.I. Saumur, ord. réf., 28 août 1996, *D.* 1998, Som., 57, obs. A. ROBERT.
- Cass., 22 oct 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1997, I, 4004, obs. M. CABRILLAC.
- C.A. Douai, 14 nov. 1996, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22785, note J.-J. DAIGRE ; *D.* 1997, J., 312, note F. PROAL.
- Com., 26 nov. 1996, *Bull. Com. IV*, n° 281, p. 240.

1997

- Soc., 14 janvier 1997, *D.* 1997, J., 612, note J. DJOUDI.
- Com., 28 janvier 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22791, rapport J.-P. RÉMERY ; *D.* 1996, Som., 140, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER.
- Com., 4 mars 1997, pourvoi n° H 94-13.170 et arrêt n° 722 ; *Rev. Dt. Banc.*, n° 61, mai-juin 1997, n° 4, p. 129, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.

- Com., 25 mars 1997, *D.* 1997, J., 481, note D.R. MARTIN ; *Quot. jur.* n° 32 du 22 avril 1997, Som., p. 7, note P. M. ; *Rev. Dt. Banc.*, n° 61, mai-juin 1997, n° 3, p. 127, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.
- Civ. 1^{ère}, 13 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1066, note D.R. MARTIN.
- Com., 19 mai 1998, *D.* 1998, J., 551, note D.R. MARTIN.
- Com., 20 mai 1997, *D.* 1998, Som., 115, obs. R. LIBCHABER.
- Com., 3 juin 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1997, II, 22891, rapport J.-P. REMERY ; *D.* 1998, J., 61, note J. FRANÇOIS ; *Rev. Dt. Banc.*, n° 62, août-septembre 1997, n° 7, p. 165, obs. J.-F. CREDOT et Y. GERAR.
- Paris, 14 oct. 1997, *D.* 1998, J., 91, note C. LARROUMET.
- Civ. 3^e, 5 nov. 1997, *J.C.P. Ed. G.* 1998, I, 171, n° 2, obs. H. PERINET-MARQUET.

1998

- Civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, *Defrénois*, 1999, art. 36921, p. 21, obs. S. PIEDELIEVRE.
- Cons. const., Décision du 29 juillet 1998, *J.C.P. Ed. G.* 1998, I, 171, n° 3, obs. H. PERINET-MARQUET.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus de jouissance du quasi-usufructier : 116 et s., 146, 515.

Abus du droit de propriété : 119-120.

Abusus : 10, 14, 24, 337 et s., 354, 371 et s.

- et définition légale de la propriété : 354.
- et nue-propriété : 348-349.
- limitations de l'-' : 355 et s.

V. aussi Fructus, Jus abutendi, Usus.

Accessoire

- droit réel de disposer, - du bien d'autrui : 395-398.
- notion d'-' : 395.

Actes conservatoires : 112-2.

Actes d'administration : 112-2, 112-3.

Actes de disposition

- actes juridiques : 11, 112-1.
- actes matériels : 251 et s.
- et classification des actes juridiques : 112-2 et s.
- et droit réel de disposer :
 - - obligations du disposant : 103 et s.
 - - pouvoirs du disposant : 73 et s.
- réalisation d'un paiement triangulaire : 129 et s.
- sur le bien d'autrui : introduction II, 141 et s., 505-507.

484 DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

V. aussi BERRA, Capital, DE VISSCHER, Disposition, Gage, GINOSSAR, Hypothèque, PLANIOL, PRODAN, Quasi-usufruit, ZENATI.

Actes juridiques (V. Actes de disposition).

Actifs financiers (V. Nantissement de valeurs mobilières).

Affectation

- de la valeur du bien d'autrui : 391-394.

Antichrèse : 66.

B

Bail

- et exploitation de carrières : 444-445.

- et quasi-usufruit : 575 et s.

Bail emphytéotique : 380-2, 320.

Banque (V. Compensation, Compte bancaire, Dépôt de fonds en banque, Dépôt de , garantie, Gage-espèces)

BERRA (D.) : 253.

Bien : 299 et s., spéc. 311, 492-493.

- du domaine public : 320-321, 496.

- image (des biens) : 224.

- incorporel (V. Choses incorporelles).

- sans maître (V. *Res nullius*).

V. aussi Choses, Propriété, Valeur de change.

Bordereau DAILLY : 501-2.

Brevet d'invention (V. Nantissement de -).

C

Capacité : 214.

V. aussi Incapacité, Patrimoine, Propriété.

Capital : 112-2.

Carrières

- exploitation de - : 443-453.

V. aussi Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Quasi-usufruit, Servitude.

Caution réelle : 507.

Chèque (V. Quasi-usufruit).

Choses

- consommables (V. Consommabilité).

- de corps certain : 45, 503-504.

- de genre : 42.

- équivalentes : 43.

- fongibles (V. Fongibilité).
- futures : 500-502.
- hors commerce : 281 et s., 306.
- incorporelles : 219, 223, 226, 229 et s., 307-308, 493.

V. aussi Bien, *Res nullius*, Valeur.

Clause

- de réserve de propriété (V. Propriété-garantie, Revendication).
- d'inaliénabilité (V. Inaliénabilité).

Compensation : 591.

V. aussi Dépôt de fonds en banque.

Compte bancaire

- affectation en garantie du solde d'un - : 590.

V. aussi Dépôt de fonds en banque, Gage-espèces.

Consolidation : 146.

Consumptibilité

- conventionnelle : 465.
- naturelle : 5, 6, 12-14, 24.

V. aussi Fongibilité, Quasi-usufruit, Valeur.

Contrat

- réel : 475.

Copropriété

- et droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte : 148.

Création monétaire : 587-588.

V. aussi Dépôt de fonds en banque.

Créance

- bien (nature juridique) : 234 et s.
- nantissement de - : v. ce mot.
- professionnelle (V. Bordereau DAILLY).
- titre de - (V. Nantissement de -).
- usage de - : 36.

V. aussi Bien, Consumptibilité, Droits personnels, Quasi-usufruit.

Crédit-bail (V. Propriété-garantie).

CROCQ (P.) : 425 et s., spéc. 429 et s.

D

DABIN (J.) : 193, 261.

DE VISSCHER (F.) : 255-256.

Dématérialisation

- de la monnaie : 328 et s.
- et propriété : 221 et s.

V. aussi Choses incorporelles.

Démembrement

- critique de la théorie du - : 347 et s., 361 et s.
- théorie du - : 347 et s.

V. aussi Droits patrimoniaux, GINOSSAR, Propriété, Usufruit, ZENATI.

Dépôt de fonds en banque : 18, 85, 585 et s.

- nature juridique : v. Dépôt irrégulier.
- objet : 585.
- opérations juridiques : 439 et s., 590 et s.
- mécanisme : 587 et s.

Dépôt de garantie : 439 et s.

Dépôt irrégulier

- nature juridique : introduction III-IV, 18, 580-581.
- obligations du dépositaire irrégulier :
 - - obligation de détenir l'équivalent du bien : 84-85.
 - - obligation de garde : 581-3.
 - - obligation de ne pas disposer : 101.
 - - obligation de restitution : 581-2.
- pouvoirs du dépositaire irrégulier : introduction III-IV, 67.
- prêt de consommation (distinction) : 582-584.

V. aussi Dépôt de fonds en banque, Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Quasi-usufruit.

Dette de valeur : 327.

Disposition

- abusive : 116 et s., 115.
- conditionnelle : 96 et s.
- des choses incorporelles : 223, 493.
- des droits patrimoniaux : 246.
- et commercialisation : 282, 306, 320-321, 494 et s.
- impérative : 103 et s.
- notion de - : introduction VI, 11, 12.

V. aussi Actes de disposition, BERRA, DE VISSCHER, Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, GINOSSAR, PLANIOL, PRODAN, ZENATI.

Domaine public (V. Bien du -).

Donation avec réserve de quasi-usufruit : 593 et s.

- obligations de restitution du donateur : 593-3.
- obligations du donateur en cours de quasi-usufruit : 593-2.

V. aussi Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Quasi-usufruit.

Droit de créance (V. Créance, Droits personnels).

Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte

- auteurs du - : 459 et s.
- bien grevé : 490 et s.
- caractères : 380-383-3.
- contenu : 378.

- extinction : 509-519.
- nature juridique :
- - droit patrimonial : 381-385.
- - droit réel : 390 et s.
- - et indivision ou copropriété : 148.
- - et obligation réelle : 402-409.
- obligation de restitution du disposant : 520 et s.
- pluralité de - sur le même bien : 497-498.
- prescription : 384, 462.

V. aussi Dépôt irrégulier, Donation, Droits patrimoniaux, Droits réels, Gage, Hypothèque, Propriété, Quasi-usufruit, Servitude.

Droit de gage général (V. Gage général).

Droit de préemption : 437, 438-1.

V. aussi Obligation de ne pas disposer, Propriété limitée.

Droit de propriété (V. Propriété).

Droit de rétention (V. Nantissement de valeurs mobilières).

Droit moral de l'auteur : 227-228, 283, 290.

Droit réel de disposer (V. Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre , compte).

Droit réel de garantie : 603.

- droit de gage : v. Gage.
- droit d'hypothèque : v. Hypothèque.

Droit subjectif

- absolu/relatif : 170.
- absolutisme : 187 et s.
- contentieux : 181 et s.
- exclusivisme : 154 et s.
- négation du - : 155 et s.
- notion de - : 151 et s.
- objets : 151-2.
- obligation passive universelle : 168 et s.
- opposabilité et - : 165-167.
- projection du sujet sur un objet : 178.

V. aussi DUGUIT, KELSEN, Pouvoir, Propriété, ZENATI.

Droits de la personnalité : 272, 275 et s.

- et droit de disposition : 280 et s.
- et droit de jouissance : 279.
- et exclusivité : 276 et s.

V. aussi Disposition, Droit subjectif, Jouissance, Propriété.

Droits patrimoniaux

- catégorie des - : 335.
- droits personnels : v. ce mot.
- droits réels : v. ce mot.
- droits sur le bien d'autrui : 378, 390.

- partage des pouvoirs sur le bien : 361 et s.

V. aussi Disposition, GINOSSAR, Jouissance, PLANIOL, Possession, Propriété, Revendication.

Droits personnels

- propriété des - : 233 et s.

V. aussi Créance, Droits patrimoniaux, GINOSSAR, Nantissement de créances.

Droits réels

- démembres (V. Démembrement).

- exclusion du droit de propriété : 261, 266.

- notion de - : 391 et s.

- *numerus clausus* des - : 411-413.

- propriété des - : 233 et s.

- théorie personnaliste : v. PLANIOL.

V. aussi Droits patrimoniaux, GINOSSAR, Obligation réelle, Propriété, ZENATI.

DUGUIT (L.) : 155 et s.

E

Emphytéose (V. Bail emphytéotique).

Équivalence (V. Choses équivalentes).

V. aussi Fongibilité.

Espèces monétaires (V. Valeur de réserve).

V. aussi Monnaie, Nominalisme monétaire, Valeur de change.

Évaluation : 303-305, 316-319.

V. aussi Monnaie, Propriété, Utilités, Valeur.

F

Fiducie : 429 et s.

Fonds de commerce (V. Nantissement, Quasi-usufruit, Universalité de fait).

Fongibilité

- et propriété : 39, 49-51.

- fonctions : 39, 44.

- notion de - : 5, 39.

V. aussi Choses de genre, Consomptibilité, Individualisation, Propriété, Revendication.

Fructus : 10, 24, 337, 354, 372.

V. aussi Abusus, *Jus fruendi*, Usus.

Fruits : 22-23.

V. aussi *Fructus*, Quasi-usufruit, Usufruit.

G**Gage** (sûreté réelle)

- des créances (V. Nantissement des -).
- formalisme réel : 474-483.
- formalités d'opposabilité et de preuve : 486-487, 552 et s.
- nature juridique (V. Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte).
- obligations du gagiste :
 - - obligation de conservation du bien gagé : 78 et s.
 - - obligation de ne pas disposer : 99-100.
 - - obligation de restitution : 522-525.
- patrimonialité : 382.
- pouvoirs du gagiste :
 - - et actes de disposition sur le bien gagé : 74-75.
 - - et droits non pécuniaires attachés au bien gagé : 68 et s.
 - - et utilités matérielles du bien gagé : 65-66.

V. aussi Gage-espèces, Gage général, Quasi-usufruit.

Gage-espèces (V. Dépôt de garantie ; Propriété-garantie).

Gage général (Droit de -) : 418-421.

V. aussi Créance, Gage (sûreté réelle), Patrimoine, Propriété.

Garantie (V. Propriété-garantie).

GINOSSAR (S.)

- notion d'obligation réelle : 399-401.
- thèse de la propriété des droits : 234 et s., 260-261.

V. aussi Droit subjectif, ZENATI.

H

Hautes futaies (V. Quasi-usufruit).

Hypothèque

- formalisme solennel : 469-473.
- formalités d'opposabilité et de preuve : 489.
- nature juridique (V. Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte).
- obligations du créancier hypothécaire de ne pas disposer du bien grevé : 99-100.
- patrimonialité : 382.
- pouvoirs du créancier hypothécaire :
 - - et actes de disposition sur le bien grevé : 74-75.
 - - et utilités matérielles du bien grevé : 65-66.

I

Inaliénabilité : 437, 438-2.

V. aussi Obligation de ne pas disposer, Propriété limitée.

Incapacité

- et droit subjectif : 199, 215.

V. aussi Capacité.

Individualisation : 45.

V. aussi Choses de corps certain, Fongibilité.

Indivision

- et droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte : 148.

J

Jouissance

- des droits patrimoniaux : 243 et s.

- notion de - : 10, 12-14, 112-3, 412.

V. aussi Actes d'administration, Disposition, Droits réels, ZENATI.

Jus abutendi : 372.

V. aussi Abusus.

Jus fruendi : 372.

V. aussi Fructus.

Jus utendi : 372.

V. aussi Usus.

K

KELSEN (H.) : 155 et s.

L

Libéralités (V. Donation avec réserve de quasi-usufruit).

Logiciel (V. Nantissement de -).

M

Marchandises

- stock de - : 31.

V. aussi Fonds de commerce, Quasi-usufruit, Universalité de fait.

Monnaie : 325 et s.

V. aussi Espèces monétaires, Valeur de réserve.

N

Nantissement

- brevet d'invention : 560, 568.
- créance : 66, 74.
- - opposabilité : 553-557.
- - solennités : 565-566.
- créances professionnelles : 501-2.
- fonds de commerce : 560, 568.
- logiciel : 560, 568.
- parts sociales : 68-72, 560, 568.
- valeurs mobilières :
 - - droit de rétention : 570-571.
 - - opposabilité : 558-559.
 - - solennités : 567.

Nominalisme monétaire (V. Valeur de réserve).

Nue-propriété (V. Démembrement).

V. aussi Droits patrimoniaux, Propriété, Usufruit.

O

Obligation

- de ne pas disposer : 436 et s.
- de restitution (V. Restitution).
- monétaire : 327.
- réelle : 399-401.

V. aussi GINOSSAR, ZENATI.

Obligation passive universelle : 168 et s.

V. aussi Droit subjectif, PLANIOL.

Opposabilité (V. Droit subjectif, Gage, Hypothèque, Quasi-usufruit).

P

Pacte de préférence : 437, 438-1.

V. aussi Obligation de ne pas disposer, Propriété limitée.

Païement triangulaire : 128 et s.

Parts sociales (V. Nantissement de -).

Patrimoine (V. Propriété).

Perpétuité (V. Propriété).

Personnalité juridique : 273.

V. aussi Propriété.

Personnes morales

- et droit subjectif : 200-201.

V. aussi Propriété.

PLANIOL (M.)

- thèse de la faculté de céder ses droits : 252.
- thèse de l'obligation passive universelle : 169.

Portefeuille de valeurs mobilières (V. Valeurs mobilières).

Possession

- des choses incorporelles : 230.
- des droits patrimoniaux : 238.
- prescription :
 - - des droits patrimoniaux : 239-240, 292.
 - - et droit de propriété : 291-292.

V. aussi Perpétuité, Propriété.

Pouvoir

- de choisir et d'agir : 192-193.
- de vouloir : 189-191.
- de vouloir, de choisir et d'agir : 194-196.
- et droit subjectif : 151-1, 188 et s., 202 et s.
- virtuel : 206 et s.

V. aussi Droits patrimoniaux, Propriété.

Prescription (V. Possession).

Prêt de consommation : 582-584.

V. aussi Dépôt irrégulier.

Privilèges

- généraux immobiliers : 423-424.
- spéciaux immobiliers : 422.
- spéciaux mobiliers : 423-424.

PRODAN (C.) : 257-258.

Produits

- fruits (distinction) : 22-23.

V. aussi Quasi-usufruit, Usufruit.

Propriété

- abus du droit de - : v. ce mot.
- acquisition : v. constitution.
- caractères : 284 et s.
- - imprescriptibilité : 291-292.
- - incessibilité : 285-287.
- - intransmissibilité : 288-290.
- constitution de la - : 286-287.
- constitutive du droit subjectif (V. ZENATI).
- décorporalisation : 221 et s.

- démembrement : v. ce mot.
- des choses fongibles : 39, 49-51.
- des droits : 233 et s.
- - dans la doctrine : 248 et s.
- - dans le droit positif : 234 et s.
- droit subjectif sur les biens : 217 et s., spéc. 262 et s.
- et image des biens : 224.
- exclusion de la catégorie des droits réels : 261, 266.
- extrapatrimonial (droit) : 270 et s.
- garantie (V. Propriété-garantie).
- incorporelle (V. Choses incorporelles, Droit subjectif).
- limitations de la - : 187, 355 et s., 373.
- nature juridique : 270 et s.
- nue-propriété (V. Démembrement).
- objective : 158, 286.
- patrimoine : 274-2, 289.
- perpétuité : 232.
- pouvoir fondamental de l'individu : 274-3.
- prescription (V. Possession).
- réserve de - (V. Propriété-garantie ; Revendication)
- revendication : v. ce mot.
- transfert de - : v. constitution.

V. aussi Choses incorporelles, Droit moral de l'auteur, Droits de la personnalité, GINOSSAR, Usufruit, ZENATI.

Propriété-garantie

- et droit réel de disposer : 426-428.
- qualification : 429 et s.

V. aussi CROCQ, Dépôt de garantie, Gage, Gage-espèces, Hypothèque, Obligation de ne pas disposer, Propriété.

Publicité

- immobilière : 236-237.
- mobilière : 223, 236-237.

Q

Quasi-usufruit

- abus de confiance : 146.
- abus de jouissance : 116 et s., 515.
- consolidation : 146.
- contrat de bail (combinaison) : 575 et s.
- contrat de dépôt (combinaison) : 579 et s.
- contrat de donation (combinaison) : 593 et s.
- contrat de gage (combinaison) : 577-578.

- de carrières : 450-452.
- de chèque : 37.
- de choses consommables : 17.
- - comprises dans un fonds de commerce : 31.
- - comprises dans un legs : 31.
- de créances : 35.
- de hautes-futaies : 21-24.
- de portefeuille de valeurs mobilières : 28 et s.
- de rentes viagères : 35.
- de titres de capitalisation : 33.
- de troupeau : 27.
- et propriété : introduction III-IV.
- extinction : 509 et s.
- formalités d'opposabilité et de preuve : 488-489, 552 et s.
- *intuitu-personae* : 383.
- nature juridique (V. Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte).
- obligations du quasi-usufructier :
 - - obligation de conserver la substance du bien : 103 et s., 514-516.
 - - obligation de fournir caution : 86 et s., 97, 124, 485.
 - - obligation de ne pas disposer (V. Dépôt irrégulier).
 - - obligation de emploi : 91-92.
 - - obligation de restitution : 526-533, 534 et s.
- patrimonialité : 383.
- pouvoirs du quasi-usufructier :
 - - et actes de disposition sur le bien grevé : 76.
 - - et droits non pécuniaires attachés au bien grevé : 68 et s.
 - - et utilités matérielles du bien grevé : 67.

V. aussi Consommabilité, Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Espèces monétaires, Usufruit.

R

Rentes viagères (V. Quasi-usufruit).

Réserve de propriété (V. Propriété-garantie ; Revendication).

Res nullius : 314.

Restitution

- action en - : 534 et s., 548.
- modes de - : 521.

V. aussi Choses de genre, Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Fongibilité, Subrogation.

Revendication

- action en - : 185-1, 241, 535 et s.

- des choses fongibles : 48-59, 534 et s.
 - des choses incorporelles : 223.
 - des droits patrimoniaux : 241.
 - et réserve de propriété : 48-1, 547-3.
- V. aussi* Fongibilité, Propriété.

S

Servitude

- et biens incorporels : 231.
 - et exploitation de carrières : 450-452.
- V. aussi* Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Obligation réelle, Quasi-usufruit.

Situation juridique : 176 et s.

V. aussi Droit subjectif.

Subrogation réelle : 535 et s.

- condition de réalisation : 541-547.
- nature : 536-540.

V. aussi Propriété, Restitution, Valeur.

Sûretés réelles (*V.* Gage ; Hypothèque).

T

Titres

- au porteur : 28, 308, note 79 ss 239.
- de capitalisation (*V.* Quasi-usufruit de -).
- de créance (*V.* Nantissement de -).
- sociaux (*V.* Nantissement de -).

Transfert de propriété : 286-287.

V. aussi Propriété.

Troupeau (*V.* Quasi-usufruit de - ; Universalité de fait).

U

Universalité de fait : 25-31.

Usage : 10, 12-14, 112-3.

V. aussi Jouissance, *Jus utendi*, *Usus*.

Usufruit : 347, 361-363, 368-369.

V. aussi Démembrement, *Fructus*, Fruits, Propriété, Quasi-usufruit, *Usus*.

Usus : 10, 24, 337, 354, 372.

V. aussi *Abusus*, *Fructus*, *Jus utendi*.

Utilité : 304, 318-319, 372-376.

V. aussi Droits réels, Propriété limitée.

V

Valeur : 298 et s.

- de change :
- - nature de la - : 310.
- - notion de - : 299 et s.
- de réserve (espèces monétaires) :
- - caractères de la - : 326.
- - fonction : 325.
- - nature : 328 et s.
- - nominalisme monétaire : 327.
- et corporalité : 307-308.

V. aussi Bien, Evaluation, Monnaie, Propriété.

Valeurs mobilières : 28-30.

V. aussi Nantissement, Quasi-usufruit, Titres au porteur, Universalité de fait.

W

Warrant : 503.

Z

ZENATI (F.)

- assimilation de la propriété au droit subjectif : 262-267.
- jouissance et disposition : 263-265.
- notion d'obligation réelle : 399-401.

V. aussi Droit subjectif, GINOSSAR, Propriété.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

L'AUTONOMIE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE	13

TITRE I.

LE DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE N'EST PAS ACQUISITIF DU DROIT SUBJECTIF	15

CHAPITRE I.

<i>L'ÉTENDUE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE</i>	17

SECTION I. - L'examen du droit du disposant au regard du bien d'autrui	18

§ 1. - <i>L'examen du droit du disposant au regard de la nature consomptible du bien d'autrui</i>	19

A. - L'usage des biens consommables	20

1°. - La coïncidence de la disposition et de la jouissance	20
a) L'inclusion de la disposition dans la jouissance	21
b) La confusion de la disposition et de la jouissance	22
c) L'exemple typique des espèces monétaires	23
2°. - L'indépendance de la disposition et de la propriété	24
B. - L'extension du domaine des biens consommables	26
1°. - La consomptibilité des biens composés	27
a) Les hautes futaies	27
b) Les universalités	29
1. Le troupeau et les bêtes	30
2. Le portefeuille et les valeurs mobilières	31
3. Le fonds de commerce et le stock de marchandises	33
2°. - La consomptibilité des biens simples	33
a) Le titre de capitalisation	33
b) La rente viagère et la créance monétaire	34
Conclusion du § 1	37
§ 2. - L'examen du droit du disposant au regard de la nature fongible du bien d'autrui	37
A. - L'acquisition des biens fongibles par l'accipiens	39
1°. - L'appartenance des biens à un genre	40
a) L'identité de fonction et de structure des biens	40
b) L'exclusion des biens équivalents	41
2°. - L'individualisation des choses de genre	43
B. - La revendication des biens fongibles par le tradens	46
1°. - En cas de conservation de tous les biens fongibles détenus par le défendeur	49
2°. - En cas de disparition totale des biens fongibles détenus par le défendeur	50
a) En cas de destruction fortuite totale des biens fongibles	50
b) En cas d'aliénation de tous les biens fongibles	51

3°. - En cas de disparition partielle des biens fongibles détenus par le défendeur	51
a) La destruction fortuite et partielle des biens fongibles	51
b) L'aliénation partielle des biens fongibles	54
Conclusion du § 2	54
Conclusion de la section I	55
SECTION II. - L'examen du droit du disposant au regard du pouvoir d'autrui	55
§ 1. - Les droits du disposant circonscrits par la propriété d'autrui	56
A. - Les utilités matérielles affectées au propriétaire	57
1°. - Le cas d'un gage ou d'une hypothèque	57
2°. - Le cas d'un quasi-usufruit ou d'un dépôt irrégulier	58
B. - Les droits non pécuniaires conservés par le propriétaire	59
1°. - Le droit de vote	59
2°. - La titre d'associé	61
C. - Les modes de disposition réservés au propriétaire	62
1°. - L'hypothèse du gage ou de l'hypothèque	63
2°. - L'hypothèse du quasi-usufruit	63
§ 2. - Les obligations du disposant prescrites par la propriété d'autrui ..	65
A. - L'obligation du créancier nanti de conserver la valeur du bien	65
1°. - La conservation des biens périssables	66
2°. - La conservation des biens durables	68
B. - L'obligation du dépositaire irrégulier de détenir l'équivalent du bien	69
C. - L'obligation du quasi-usufruitier de garantir la restitution du bien ...	70
1°. - L'obligation générale de garantie	71
a) L'impossibilité ou le refus de fournir caution	72
b) La dispense de fournir caution	72
2°. - L'obligation spéciale de remploi	73

Conclusion du CHAPITRE I	75

CHAPITRE II.

<i>L'EXERCICE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE</i>	77

SECTION I. - Les restrictions à l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui	78

§ 1.- <i>L'exercice conditionnel du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte</i>	78

A. - La constitution de garanties par le quasi-usufruitier	79

B. - L'inaction du débiteur grevé ou du déposant irrégulier	79

1°. - La défaillance du débiteur grevé	80

2°. - La passivité du déposant irrégulier	81

§ 2.- <i>L'exercice impératif du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte</i>	82

A. - Le fondement de la disposition impérative du bien d'autrui	82

1°. - L'obligation de disposer comme le propriétaire	82

2°. - L'obligation de disposer selon l'usage antérieur du bien	83

3°. - L'obligation de disposer en bon père de famille	84

B. - La qualification de la disposition impérative du bien d'autrui	85

1°. - La disposition du bien d'autrui, acte conservatoire et acte d'administration	85

2°. - Le disposant, utilisateur et conservateur du bien d'autrui	89

§ 3.- <i>L'exercice abusif du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte</i>	90

A. - La notion d'abus de jouissance du disposant du bien d'autrui pour son propre compte	91

1°. - Abus de jouissance et abus de droit de jouir	91

2°. - L'appréciation de l'abus de jouissance du disposant du bien d'autrui	92
a) La mise en péril des droits du propriétaire	93
b) La condition discutée d'une dispense de caution	94
B. - La sanction de l'abus de jouissance du disposant du bien d'autrui pour son propre compte	95
Conclusion de la section I	96
SECTION II. - Les implications de l'exercice du droit de disposer du bien d'autrui	97
§ 1. - La réalisation d'un paiement triangulaire	98
A. - Le paiement de sa propre dette avec la chose d'autrui	98
1°. - Le modèle du paiement de la dette d'autrui avec ses propres biens	99
a) Le <i>solvens</i> intéressé à l'obligation d'autrui	99
b) Le <i>solvens</i> non intéressé à l'obligation d'autrui	101
2°. - La situation du disposant du bien d'autrui pour son propre compte	102
B. - L'encaissement pour son propre compte de la créance d'autrui	105
Conclusion du § 1	106
§ 2. - La validité du paiement triangulaire	106
A. - La satisfaction du titulaire de la créance exécutée	107
B. - Le consentement du propriétaire du bien consommé	108
Conclusion du CHAPITRE II	111
Conclusion du TITRE I	112

TITRE II.

LE DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE N'EST PAS UN DIMINUTIF DU DROIT SUBJECTIF	115

CHAPITRE I.

L'UNITÉ DU DROIT SUBJECTIF	121

SECTION I. - L'exclusivisme du droit subjectif	122

§ 1. - <i>L'apport des thèses négatrices du droit subjectif</i>	123

A. - L'exclusion objective	124

1°. - L'omnipotence des normes objectives de défense et de commandement	125

2°. - L'exemple de la propriété objective	127

B. - Les relations entre personnes	127

1°. - L'affirmation du lien social	128

2°. - Le refus de l'individualisation du sujet	128

§ 2. - <i>L'exclusion objective dans la théorie du droit subjectif</i>	130

A. L'opposabilité	131

1°. - L'exclusion est commune à tous les droits subjectifs	131

2°. - L'exclusion est un simple <i>effet</i> du droit subjectif	132

B. - L'obligation passive universelle	132

1°. - L'introduction de l'exclusion dans la structure du droit subjectif ...	133

2°. - L'ambiguïté de l'obligation passive universelle	135

§ 3. - <i>L'exclusivité du sujet de droit</i>	137

A. - La coïncidence du droit subjectif et du sujet de droit	138

1°. - Le droit subjectif, sphère de liberté du sujet	138

a) Le droit subjectif, situation juridique subjective	138

b) Le droit subjectif, projection du sujet sur un objet	140

2°. - Le droit subjectif, sphère d'action du sujet	141
B. - Le contentieux du droit subjectif	142
1°. - L'extériorité de l'action en justice par rapport droit subjectif	143
2°. - La particularité du contentieux du droit subjectif	145
Conclusion de la section I	147
SECTION II. - L'absolutisme du droit subjectif	147
§ 1. - Le droit subjectif confère un pouvoir	148
A. - Le droit subjectif, pouvoir de vouloir	149
B. - Le droit subjectif, pouvoir de choisir et d'agir	151
C. - Le droit subjectif, pouvoir de vouloir, de choisir et d'agir	153
§ 2. - Le droit subjectif n'est pas une aptitude	154
A. - L'indifférence du droit de disposer aux défaillances de la volonté	154
1°. - L'incapable	154
2°. - La personne morale	155
B. - L'indépendance du droit de disposer par rapport au pouvoir de choisir et d'agir	157
1°. - Le paradoxe de l'introduction du pouvoir d'agir dans le droit subjectif	157
2°. - L'indifférence du droit subjectif à la paralysie du pouvoir de choisir	158
3°. - L'indifférence du droit subjectif à la limitation du pouvoir d'agir ..	159
§ 3. - Le droit subjectif confère un pouvoir virtuel	160
A. - La potentialité du droit subjectif	160
1°. - La décorporalisation du pouvoir de vouloir	160
a) La théorie de la volition	161
b) La droit subjectif, pouvoir absolu	162
2°. - La dépersonnalisation du pouvoir de choisir et d'agir	164
B. - La mise en œuvre du droit subjectif	165

Conclusion du CHAPITRE I	167

CHAPITRE II.	
<i>L'UNICITÉ DU DROIT SUBJECTIF</i>	169

SECTION I. - La supériorité du droit de propriété	170

§ 1. - <i>La propriété des choses incorporelles</i>	171

A. - L'application du droit de propriété aux biens incorporels	172

1°. - La décorporalisation du droit de propriété	172

2°. - La généralité du droit de propriété	173

B. - L'adaptation du droit de propriété aux biens incorporels	175

1°. - L'incidence de l'abstraction du bien sur le contenu de la propriété	176

a) La délimitation préalable des pouvoirs du propriétaire	176

b) La concurrence du droit moral de l'auteur	177

2°. - L'incidence de l'abstraction du bien sur le régime de la propriété ..	179

a) La possession des choses incorporelles	179

b) Les servitudes et les choses mobilières incorporelles	180

c) La durée de la protection des biens intellectuels	180

§ 2. - <i>La propriété des droits</i>	181

A. - La propriété des droits dans le droit positif	182

1°. - Les droits sont objets d'appropriation exclusive	183

a) La publicité des droits réels et personnels	183

b) La possession des droits réels et personnels	184

c) La prescription acquisitive des droits réels et personnels	185

d) La revendication des droits réels et personnels	186

2°. - Les droits sont objets de maîtrise absolue	188

B. - La propriété des droits dans la doctrine	190

1°. - L'annonce de la propriété des droits	191

a) La titularité des droits	191
b) La faculté de céder ses droits	192
1. Les thèses de PLANIOL et BERRA	192
2. La thèse de DE VISSCHER	195
3. La thèse de la propriété des droits de PRODAN	197
2°. - L'affirmation de la propriété des droits (la thèse de S. GINOSSAR) .	198
a) La propriété surplombe les créances	198
b) La propriété n'est pas un droit réel	200
3°. - L'identification de la propriété au droit subjectif (la thèse de F. ZENATI)	201
a) La structure de la propriété	201
b) La nature de la propriété	202
Conclusion de la section I	203
SECTION II. - La subjectivité du droit de propriété	204
§ 1. - La nature du droit de propriété	205
A. - L'annexion du droit de propriété au sujet de droit, fondement de son extrapatrimonialité	205
B. - L'apposition du droit de propriété aux droits de la personnalité	209
1°. - L'exclusivité constitutive des droits de la personnalité	210
2°. - Le pouvoir conféré par les droits de la personnalité	214
a) Droit de jouissance et droits de la personnalité	214
b) Droit de disposition et droits de la personnalité	214
§ 2. - Les caractères du droit de propriété	218
A. - L'incessibilité du droit de propriété	218
B. - L'intransmissibilité du droit de propriété	220
C. - L'imprescriptibilité du droit de propriété	222
Conclusion de la section II	223
Conclusion du CHAPITRE II	223
Conclusion du TITRE II	224
Conclusion de la PARTIE I	224

SECONDE PARTIE	
LA THÉORIE DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE	227
<i>CHAPITRE PRELIMINAIRE.</i>	
LA NOTION DE VALEUR	229
SECTION I. - La valeur de change	230
§ 1. - <i>La nature de la valeur de change</i>	230
A. - L'apparition de la valeur de change	230
1°. - L'accessibilité de la chose à l'échange	230
a) Une exigence de fait : l'évaluation de la chose	231
b) Une exigence de droit : la cessibilité de la chose	232
2°. - L'indifférence de la corporalité de la chose	234
B. - L'autonomie de la valeur de change	235
1°. - L'annexion de la valeur à la composition matérielle de la chose ...	235
2°. - L'antériorité de la valeur de change à la contrepartie monétaire du bien	236
3°. - L'extériorité de la valeur de change au droit de propriété	237
§ 2. - <i>La variation de la valeur de change</i>	238
A. - Les facteurs d'évaluation de la chose	238
B. - Le régime de cessibilité de la chose	240
SECTION II. - La valeur de réserve	243
§ 1. - <i>L'intangibilité des espèces monétaires</i>	243
A. - La fonction des espèces monétaires	243
B. - Le nominalisme monétaire	246
§ 2. - <i>La nature des espèces monétaires</i>	247
A. - L'attraction de la qualification de droit	247
B. - L'adoption de la qualification de bien	248

TITRE I.

ESSAI D'UNE DÉFINITION
DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI
POUR SON PROPRE COMPTE

251

CHAPITRE I.

**LA QUALIFICATION DU DROIT DE DISPOSER
DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE**

253

**SECTION I. - Le contenu du droit de disposer du bien d'autrui pour son
propre compte**

254

**§ 1. - *L'assimilation discutable de l'abusus au droit de disposer
du propriétaire***

255

A. - L'exposé de la définition classique de l'*abusus*

255

1°. - L'*abusus*, attribut variable du droit de propriété 256

a) L'*abusus*, droit de consommation matérielle et juridique 256

b) L'*abusus*, droit de consommation matérielle 257

c) L'*abusus*, faculté de consommation matérielle et juridique 257

d) L'*abusus*, droit de consommation matérielle et faculté de
consommation juridique 258

2°. - L'*abusus*, attribut majeur et caractéristique du droit de propriété ... 259

B. - Les contradictions de la conception classique de l'*abusus*

260

1°. - La réduction du droit de propriété à l'*abusus* 260

a) Le faux sens de la nue-propriété 261

b) Le faux jour du droit de propriété 262

2°. - L'indifférence du droit de propriété à l'*abusus* 265

a) L'*abusus* est absent de la définition légale du droit de propriété 265

b) Le sort de l'*abusus* n'a pas d'influence sur le droit de propriété 266

1. L'indifférence du droit de propriété à la paralysie de l'*abusus* 266

2. L'indifférence du droit de propriété à la réglementation de l'*abusus* 267

**§ 2. - *La distinction souhaitable de l'abusus d'avec le droit de disposer
du propriétaire***

270

A. - L'origine de la dénaturation de l'*abusus*

271

508 DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

1°. - Le partage mathématique des pouvoirs sur le bien grevé d'un droit patrimonial	271
a) Le modèle : le droit d'usufruit	271
b) Les exceptions : les autres droits patrimoniaux	272
1. La conservation de l'utilité concédée par le propriétaire	272
2. La distinction de l'utilité concédée et de l'utilité paralysée pour le propriétaire	273
2°. - L'assimilation de l'usufruit formel à l'usufruit causal	274
B. - L'identification de l' <i>abusus</i> à une utilité du bien	276
1°. - La définition de l' <i>abusus</i>	277
2°. - La nature de l' <i>abusus</i>	279
C. - La constitution de l' <i>abusus</i> en un droit patrimonial	282
1°. - La nature du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte	282
a) Un droit relatif, déterminé et temporaire	283
b) Un droit patrimonial	284
2°. - L'exercice du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte	287
Conclusion de la section I	288
SECTION II. - La structure du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte	289
§ 1. - Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et classification des droits patrimoniaux	289
A. - La construction du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte	290
1°. - Un rapport d'affectation	290
a) L'affectation de la valeur du bien d'autrui	291
b) L'élément destinataire de l'affectation	293
2°. - Un accessoire du bien d'autrui	294
a) Le droit réel de disposer suit le bien d'autrui	294
b) Le droit réel de disposer grève le bien d'autrui	295

B. - La qualification du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte	296
1°. - L'ajustement de la qualification d'obligation réelle au droit du disposant	297
2°. - L'inadaptation de la qualification d'obligation réelle au droit du disposant	299
a) L'obligation réelle altère le droit réel	299
b) Le droit réel dénature l'obligation réelle	300
§ 2. - Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte et numerus clausus des droits réels	301
Conclusion du CHAPITRE I	305

CHAPITRE II.

LA DÉLIMITATION DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE	307

SECTION I. - L'exclusion du domaine du droit réel de disposer	308
§ 1. - L'exécution forcée de la créance chirographaire ou privilégiée ...	308
A. - Le droit de gage général, effet de la créance	308
B. - Le privilège, qualité de la créance	310
§ 2. - La propriété-garantie	312
A. - L'hypothèse d'un droit réel de disposition	312
B. - Le caractère personnel de l'aliénation fiduciaire	315
1°. - L'aptitude d'un bien à devenir l'accessoire d'une créance	315
2°. - Les obligations personnelles	317
§ 3. - L'obligation de ne pas disposer	318
A. - La clause d'inaliénabilité et le pacte de préférence	318
B. - Le « gage-espèces »	320

SECTION II. - L'admission dans le domaine du droit réel de disposer	323
§ 1. - <i>L'inadaptation des qualifications personnelles au droit de l'exploitant de carrières</i>	324
A. - La qualification de bail de l'immeuble	324
B. - La qualification de vente de meubles par anticipation	325
C. - La qualification hybride ou successive de bail et de vente	326
§ 2. - <i>La reconnaissance d'un droit réel de disposer dans le droit de l'exploitant de carrières</i>	328
Conclusion du CHAPITRE II	330
Conclusion du TITRE I	331

TITRE II.	
ESQUISSE DU RÉGIME	
DU DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI	
POUR SON PROPRE COMPTE	333

CHAPITRE I.	
LE DROIT COMMUN	
DU DROIT RÉEL DE DISPOSER	335

SECTION I. - La constitution du droit réel de disposer	336
§ 1. - <i>Les auteurs de l'acte constitutif du droit réel de disposer</i>	336
A. - Le législateur	337
1°. - Les droits réels de disposer légaux	337
2°. - La prescription du droit réel de disposer	338
B. - Le juge	339
C. - Le contrat	339
§ 2. - <i>La forme de l'acte constitutif du droit réel de disposer</i>	341
A. - Le formalisme de la constitution du droit réel de disposer	341

1°. - Le formalisme substantiel de la constitution du droit réel de garantie	342
a) Le formalisme solennel	342
1. Le fondement du formalisme hypothécaire	342
2. La sanction du formalisme hypothécaire	343
b) Le formalisme réel	345
1. L'opposabilité du gage aux tiers	346
2. La protection du créancier gagiste	347
3. La protection du débiteur grevé	350
2°. - Le consensualisme atténué de la constitution du droit réel de quasi-usufruit	351
B. - Les formalités de la constitution du droit réel de disposer	352
1°. - Les formalités d'opposabilité et de preuve du droit réel de disposer d'un bien mobilier	352
2°. - Les formalités d'opposabilité et de preuve du droit réel de disposer d'un bien immobilier	353
§ 3. - L'objet de l'acte constitutif du droit réel de disposer	354
A. - La chose grevée	354
1°. - Un bien	355
2°. - Un bien disponible	356
a) L'exclusion du droit réel de disposer des biens inaliénables ou insaisissables	356
b) L'admission de droits réels de disposer successifs sur le même bien	358
3°. - Un bien déterminable	358
a) Un bien présent	359
b) Un bien individualisé	362
B. - L'acte de disposition	363
SECTION II. - L'extinction du droit réel de disposer	365
§ 1. - Les causes d'extinction du droit réel de disposer	365

512 DROIT DE DISPOSER DU BIEN D'AUTRUI POUR SON PROPRE COMPTE

A. - Les causes d'extinction communes aux droits patrimoniaux	366
1°. - La disparition du support du droit	366
2°. - La modification de l'élément destinataire du droit	367
3°. - La manière de faire usage du droit	368
B. - La cause d'extinction propre au droit réel de disposer : l'exercice du droit réel de disposer	368
§ 2. - Les suites de l'extinction du droit réel de disposer	369
A. - La restitution exigible	370
1°. - La restitution exigible en matière de gage	371
a) Le principe de la restitution en nature	371
b) La restitution anormale (ou en valeur)	372
2°. - La restitution exigible en matière de quasi-usufruit	372
a) La restitution en équivalent	373
b) La restitution en valeur	375
c) La restitution en équivalent et en valeur	377
B. - L'action en restitution	378
1°. - L'action en revendication	378
a) L'action en revendication du nu-propriétaire et la nature de la subrogation réelle	379
1. La nature corrective de la subrogation réelle	379
2. La nature subsidiaire de la subrogation réelle	381
b) L'action en revendication du nu-propriétaire et les conditions de réalisation de la subrogation réelle	382
1. L'existence d'une destination en valeur commune au bien nouveau et au bien ancien	382
2. La preuve du double lien d'équivalence et de provenance du bien nouveau et du bien ancien	385
2°. - L'action personnelle en restitution	389
Conclusion du CHAPITRE I	390

CHAPITRE II.**LES RÉGIMES SPÉCIAUX DU DROIT RÉEL DE DISPOSER ..**

393

SECTION I. - La spécificité du régime du droit réel de disposer tenant à l'objet auquel s'applique le droit

394

§ 1. - L'opposabilité du droit réel de disposer de biens incorporels

394

A. - L'opposabilité limitée du droit réel de disposer des biens incorporels fugitifs

395

1°. - La possession de la créance grevée

395

2°. - L'information du débiteur de la créance grevée

397

B. - L'entierement des biens incorporels inscrits en compte ?

399

C. - La publicité du droit réel de disposer des biens incorporels localisables

401

§ 2. - L'efficience du nantissement de biens incorporels

402

A. - La perfection du nantissement : les solennités

402

1°. - Le nantissement de créances

403

2°. - Le gage de compte d'instruments financiers

404

3°. - Le gage des autres biens incorporels

405

B. - L'efficacité du nantissement : le droit de rétention

406

Conclusion de la section I

408

SECTION II. - La spécificité du régime du droit réel de disposer tenant au contrat dans lequel est enchâssé le droit

409

§ 1. - Droit réel de disposer et contrats translatifs de détention

410

A. - Contrat de bail et quasi-usufruit

410

B. - Contrat de gage et quasi-usufruit

412

C. - Contrat de dépôt et quasi-usufruit

413

1°. - La notion de dépôt irrégulier

413

a) Un dépôt porteur d'un quasi-usufruit	414
b) La distinction du dépôt irrégulier et du prêt de consommation	417
2°. - L'hypothèse du dépôt bancaire	419
a) Le mécanisme du dépôt bancaire	421
b) Les opérations juridiques sur le dépôt bancaire	424
§ 2. - <i>Droit réel de disposer et contrats translatifs de propriété</i>	425
Conclusion du CHAPITRE II	427
Conclusion du TITRE II	428
Conclusion de la PARTIE II	429
Conclusion générale	431
TABLE DES ABRÉVIATIONS	435
BIBLIOGRAPHIE	439
INDEX	483
TABLE DES MATIÈRES	497