



HAL
open science

Les définitions dans l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil

Julie Payet

► **To cite this version:**

Julie Payet. Les définitions dans l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2012, 14, pp.139-245. hal-02544484

HAL Id: hal-02544484

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544484v1>

Submitted on 16 Apr 2020

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.

DROIT DES BIENS

Les définitions dans l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil

Julie PAYET¹

*Master II Droit du Patrimoine – Droit Notarial
Université de La Réunion - Faculté de Droit et d'Économie – promotion 2009/2010*

« Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre.
Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre ».

J-E-M. PORTALIS, Discours préliminaire du Code civil.

1/ Le vent de la réforme souffle sur notre « Constitution civile² » Le Code civil, comme le disait Carbonnier « garde le trésor des notions fondamentales. C'est à lui que les autres secteurs du droit viennent demander leur outillage juridique. Son Code est pour la communauté des juristes le livre de référence ». En effet, le Code civil reste le « carrefour idéologique et juridique³ » à l'aide duquel notre société française s'est bâtie et continue de le faire, même si de nombreuses transformations sont intervenues depuis 1804 afin de prendre en compte de nouvelles réalités. Les changements qui ont été opérés dans le Code civil ont effectivement déjà été entamés. « Une fièvre de rénovation du Code s'est emparée de la doctrine française⁴ ».

¹ L'auteur figure parmi les lauréats du « Concours de mémoires » organisé par la RJOI pour la promotion 2009/2010

² J. CARBONNIER, *Le Code civil, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, 2004, Paris, Dalloz, Litec, p. 33. La formule est d'ailleurs reprise par notre ancien Président de la République Jacques Chirac dans son message lors du bicentenaire du Code civil.

³ C. PONCELET, *Le Code civil, in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, 2004, Paris, Dalloz, Litec, p. 5.

⁴ F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, n°1, p. 211.

2. Les réformes du droit des personnes, du droit des incapacités et du droit de la famille. – C'est sans doute le droit des personnes, des incapacités et surtout de la famille qui en ont été les principaux bénéficiaires : depuis les réformes Carbonnier des années 1960 jusqu'aux lois récentes : la loi sur le PACS du 15 novembre 1999, la loi du 3 décembre 2001 réformant partiellement le droit successoral, la loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale, la loi du 26 mai 2004 sur le divorce, la loi réformant les successions et les libéralités du 23 juin 2006 et celle du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs.

3. Les réformes concernant la preuve, la responsabilité du fait des produits défectueux, les sûretés, la prescription...et les contrats. – Certes la loi du 13 mars 2000 a réformé le droit de la preuve pour l'adapter aux nouvelles technologies et la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique a précisé le moment de la formation du contrat électronique (cf. art. 1369-5 C. civ.) ; certes, également, la loi du 19 mai 1998 a ajouté un nouveau régime de responsabilité du fait des produits défectueux ; certes, une importante réforme des sûretés est intervenue par la loi du 23 mars 2006 ; certes, la loi du 17 juin 2008 est venue modifier le régime de la prescription ; certes, enfin, une réforme du droit de la responsabilité et des contrats est en cours. Mais des pans entiers sont demeurés inchangés ou presque, du moins dans leur lettre.

4. Un nouveau droit des contrats ? – Ainsi en est-il du droit des obligations et, plus spécialement du droit des contrats, dont les projets de réforme n'ont cessé de se multiplier suscitant colloques et débats¹. Mais la réforme est toujours à l'étude et peut-être viendra-t-elle de l'Union européenne puisque la Commission européenne a récemment mis en place un groupe de travail chargé d'élaborer un « *cadre commun de référence en droit européen des contrats*² » et, lancé une consultation depuis le 1^{er} juillet sur ce droit européen des contrats³.

5. Le réveil du droit des biens, matière « *entrée dans le sommeil aussitôt après la promulgation du Code civil*⁴ ». – Il eut été incongru de laisser de côté le droit des biens, ce droit réputé vieux, ce qui fait dire à certains qu'il est

¹ Avant-projet de réforme du droit des obligations présenté par le groupe de travail présidé par le Professeur Pierre CATALA et remis au Garde des sceaux en septembre 2005 (v. *RDC* 2006/1) ; avant-projet de réforme du droit des obligations proposé par la Chancellerie (sur lequel cf. R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats, premières impressions », *JCP* 2008, I, 190) ; la proposition de réforme du droit des contrats émanant du groupe de travail présidé par le Professeur François TERRÉ (*Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009).

² B. FAUVARQUE-COSSON, « Contrats et obligations, Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats », *D.* 2010, n° 22, p. 1362.

³ B. FAUVARQUE-COSSON, « Lancement d'une consultation sur le droit européen des contrats », *D.* 2010, n° 26, p. 1696.

⁴ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°1, p. 297.

« poussiéreux ». En effet, il n'a fait l'objet que de très peu de modifications depuis 1804. C'est pourquoi des auteurs proposent aujourd'hui une refonte du Livre II du Code civil intitulé « *Des biens et de différentes modifications de la propriété* ». Selon eux, il serait difficilement justifiable de laisser le droit des biens en dehors du grand mouvement de rénovation. D'autres auteurs pensent qu'il aurait été plus judicieux de commencer par la recodification du droit des biens¹. Ils considèrent effectivement que la réécriture du droit des biens aura sûrement une influence sur des matières déjà réformées, telles la prescription et les sûretés, ou encore sur certaines régions du droit des obligations, dont une réforme est en cours. Malgré le retard, une proposition de réécriture est née. Le Livre II du Code civil est complètement réécrit. L'Association Capitant s'est attelée à la tâche et s'est à la fois érigée en promoteur et en maître d'œuvre de la recodification.

6. L'engagement de l'Association Capitant. – L'Association Capitant s'est engagée dans des travaux ayant pour objet une réforme du droit des biens (section 1). Elle a, dans le but de parvenir au mieux à ses objectifs, élaboré des propositions, que l'on retrouve sous la forme d'un avant-projet de réforme du droit des biens. Parmi ces objectifs, telles la suppression de textes inutiles ou redondants, la rénovation du plan du Livre II, la clarification de certaines notions..., figurent des propositions de définitions (section 2). L'on sait bien que les définitions sont périlleuses dans l'exercice de l'art législatif, mais les membres du groupe de travail sélectionnés par l'Association Capitant s'y sont risqués.

Section 1 : Une réforme du droit des biens

7. Des moyens et des objectifs. – L'Association Capitant a privilégié l'efficacité et l'équilibre dans les moyens fournis pour réaliser des travaux dignes d'une réforme d'ampleur concernant une matière centrale et importante de notre droit positif. Les objectifs qu'a voulu atteindre le groupe de travail sont des objectifs de forme et des objectifs de fond. Des moyens (§1) sont donc mis en place pour essayer de parvenir à la réalisation de leurs objectifs (§2). Les membres du groupe de travail ne prétendent pas faire une réforme irréprochable et, attendent des critiques, les espèrent même, afin d'améliorer les dispositions qu'ils ont élaborées².

§1 – Les moyens

8. L'Association Capitant. – L'Association Henri Capitant a été fondée en 1935 par le grand civiliste dont elle porte le nom. Elle a d'abord été conçue

¹ F. ZENATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique » *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, n°3, p. 214.

² M. GRIMALDI, *in, Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 5.

comme une association internationale de droit comparé réunissant les juristes français et visant à mettre en exergue les qualités et les valeurs de la culture juridique française. Elle est ensuite devenue *l'Association des Amis de la Culture juridique française* et, au-delà de la mise en valeur de la culture juridique française, elle s'intéresse également à la culture juridique romaniste. Son Président se trouve en la personne du Professeur Michel Grimaldi.

9. Ses actions. – L'Association organise chaque année des Journées internationales dans un pays différent afin de débattre sur des thèmes donnés. Ce fut le cas, par exemple en 2005 au Brésil, sur *le contrat* ou encore en 2010 en Roumanie, sur *les successions*. L'ouverture sur le monde est l'une des principales préoccupations de l'Association. Des Journées nationales sont également organisées, notamment en 2009 au Mans, sur *l'aléa*.

L'Association s'est petit à petit intéressée à la modernisation du droit civil français. Sa première initiative a été de créer une commission afin de réformer le Code civil. Une clarification de notre droit français et son rayonnement dans l'ordre international lui ont paru indispensables. En 2004, ayant pris conscience des réformes déjà intervenues en droit des personnes, de la famille, des successions...l'Association Capitant voulut s'intéresser au droit des obligations, des biens et des sûretés. De plus, dans un contexte de mondialisation et de globalisation, une mise en concurrence des différents droits nationaux semble caractériser le XXIème siècle. Un droit concurrentiel et accessible était donc nécessaire.

10. Ses travaux. – Après une réforme des sûretés aboutie par l'ordonnance du 23 mars 2006 et un parrainage aux travaux proposant une réforme du droit des obligations, des contrats et de la responsabilité civile, présidés par le Professeur Pierre Catala, l'Association Capitant a mis sur pied une proposition de réforme du droit des biens. L'idée de cette réforme a été prise sur l'initiative du Président d'honneur de l'Association, Philippe Malinvaud. Une commission a donc été composée afin de prendre en compte les différents domaines juridiques intéressant le droit des biens.

11. Un groupe de travail. – La composition d'un groupe de travail a été entreprise dans un souci d'efficacité et d'harmonie. Une osmose entre les universitaires et les différentes professions juridiques a été indispensable afin de travailler de manière cohérente et de prendre en compte, autant que possible, tous les aspects juridiques intéressant le droit des biens. Ainsi ont été sollicités le Conseil National des Barreaux, le Conseil Supérieur du Notariat, la Cour de cassation et l'Ordre des géomètres-experts. La commission a été composée des représentants de chaque Ordre et Conseil.

La commission est présidée par Hugues Périnet-Marquet, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II) et est composée de plusieurs membres.

L'intégralité des articles a fait l'objet de discussions entre les différents membres de la commission et cent cinq heures de travail ont été nécessaires afin d'élaborer au mieux la rédaction des nouveaux textes. Après de nombreuses recherches de consensus et de cohérence tout le monde a donné son accord sur la rédaction finale de cet avant-projet, élaborée fin avril 2008, pour sa présentation en novembre 2008. Des modifications finales ont encore été apportées à l'avant-projet en mai 2009.

§2 – Les objectifs

« *Le temps des réformes*¹ » ouvre la voie à la recodification de notre Code civil. Pour certains auteurs, la recodification est une codification. Il ne s'agit pas de mettre à jour le Code civil afin de mieux répondre aux besoins de la société, mais de refaire le Code². L'Association Capitant a procédé à une recodification et continue sur cette lancée avec le droit des biens.

12. Évolutions de la société. – Nourrie des évolutions des idées, de la réalité sociale, de la pratique et de la jurisprudence, cette réforme ne pouvait que voir le jour. Le président de la commission chargée de proposer une réforme du droit des biens annonce que le droit ne peut rester figé et qu'il doit nécessairement suivre les évolutions de la société qu'il régit. Ces évolutions ont bouleversé déjà bien des domaines, notamment le droit de la famille et des personnes. Pourquoi alors laisser le droit des biens à l'écart ? L'Association Capitant a donc considéré qu'il était nécessaire d'adapter aussi le droit des biens aux évolutions d'autant plus que cette partie du Code leur paraît désuète. Il est alors indispensable de la mettre en phase avec une société moderne « *où l'immeuble rural n'est plus qu'une source secondaire de richesse* »³. Depuis 1804, en effet, le droit des biens n'a connu que très peu de modifications. L'apparition de divers biens incorporels, des volumes rend utile la rénovation de certains articles. De nouveaux concepts, de nouveaux objets, de nouvelles techniques formeraient-ils un droit régénéré des biens⁴ ? Des obstacles se manifestent tout de même : les propriétés incorporelles soumises à une législation spéciale sont écartées du droit commun des biens ; les techniques du droit commercial, au travers de la multiplication des fonds (artisanal, agricole, civil), sont trop spéciales pour être intégrées aux dispositions du Code civil ; la

¹ R. CABRILLAC, *Les codifications*, Puf, coll. *Droit, éthique, société*, 2002, p. 126.

² F. ZENATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique » *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, n° 2, p. 213.

³ H. PÉRINET-MARQUET, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 8.

⁴ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°5, p. 302.

règlementation de la clause de réserve de propriété dépasse largement le cadre de cette réforme... Autant de nouveautés qui tendent à s'écarter du droit des biens¹ et autant de raisons incitant à le rénover.

13. Clarification et simplification. – La conviction des membres de la commission était claire : « *il n'y a pas de fatalité dans l'alourdissement et la complexification de la norme, et il est encore possible de faire simple*² ». L'approche de cet avant-projet se veut pragmatique et consiste pour l'essentiel à faciliter l'usage des articles par tout le monde. Ainsi en est-il des actions possessoires qui seraient intégrées dans les actions de droit commun³ ou encore de la distinction des servitudes continues et discontinues et des servitudes apparentes et non apparentes. Le langage a été modernisé et des définitions absentes ont été proposées. Les articles sont courts, brefs et concis. Nombre d'articles ont également été supprimés : d'environ deux cents articles dans le Code civil, l'avant-projet passe à cent cinquante.

14. Innovations. – Des nouveautés se retrouvent sur la forme et sur le fond. Sans exhaustivité, en voici quelques-unes.

15. Sur la forme. – Le plan du Livre II rénové fait apparaître dans un titre 1^{er}, le patrimoine et les biens qui le composent. La propriété, la possession et la détention sont toutes les trois rapprochées et sont intégrées dans un même titre. Un dernier nouveau titre fait son entrée, celui concernant les relations de voisinage.

16. Sur le fond. – D'autres innovations apparaissent sur le fond. La commission prend en compte l'incorporel, notamment dans les définitions fondamentales telles que la définition des biens (*cf.* article 520) ou celle de l'usufruit (*cf.* article 575)... Une innovation mérite également d'être soulevée, celle de l'institution de **l'acte de notoriété**. L'avant-projet consacre en effet l'acte de notoriété issu de la pratique notariale et lui confère une certaine force probante. Cette pratique est particulièrement répandue à La Réunion où les indivisions successorales non partagées se succèdent et se superposent de génération en génération sans que les « occupants » puissent se prévaloir d'un titre de propriété. L'acte de notoriété constate alors, notamment sur la base de témoignages, que les conditions de l'usucapion sont remplies (possession et durée). Mais en droit positif, il est difficile d'accorder la moindre valeur juridique à cet acte puisque seul le juge est apte à reconnaître que la possession prolongée vaut titre. L'acte de

¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°4, p. 302.

² W. DROSS ET B. MALLET-BRICOUT, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.* 2009, p. 509.

³ J.-L. BERGEL, « Vers une réforme du droit des biens dans le Code civil ! », *Droit de l'immobilier et urbanisme*, 2008, n°1, p. 1.

notoriété ne fait qu'exprimer l'avis, certes éclairé, du notaire. L'avant-projet innove en admettant que l'acte de notoriété fasse foi de la possession jusqu'à preuve contraire (cf. article 546). Il constitue donc une présomption simple puisqu'il opère un renversement de la charge de la preuve. Plus précisément, il présume le fait de possession grâce auquel un juge devrait, s'il était saisi, reconnaître l'usucapion. C'est une innovation particulièrement importante pour La Réunion bien qu'elle ne réponde que partiellement aux vœux des notaires qui voudraient que l'acte de notoriété ait valeur de titre de propriété au bout d'un certain nombre d'années (5 ans par exemple) et ne puisse plus être contesté.

D'autres changements sont visibles : la simplification de la distinction des meubles et immeubles, les règles régissant les usufruits portant sur des universalités ou des biens incorporels, l'intégration de la création prétorienne des troubles anormaux de voisinage... La création d'une nouvelle catégorie de droits réels ne portant que sur une ou plusieurs utilités d'un bien : le droit réel de jouissance spéciale (cf. article 608), constitue l'une des innovations les plus importantes. En effet, la question du *numerus clausus* des droits réels tant controversée en doctrine serait ici neutralisée. Certes la tendance classique est de dire que les droits réels ont un caractère limitatif afin d'éviter que les particuliers gênent la collectivité et la protection des tiers en créant à leur guise des droits réels sur leurs biens. Mais, la tendance opposée est de dire qu'aucun texte du Code civil n'interdit formellement la création de nouveaux droits réels dès lors que la volonté individuelle ne heurte pas l'ordre public¹. La Cour de cassation l'a d'ailleurs admis depuis longtemps dans son célèbre arrêt *Caquelard*². Avec l'avant-projet, le caractère limitatif des droits réels serait enfin clairement abandonné. Reste à savoir si la controverse classique sera éteinte par le texte proposé...

17. Le choix des objectifs. – La commission a entendu mettre les dispositions du droit des biens en cohérence avec les réformes en cours ou achevées. Elle a également souhaité travailler en ne faisant pas triompher telle ou telle doctrine. Elle s'est concentrée sur les réponses qu'elle pouvait apporter aux besoins de la pratique, sur ce qu'elle pouvait faire entrer ou au contraire sortir du Livre II du Code civil.

18. Les modèles étrangers. – À l'heure où sonne l'apogée de la rénovation de notre Code civil, l'Association Capitant s'est attachée à rendre le droit des biens un peu plus moderne et plus ouvert, comme le sont déjà de nombreux droits étrangers : le droit brésilien des biens, par exemple, inclut la copropriété et les avant-contrats en matière de droit réel ; le droit suisse inclut le gage immobilier ; le Québec introduit le droit du trust dans son Livre IV sur les droits réels

¹ F. TERRÉ ET P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7ème éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°52, p. 60.

² Cass. Req., 13 févr. 1834, S. 1834, 1, 205 ; D. 1834, 1, 218 ; cité par C. ATIAS, *Droit civil. Les Biens*, 9^{ème} éd., Litec, 2007, n° 71, p. 51.

principaux...¹. L'introduction de nouvelles définitions générales dans le Code civil apparaît comme l'une des préoccupations majeures de la commission tant définir est un légendaire péril.

Section 2 : Des définitions en droit des biens

19. Définir. – « De même que le fleuve érode les berges ou y dépose des alluvions, le temps a fait son œuvre pour une part destructive, pour une autre constructive, sur le langage juridique² ». L'une des faiblesses du Code civil français, par rapport au BGB (Code civil allemand), est le manque de définitions³. En effet, contrairement aux législations anglo-saxonnes, qui fixent dans la loi des définitions pour donner le sens technique des mots, le législateur français s'abstient de le faire, se souvenant peut-être de ce que disait le Digeste : « *omnis definitio periculosa est* »⁴. Il ne faut pas non plus confondre Code civil et vocabulaire juridique. Certains pensaient même que les définitions n'avaient rien à faire dans la loi, car elles n'ont pas de valeur normative. Sauf que tout le système juridique français repose sur des règles de droit s'exprimant à l'aide de définitions⁵. Cependant, des interrogations peuvent être soulevées : que doit-on définir ? Qu'est-ce que définir ? Quelle définition donner à la définition ? « Le droit constitue une matière réputée touffue et aride⁶ », écrit un auteur. C'est pourquoi il est indispensable de retenir des définitions précises et synthétiques de chaque terme juridique. C'est la tâche à laquelle les rédacteurs de l'avant-projet se sont attachés en matière de droit des biens. La rigueur du langage juridique est primordiale pour comprendre cette science qu'est le droit. Il convient alors de comprendre ce qu'est une définition (§1) et d'expliquer brièvement l'histoire des notions propres au droit des biens (§2).

§1 - Les définitions

20. Que doit-on définir ? – Pour éviter la polysémie, le législateur doit donner lui-même la définition de certains termes et de certaines notions⁷. Il existe ainsi, dans la loi, de nombreuses définitions. Le champ ouvert à la définition résulte de l'association de trois critères :

¹ M. GORÉ, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 105.

² P. MALINVAUD, Préface, in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2^{ème} éd., Puf, coll. *Quadrige*, 2001, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, p. III.

³ P. MALINVAUD, « Vive les définitions », *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 519 et s.

⁴ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 1999, n°186, p. 201.

⁵ P. MALINVAUD, « Vive les définitions », *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 519 et s.

⁶ Avant-propos R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif droit dico*, 2008.

⁷ G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2005, n°22, p. 104.

*La définition porte sur **des mots**. Sont donc exclus, d'une part, les unités de décomposition du mot, telles que les préfixes, suffixes... et, d'autre part, les énoncés et les adages. Les mots sont considérés comme des entrées, au sens de commencement d'une chose.

*Concernant les termes de la **langue française**, l'évidence ne valait peut-être pas la peine d'être soulevée. Cependant, la langue française n'est pas simple, il convenait de le souligner. Ses applications sont fragiles et elle appelle de nombreuses exceptions.

*Les **termes juridiques** sont isolés du vocabulaire de la langue française, mais le vocabulaire juridique est commun à toutes les disciplines juridiques¹. Concernant les termes économiques et sociologiques, on retiendra le sens juridique qu'ils peuvent avoir ou les données d'ordre économique ou sociologique (par exemple, dépenses, patrimoine...) qui entrent dans les définitions des termes juridiques.

21. Qu'est-ce que définir ? – Dans la préface du grand dictionnaire d'Antoine Furetière, abbé de Chalivoy, de l'Académie française, Pierre Bayle confère ses titres de noblesse à la fonction définitoire : « *Le grand défaut qui règne pour l'ordinaire des lexicons des langues savantes et surtout dans les dictionnaires polyglottes, c'est qu'on y voit bien les rapports d'un mot à un autre, mais non pas aussi souvent qu'il faudrait la définition des choses signifiées par les mots. C'est néanmoins ce qu'il y a de plus nécessaire à savoir. Car que me sert de pouvoir nommer en plusieurs façons une même chose, si je ne suis pas capable d'en donner une bonne définition ? Que m'importe par exemple qu'un niveau ait tel nom en latin, en grec, en allemand si je ne sais ce que c'est au fond un niveau ?²* ».

L'action définitoire est difficile. Pour l'essentiel, définir signifie extraire le sens que le droit attache à un terme et l'énoncer dans une définition³. Définir c'est, d'une part, recenser un fait linguistique et, d'autre part, rechercher la rationalité cachée dans ce fait linguistique.

22. La définition de la définition. – Parce que deux conceptions s'opposent, il existe deux définitions de la définition :

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. IX.

² *In La dictionnaire universel*, contenant généralement tous les mots français tant vieux que modernes et les termes de toutes les sciences et des arts, le tout extrait des plus excellents auteurs anciens et modernes recueilli et compilé par messire Antoine Furetière, publié à La Haye et à Rotterdam en 1960, cité par G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2005, n°14, p. 59.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. X.

***La définition formelle** est donnée, dans une loi, par une sorte de convention de langage, comme une sorte de *préinterprétation* officielle des termes de la loi, en indiquant le sens dans lequel ces termes doivent être pris pour l'application de cette loi. La définition est alors l'indication du sens déterminé d'un terme employé dans un texte législatif donné. La définition terminologique constitue un élément accessoire de la loi qui l'énonce et non un élément essentiel de l'ordre juridique auquel la loi se réfère¹.

***La définition réelle**, elle, se réfère *in media res* à la catégorie juridique qu'elle exprime, pour énoncer, doctrinalement, la notion juridique à laquelle elle correspond dans l'ensemble du système juridique. Elle est de nature à chasser la polysémie et à faire régner l'unité dans le vocabulaire juridique. Elle détermine substantiellement les éléments et les attributs spécifiques du concept envisagé. Cornu disait que la définition réelle est appelée à saisir la nature des éléments de l'ordre juridique dans l'association de leurs conditions et de leurs effets. La définition énonce les éléments de la chose à définir et intègre les fonctions juridiques de celle-ci.

Comment ces définitions s'appliquent-elles au droit des biens ?

§2 - Le droit des biens

23. Éléments d'histoire du droit des biens. – Il va de soi, qu'il faudrait plus que quelques lignes d'une introduction pour pouvoir relater au mieux l'histoire passionnante du droit des biens et prendre le recul nécessaire afin de comprendre cette matière que certains auteurs qualifient de « *fausse spécialité*² », sans doute parce qu'elle est générale et correspond davantage à un droit commun (tel que les obligations ou le contrat) qu'à un droit spécial.

Tout d'abord, le droit des biens est le fruit d'une histoire qui puise ses racines à la fois dans le droit romain et dans la conception romaniste de Bartole³ qui a revisité le droit romain.

Ensuite, les conceptions du Code civil ont marqué une rupture avec le système féodal et en particulier avec celui de la propriété foncière qui superposait le domaine utile (celui des tenanciers qui exploitaient les terres) et le domaine éminent (celui du seigneur).

¹ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 1999, n°188, p. 202.

² F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, p. 211.

³ Voir à propos de cet auteur, P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996, p. 47.

Enfin, la conception du droit des biens du Code civil reprend l'esprit physiocratique dans lequel l'immeuble est la principale richesse. C'est l'héritage qui est transmis de génération en génération.

24. Les définitions en droit des biens. – La commission tente de définir certaines notions qui ne l'ont pas été auparavant ou, du moins, pas sous forme codifiée. Les rédacteurs vont essayer d'éliminer l'équivoque et d'introduire de la clarté dans les corps de règles. C'est ainsi que la commission intégrera de nouvelles définitions, en modifiera certaines et en ignorera d'autres.

Tantôt les rédacteurs s'inspirent directement de la législation actuelle, de la doctrine et/ou la jurisprudence. Ils reprennent les définitions qui en ressortent pour les intégrer à leurs propositions. Celles-ci sont donc imprégnées de tradition. Mais la tradition est rarement uniforme. Elle prend parfois plusieurs directions entre lesquelles il faut choisir. Les rédacteurs de l'avant-projet, quoique fidèles à la tradition, devaient donc parfois choisir entre plusieurs traditions. Ce fut par exemple le cas pour le patrimoine ou la notion de biens.

Tantôt les rédacteurs décident de s'écarter de la tradition en faisant preuve de nouveauté, en procédant à des modifications rendues nécessaires par l'apparition de nouvelles questions. Ces définitions nouvelles ou renouvelées sont alors empreintes de modernité. Une modernité que consacre l'avant-projet, mais au bout de laquelle il ne va peut-être pas...

Les définitions proposées par l'avant-projet oscillent donc entre tradition (1^{ère} partie) et modernité (2^{ème} partie).

PREMIERE PARTIE - TRADITION

La tradition s'exprime de deux façons dans l'avant-projet. D'une part, des solutions traditionnelles qui ne prêtent pas à débat ou font l'objet d'un large consensus sont reprises. C'est le suivi d'une tradition (chapitre 1). D'autre part, l'avant-projet prend position sur certaines définitions qui font l'objet de débats doctrinaux. C'est le choix d'une tradition (chapitre 2).

Chapitre 1 – Le suivi d'une tradition

L'avant-projet reprend assez largement des solutions traditionnelles. Il est des reprises à l'identique et des reprises assorties de compléments. Autrement dit, des confirmations (section 1) et des précisions (section 2).

Section 1 : Confirmations

Non seulement l'avant-projet reprend des textes de droit positif, mais il consacre également la jurisprudence et/ou la doctrine en créant de nouvelles définitions ou en enrichissant des définitions actuelles. Dans le premier cas, l'avant-projet confirme une tradition écrite (§1) ; dans le second, il confirme une tradition non écrite (§2).

§1 – Confirmation d'une tradition écrite

Cette tradition écrite concerne évidemment les textes législatifs déjà existants qui sont repris par les rédacteurs de l'avant-projet, pour certains, et clarifiés ou simplifiés pour d'autres. On peut alors, d'une part, constater une reprise pure et simple des textes (A) et d'autre part, une réécriture des textes (B).

A- Reprise des textes

La classification des meubles et des immeubles (1), la définition de l'usufruit (2) et la définition des servitudes (3) sont retenues par l'avant-projet, comme ancrées dans le marbre de la loi.

1/ La classification des meubles et immeubles

25. Summa divisio. – La *summa divisio* en droit des biens, qui est celle des meubles et des immeubles (a), est reprise par l'avant-projet (b), en tant qu'elle est « imposée par la nature des choses »¹.

a- Le Code civil

26. Principe. – « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Un principe est alors dégagé, une distinction majeure constatée.

27. Nature physique. – Tout d'abord, la fixité caractérise l'immeuble et la mobilité caractérise le meuble. Ce critère est lié à l'étymologie et constitue un critère physique lié à la nature des choses². Cependant, des limites peuvent être soulevées. S'agissant de distinguer les meubles et les immeubles corporels, on admet que ce critère semble assez naturel et justifié.³

¹ P. SIMLER, « Meubles et immeubles », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 33.

² G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, op. cit., p. 31.

³ Ex. : un bâtiment de 9 étages déplacé sur 5 mètres pour être aligné sur les autres (cf. G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, op. cit., n°12, p. 31).

28. Valeur. – Si la classification repose essentiellement sur la nature physique des choses, elle peut aussi trouver sa justification sur le critère de la valeur des choses. Le droit romain opérait une distinction entre les *res Mancipi*, choses précieuses limitativement énumérées et les *res nec Mancipi*. Les premières ne pouvaient être cédées qu'en respectant certaines formalités (*Mancipatio* ou *in jure cessio*) tandis que les secondes l'étaient par la simple *traditio*.

29. Affectation. – La volonté individuelle peut également exercer une forte influence sur la qualification des meubles et des immeubles. La distinction des meubles et des immeubles dépendra donc de l'affectation des biens voulue par les personnes.

b- L'avant-projet

30. « *Summa divisio perpetuum*¹ ». – Cette conception classique de la distinction des biens meubles et immeubles consacrée par notre Code civil est reproduite par les rédacteurs de l'avant-projet. Ils pérennisent la distinction des meubles et des immeubles comme base essentielle du droit des biens. La hiérarchie entre les biens est reprise et réaffirmée. Pourrait-on même dire que cette distinction est renforcée, car l'avant-projet lui consacre un titre entier (le Titre II) ? Existe-t-il encore aujourd'hui une hiérarchie telle entre les biens au point de la souligner avec insistance ? L'immeuble occupe-t-il une place encore primordiale dans notre droit contemporain ? La *summa divisio* se perpétue avec l'avant-projet.

31. *Summa divisio* ? – L'intérêt de cette distinction peut se justifier au regard de la nature des choses, notamment concernant l'aliénation des biens. Les aliénations immobilières et les constitutions de droits réels sont soumises à une condition de publicité, tandis que les opérations mobilières ne font l'objet d'aucune publicité, sauf exception pour certains meubles (aéronefs, brevets, marques...). Un autre intérêt peut être souligné, mais semble moins justifié aujourd'hui, celui de la valeur des choses. En effet, par l'accroissement de la catégorie des meubles (valeurs mobilières, titres négociables...), on peut se demander si la distinction peut toujours trouver l'un de ses fondements dans l'idée de valeur. En revanche, la fonction sociale des choses² pourrait également être considérée comme un intérêt en ce que l'immeuble est signe de richesse, d'importance politique et familiale, alors que le meuble est plutôt signe d'objet de commerce. Au final, quoique nuancé, l'intérêt de la distinction demeure et celle-ci méritait sans doute d'être conservée.

¹ F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, p. 220.

² G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, p. 34.

Une réserve mérite cependant d'être faite. Certes, cette distinction doit être conservée, mais doit-elle encore être érigée en *summa divisio* ? En effet, le critère de la fixité s'applique très bien dans l'ordre corporel des choses, mais *quid* de l'ordre incorporel ? Un droit, il n'est ni fixe ni mobile, c'est une abstraction. Une chose incorporelle, telle qu'une invention ou un fonds de commerce, n'est ni fixe ni mobile. Le critère de la fixité ne joue pas dans cette catégorie. Il aurait peut-être été envisageable de fonder la *summa divisio* sur la distinction entre les biens corporels, parmi lesquels on retrouverait la distinction meubles-immeubles, et les biens incorporels.

2/ La définition de l'usufruit

32. Principe. – L'usufruit est un droit réel démembrement qui confère à son titulaire le pouvoir d'user et de jouir des biens ne lui appartenant pas, à charge de les conserver. L'avant-projet conserve cette conception classique de l'usufruit, admise depuis longtemps par la doctrine.

a- Le code civil

33. Définition. – L'article 578 du Code civil dispose que : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

34. Un droit réel. – L'usufruit confère à son titulaire un véritable droit réel sur les biens qui en sont l'objet. D'une part, l'usufruit est susceptible de possession et même d'hypothèque. D'autre part, contrairement au bailleur (art. 1720 al. 2 C. civ.), le nu-propiétaire n'est pas tenu de réparer la chose durant l'usufruit (art. 605 C. civ. et jurisprudence).

35. L'usus et le fructus. – L'usufruitier est investi de l'usus et du fructus, non de l'abusus.

*S'agissant de *l'usus*, l'usufruitier a le droit de se servir de la chose de la même manière qu'un propriétaire.

*S'agissant du *fructus*, l'usufruitier peut recueillir tous les fruits que procure la chose. Les produits, en revanche, en ce qu'ils participent de la substance de la chose, reviennent au nu-propiétaire. C'est à propos de l'usufruit que le Code civil opère la distinction entre les fruits et les produits et règle la question des modalités de leur perception.

36. Les obligations de l'usufruitier. – Si le Code civil ne dresse aucun inventaire de ces obligations, il est possible de les regrouper autour de deux idées : pèse tout d'abord sur l'usufruitier un devoir général, celui de jouir de la chose en

bon père de famille ; pèse ensuite sur lui un certain nombre de charges dites usufruituaires.

b- L'avant-projet

37. Un droit réel démembre. – L'avant-projet aborde l'usufruit dès le premier chapitre du titre consacré aux démembrements de propriété. L'article 575 définit l'usufruit. Certes la définition que proposent les rédacteurs de l'avant-projet est plus synthétique et souligne davantage les caractéristiques de l'usufruit, mais sur le fond, ils reprennent les dispositions actuelles du Code. Malgré les réticences d'une partie de la doctrine que la propriété puisse faire l'objet d'un démembrement¹, l'avant-projet maintient cette approche devenue traditionnelle, tant en doctrine, qu'en jurisprudence, notamment dans la pratique notariale.

38. Un droit réel à dimension personnelle. – L'avant-projet réaffirme que l'usufruit est un droit réel. Cependant, l'article 580 alinéa 1^{er} apporte une précision essentielle en disposant que « *L'usufruitier ou le propriétaire peut demander au juge de contraindre l'autre à exécuter son obligation ou de l'autoriser à faire réaliser les travaux nécessaires incombant à l'autre* ». Depuis longtemps, la jurisprudence² décide que l'usufruitier ne peut pas exiger du nu-propriétaire la réalisation de ces grosses réparations, faute de lien personnel entre eux, contrairement aux relations entre bailleur et preneur. En effet, en l'absence d'obligation, il est impossible d'obliger. C'est pourquoi la jurisprudence réserve le droit d'exiger lesdites réparations lorsque l'usufruit trouve sa source dans une convention et qu'une clause expresse de celle-ci stipule une obligation à la charge du nu-propriétaire³. Cette jurisprudence hiératique était depuis longtemps vivement critiquée. On lui reprochait d'une part, de ne pas respecter le droit de jouissance paisible de l'usufruitier, ce qui constitue pourtant l'obligation essentielle du nu-propriétaire⁴ et d'autre part, d'obliger l'usufruit à effectuer lui-même les réparations et à en demander le remboursement, dans la limite de la plus-value restante, en fin d'usufruit.

Ces critiques ont été entendues par les rédacteurs de l'avant-projet lequel permet à l'usufruitier ou au nu-propriétaire, peu important que l'usufruit soit légal ou conventionnel, d'exiger la réalisation des travaux. Cette « *solution novatrice* »⁵ mérite d'être approuvée.

¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., Puf, coll. *Droit fondamental*, 2008, n°236, p. 385.

² Req., 10 décembre 1900, *DP* 1901, 1, 209, note GUENÉE ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^{ème} éd., Dalloz, n° 74-75.

³ Civ. 3^{ème}, 3 mai 1989, *Bull. civ.* III, n° 100 ; *Defrénois* 1990, 362, obs. SOULEAU.

⁴ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n°338, p. 497.

⁵ P. TARRADE, « Le régime général de l'usufruit », in *Propositions de l'Association Henri Capitant*

3/ Les servitudes

39. Principe. – Une servitude est une charge grevant un fonds servant au profit d'un fonds dominant. Ces fonds indépendants appartiennent à deux propriétaires différents. C'est un droit réel immobilier ayant un caractère perpétuel. L'avant-projet reste fidèle à la nature des servitudes, celle de rapport entre fonds.

40. Définition. – Les rédacteurs de l'avant-projet reprennent quasiment à l'identique la définition de l'article 637 du Code civil en insistant sur le caractère réel de la charge.

41. Une charge réelle. – Cette charge constitue une restriction aux droits du propriétaire du fonds servant. Elle est imposée, non au propriétaire, mais au fonds. Il s'ensuit que la charge se distingue de l'obligation, qu'elle impose des restrictions variables et constitue un démembrement de la propriété.

La localisation de la définition des servitudes dans l'avant-projet permet de confirmer cette analyse. En effet, les rédacteurs ont choisi de placer les servitudes établies par le fait de l'homme dans le Titre IV intitulé « *Des démembrements de la propriété* ». Les servitudes légales, dont la nature particulière ne crée pas nécessairement de rapport entre un fonds servant et un fonds dominant, ont été placées dans le titre consacré aux relations de voisinage.

42. Une charge imposée au fonds. – La servitude et l'obligation personnelle se distinguent ici par leurs effets.

La servitude est une charge imposée à un fonds. La servitude est un état du bien, une charge qui pèse sur le bien et qui est subie par le propriétaire du fonds servant, sans que pèse sur lui une obligation. Il doit la subir, la supporter, mais il n'est pas tenu de faire quelque chose. Au contraire, une obligation n'existe que si une prestation ou une abstention pèse sur le débiteur.

Une fois de plus, l'avant-projet insiste sur cette distinction fondamentale, déjà observée précédemment, entre servitude et obligation personnelle imposée au propriétaire du fonds. En réalité, on peut dire que l'avant-projet ne fait que reprendre, en les réécrivant, les dispositions de l'article 686 du Code civil qui distinguent la servitude de l'obligation personnelle.

43. Obligation réelle. – Cette distinction n'exclut toutefois pas que certaines obligations, accessoires aux servitudes, puissent être imposées au

pour une réforme du droit des biens, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, *op. cit.*, p. 75.

propriétaire du fonds servant¹. Cette obligation constitue un accessoire de la servitude. C'est ce que l'on appelle une obligation réelle ou obligation *propter rem*, c'est-à-dire une obligation attachée à une chose. Cette obligation réelle est un accessoire de la servitude qui se transmettra donc avec elle.

Sans en bouleverser le régime, les rédacteurs de l'avant-projet apportent de petites précisions en reprenant et réécrivant les textes sur les servitudes, dans un souci de clarification et de simplification².

44. Une charge établie au profit d'un fonds dominant. – Le droit dont est amputé le fonds servant profite nécessairement au fonds dominant. Les prérogatives du propriétaire du fonds dominant sont alors accrues et s'ajoutent à celles que lui confère son droit de propriété. La servitude apparaît donc comme un droit réel sur le fonds d'autrui. La servitude apparaît également comme un service au profit d'un fonds. Elle est attachée au fonds servant et le service est attaché au fonds dominant.

Soulignons que l'avant-projet reprend la condition d'utilité de la servitude figurant à l'actuel article 637 du Code civil. L'utilité constitue autant la finalité que la justification fondamentale de la servitude. Aujourd'hui comme demain, la servitude ne saurait exister si elle n'est pas créée pour l'utilité d'un fonds.

45. Aucune prééminence. – Une remarque mérite cependant d'être faite à propos de l'alinéa 2 de l'article 612 de l'avant-projet. Les rédacteurs ont en effet repris les termes de l'article 638 du Code civil énonçant que la servitude n'établit aucune prééminence d'une propriété sur l'autre. Ce principe apparaît aujourd'hui comme anachronique. En effet, il convient de rappeler que les rédacteurs du Code civil ont eu pour principale préoccupation en écrivant ce texte d'empêcher le rétablissement des droits féodaux³, c'est-à-dire une hiérarchie des terres de type féodal ou une réapparition de privilèges profitant à certains au moyen de contraintes pesant sur d'autres. Cette disposition aurait sans doute gagné à être supprimée tant elle paraît énoncer une évidence.

46. La pluralité de propriétaires. – Une servitude ne peut être établie qu'entre deux fonds appartenant à des propriétaires différents.

47. Conclusion. – En reprenant la classification des meubles et des immeubles, en définissant l'usufruit et les servitudes, les rédacteurs de l'avant-projet ont pour l'essentiel repris les textes déjà existants et confirmé la tradition

¹ F. TERRÉ ET P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°878, p. 758.

² J.L. BERGEL, « Servitudes et autres droits réels spéciaux », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, *op. cit.*, p. 91.

³ F. TERRÉ ET P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n°891, p. 766.

écrite. Un pas de plus est franchi lorsque, confirmant toujours la tradition, ils procèdent, sans les dénaturer, à la réécriture des textes dans un souci de clarté et de simplification.

B.- Réécriture des textes

Les rédacteurs de l'avant-projet ont souhaité clarifier certaines définitions et ont pour cela envisagé leur réécriture. Les définitions de la possession (1), de la bonne foi (2) et des meubles meublants (3) sont concernées par ce changement.

1/ La possession

48. Rome. – « La possession a fait l'objet d'interminables interrogations et a donné lieu à une multitude de définitions dont la subtilité effarouchait souvent l'entendement »¹. Le Code civil a quand même entrepris de la définir en retenant la conception romaine (cf. *infra*) et sa définition se retrouve aujourd'hui dans l'avant-projet avec quelques changements constatés.

a- Le code civil

49. Principe. – La loi réformant la prescription a repris la définition de l'article 2228 du Code civil dans un article 2255. La possession est un rapport de fait entre une chose et une personne.

50. Corpus. – L'élément matériel, que l'on appelle le *corpus*, consiste en l'exercice effectif d'un pouvoir de fait sur la chose. C'est la maîtrise réelle de la chose possédée. L'article 2255 donne les deux sortes d'acte matériel propre à constituer le *corpus*.

La possession étant le fait de se comporter comme si l'on avait un droit sur la chose, on exercera alors les prérogatives correspondant au droit. Le fait matériel de possession dépendra du droit que le possesseur est censé avoir sur la chose.

Il convient maintenant d'examiner *l'animus*, c'est-à-dire l'élément intentionnel du possesseur, afin de percevoir l'intention qui anime le possesseur au-delà de son comportement extérieur de propriétaire.

51. Animus. – L'élément intentionnel, encore appelé *animus*, est caractérisé par l'intention de se comporter comme le véritable titulaire du droit. Le possesseur peut ainsi avoir l'intention de se comporter en propriétaire, ce que l'on nomme

¹ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, 2001, n°28, p. 23.

l'animus domini. Le plus souvent, cette intention découlera du fait que le possesseur est le légitime propriétaire : la possession cadre alors avec le droit¹. Peu importe que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi, c'est l'intention de se comporter comme le propriétaire qui compte.

52. L'auteur de la possession. – Les faits matériels de possession peuvent être exercés sur la chose, soit « *par nous-mêmes* », c'est-à-dire par le possesseur, soit « *par un autre qui la tient en notre nom* ».

Il en résulte que le *corpus* peut être exercé par un tiers qui agira en tant que représentant du possesseur. Ce tiers sera considéré comme un détenteur qui possède la chose pour autrui, c'est-à-dire que les actes matériels qu'il accomplit sont censés être faits par le véritable possesseur, autrement dit le « représenté ». On parle, en ce cas, de possession *corpore alieno*.

53. Les qualités de la possession. – La possession permet par ailleurs au possesseur d'acquérir le droit dont il n'est pas le titulaire, mais qu'il exerce, si elle réunit les qualités énoncées par l'article 2261 du Code civil. Ce sont des qualités qui affectent les éléments constitutifs de la possession. Alors que l'article 2228 du Code civil est repris par la loi réformant la prescription, les rédacteurs de l'avant-projet décident de le réécrire tout en gardant l'esprit du texte.

b- L'avant-projet

L'article 543 de l'avant-projet définit la possession.

54. La double référence au corpus et à l'animus. – Cette référence aux deux éléments constitutifs de la possession se vérifie par les termes suivants, employés par les rédacteurs de l'avant-projet : « en fait et en intention ». L'élément matériel se retrouve sous le terme « en fait » et l'élément psychologique, sous le terme « en intention ». Cela signifie d'une part que le possesseur exerce un pouvoir sur la chose qu'il possède (il accomplit des actes matériels), et d'autre part que le possesseur se conduit comme le véritable propriétaire de la chose.

Tandis que les rédacteurs du Code civil ont ignoré la théorie de l'*animus domini*, élément constitutif de la possession, ceux de l'avant-projet ont choisi de l'incorporer à la nouvelle définition de la possession. Deux observations peuvent être faites.

¹ F. TERRÉ ET P. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n°156, p. 149.

*Cette introduction est la bienvenue dans le sens où la possession se distingue bien de la détention. En effet, dépourvue d'élément intentionnel, d'*animus*, la possession est requalifiée en détention (cf. *supra*).

*En revanche, on peut se demander si la mention de cet élément est réellement nécessaire. Comment une personne peut se conduire en maître sur la chose tout en ne s'affirmant pas en vrai propriétaire et ne pas vouloir agir en tant que tel ? En cela, on peut constater que l'*animus* est implicitement incorporé à la notion de possession et se demander si sa codification est vraiment utile.

55. Les caractères de la possession. – Tout en reprenant l'analyse traditionnelle de la possession venant du droit romain, qui distingue le *corpus* et l'*animus*, l'avant-projet innove en y intégrant les caractères de la possession : « un exercice paisible, public et non équivoque ». Les rédacteurs ont en revanche abandonné l'exigence de continuité et l'absence d'interruption, car ils ont décidé de les mobiliser pour la théorie de la prescription (cf. article 549).

Cette intégration signifierait-elle que les caractères de la possession n'apparaissent non plus comme les qualités qu'elle doit présenter, mais comme ses éléments constitutifs ? Certes la définition proposée est plus complète, mais est-ce vraiment nécessaire de fusionner les éléments de la possession et ses caractères pour mieux comprendre la notion ? La possession ne consiste-t-elle pas tout simplement à exercer en fait un pouvoir effectif sur une chose ? Les caractères de la possession gouvernent sans doute son régime, mais non sa définition

2/ La bonne foi

La bonne foi est une notion au contenu flou que les rédacteurs du Code civil ont définie et que l'avant-projet tente d'unifier¹.

a- Le Code civil

L'article 550 du Code civil définit la bonne foi au regard du statut de possesseur.

56. *Un titre translatif. - La bonne foi n'est constatée que si elle s'appuie sur un titre d'acquisition. Le possesseur de bonne foi agit en tant que propriétaire sur une chose, car il croit l'avoir acquise en vertu d'un titre translatif. Il croit tenir son droit en vertu de ce titre. En réalité, ce titre est vicié de sorte qu'il n'a pas pu produire son effet translatif.

¹ L. JACQUES, « Possession et détention », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, *op. cit.*, p. 63.

57 *L'ignorance du vice. - Le possesseur de bonne foi ignore que son titre est affecté d'un vice. La bonne foi résulte alors d'une erreur¹. Il croit, à tort, être réellement titulaire du droit. Il ne sait pas que son titre est entaché d'un vice.

b- L'avant-projet

L'avant-projet définit lui aussi la bonne foi par rapport à la possession tout en gardant l'esprit du texte actuel en son article 544. La formulation retenue écarte la référence au titre translatif pour ne retenir que la croyance légitime du possesseur.

58. * Suppression du titre. – L'exigence légale d'un titre translatif n'est pas reprise par les rédacteurs de l'avant-projet, car « *le titre n'est pas exigé ici en tant que condition distincte de la bonne foi* »². La jurisprudence ayant admis depuis longtemps que la bonne foi pouvait être établie à partir d'un titre putatif, c'est-à-dire de la croyance en un droit fondé sur de simples usages³, il était naturel de supprimer la référence formelle au titre.

59. * Croyance légitime. – La personne de bonne foi est toujours celle qui croit qu'elle est le véritable propriétaire, mais cette croyance s'exprime dans l'avant-projet par la croyance dans la titularité du droit et dans son caractère légitime. Est de bonne foi la personne qui croit *légitimement* être propriétaire. L'adverbe renvoie implicitement au titre translatif, mais réserve aussi d'autres fondements à la croyance. Il laisse également au juge une marge d'appréciation dans l'admission de cette bonne foi particulière.

On peut en revanche se demander si la croyance est légitime lorsqu'elle repose sur une erreur de droit, comme l'a parfois admis la jurisprudence à condition que le vice du titre ne consiste pas en une infraction à une loi d'ordre public⁴. Le problème peut s'avérer délicat à La Réunion où nombreux sont les héritiers à croire qu'ils sont propriétaires exclusifs d'un immeuble alors qu'en réalité, celui-ci fait l'objet d'une indivision successorale, voire de plusieurs... Admettra-t-on demain qu'il pouvait légitimement se croire propriétaire ?

¹ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2007, n°49, p. 119.

² L. JACQUES, « Possession et détention », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, *op. cit.*, p. 63.

³ Civ. 1^{re}, 5 déc. 1960, *Bull. civ.* I, n° 527. En l'occurrence, il s'agit d'un usage tahitien selon lequel ceux qui ont établi des plantations sur une terre ont droit aux récoltes de celles-ci.

⁴ Civ., 11 janv. 1887, *S.* 1887, 1, 225.

3/ Les meubles meublants

60. Suppression d'une énumération. – Les rédacteurs de l'avant-projet ont le mérite de faire simple en se débarrassant de l'actuelle énumération qui semble vieillie. On perçoit en l'article 532 l'esprit synthétique qui anime les rédacteurs de l'avant-projet. Les meubles meublants sont soit destinés à l'usage de l'habitation. Ils lui sont donc utiles et en sont les accessoires. Soit les meubles meublants servent à l'ornementation. Leur utilité est alors purement esthétique. Rien n'exclut un meuble meublant à la fois utile et décoratif, servant à la fois à l'usage et à l'ornementation.

61. Conclusion du paragraphe. – Les rédacteurs de l'avant-projet confirment une tradition écrite en reprenant certains textes actuels (classification des meubles et des immeubles, usufruit, servitudes) et en réaménageant d'autres qu'ils débarrassent d'énumérations inutiles (possession, bonne foi, meubles meublants). Ils confirment également une tradition non écrite en consacrant la doctrine et/ou la jurisprudence, par la création de définitions, par le renouvellement de définitions existantes, tout en omettant certaines notions non encore définies aujourd'hui.

§2 – Confirmation d'une tradition non écrite

62. Sources non législatives. – Les rédacteurs de l'avant-projet ne se sont pas contentés de reprendre la tradition législative existante. Ils ont consacré certaines évolutions jurisprudentielles et conceptions doctrinales qui ont le mérite de ne pas ou de ne plus soulever de réelles polémiques aujourd'hui.

En cela, l'avant-projet consacre une tradition non écrite au sens de non légal, de non normatif pour la théorie classique des sources de droit. L'écrit qui exprime cette tradition n'est pas en lui-même une source formelle. Dans cette perspective, l'avant-projet crée (A) ou renouvelle (B) des définitions afin de clarifier le droit positif et de le rendre plus accessible.

L'avant-projet oublie également certaines notions qu'il aurait peut-être été utile de définir pour que les définitions en droit des biens soient complètes. En cela, des définitions sont ignorées (C). Ainsi en est-il notamment des meubles par anticipation qui sont cités et non pas définis. Un article (*cf.* article 532) leur est consacré, mais aucune définition exacte n'est apportée.

A.- Les définitions nouvelles

L'avant-projet a créé de nombreuses définitions et répond ainsi à des lacunes du Code civil. Tel est le cas des choses consommables (1), de la détention (2), de l'indivision (3), des droits réels et des droits personnels (4), du droit

d'usage et d'habitation (5), de la mitoyenneté (6), des jours et des vues (7) et du bornage (8).

1/ Les choses consommables

63. Le droit positif. – Les choses consommables sont les choses qui se consomment et disparaissent par le premier usage que l'on en fait. La consommation peut en être matérielle ou juridique. C'est le mode d'utilisation de ces choses qui permet de les qualifier de consommables.

64. Distinction choses consommables et choses non consommables. – Les choses consommables se distinguent des choses non consommables. L'intérêt de cette distinction est double¹ :

*Les choses consommables ne peuvent pas faire l'objet de prêt à usage, car une restitution en nature de la chose prêtée est prévue à terme. Elles ne peuvent faire l'objet que de prêt à consommation, la chose prêtée étant consommée par son utilisation. Cependant, la chose consommée, un transfert de propriété a été opéré. Au terme du prêt, l'emprunteur devra restituer une chose identique au prêteur. C'est ce que prévoient les articles 1892 et 1983 du Code civil.

*Les choses consommables ne sont pas *a priori* susceptibles d'usufruit. En effet, l'usufruitier dispose de l'*usus* et du *fructus*, non de l'*abusus*. Or, la chose consommable, par son usage, est détruite. Cela conférerait donc l'*abusus* à l'usufruitier, si l'objet de l'usufruit portait sur une chose consommable.

65. Proposition de définition. – L'avant-projet comble ce manque de définition et propose une définition brève, mais claire des choses consommables.

66. Intérêt. – Il a paru nécessaire aux rédacteurs de l'avant-projet de définir les choses consommables au regard de l'article 596 de la proposition relatif au quasi-usufruit (*cf. infra*), et de l'article 1892 du Code civil relatif au prêt de consommation. En effet, le caractère consommable de la chose a une importance sur les droits du quasi-usufruitier et de l'emprunteur.

Les rédacteurs de l'avant-projet ont ainsi trouvé un intérêt à la création de cette définition au regard de ces deux notions. La définition qu'ils proposent est celle communément admise en doctrine. Le mérite est de la consacrer dans la loi.

¹ J.B. SEUBE, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif Droit*, 2006, n° 37, p. 10.

2/ La détention

67. La notion de détention précaire. – Le Code civil ne définit pas la détention, mais y fait allusion dans l'ancien article 2236.

Selon un consensus assez général de la doctrine, la notion de détention doit être dégagée sous le rapport de la propriété et par comparaison avec la possession¹. Trois critères peuvent être dégagés de la notion de détention² : un pouvoir de fait, un pouvoir de droit et la précarité de la détention.

68. Comparaison de la détention précaire et de la possession. – Trois observations peuvent être faites :

*Le *corpus* est le point commun entre ces deux notions.

*Alors que la possession est un rapport de fait entre le possesseur et la chose qu'il possède, la détention s'exerce en vertu d'un titre juridique, c'est un rapport de droit.

*Par la précarité affectant son titre, le détenteur sait qu'il n'est pas propriétaire et reconnaît qu'il exerce pour autrui. Il n'est pas animé d'un esprit d'appropriation contrairement au possesseur qui s'affirme en propriétaire.

69. Une définition de la détention proposée par l'avant-projet. – Les rédacteurs de l'avant-projet ont dégagé une définition de la détention jugeant qu'il était nécessaire de bien la distinguer de la possession, sans pour autant les séparer (le chapitre II du titre III est intitulé « De la possession et de la détention »). Ils introduisent alors une définition à l'article 559.

Selon les rédacteurs, la situation du détenteur précaire n'est pas modifiée. Il ne bénéficie pas de la prescription acquisitive, mais peut se prévaloir de la protection possessoire, sauf à l'encontre de celui duquel il tient ses droits³.

70. Appréciation. – Cette nouvelle définition consacre le large consensus de la doctrine en matière de détention. Elle reprend les trois critères de la détention, c'est-à-dire le pouvoir de fait, le pouvoir juridique et la précarité. Cependant, une contradiction interpelle : comment le détenteur pourrait-il se prévaloir d'une quelconque protection possessoire alors que l'avant-projet décide

¹ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2007, n°51, p. 123.

² *Ibid.*, p. 124.

³ L. L. JACQUES, « Possession et détention », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, *op. cit.*, p. 69.

de supprimer les actions possessoires¹ ? Mais le groupe de travail affirme aussi que « *possession sans action ne signifie pas possession sans protection*² » et précise à l'article 560, inspiré de l'actuel article 2278 du Code civil, que « *la possession est protégée contre le trouble qui l'affecte ou qui la menace. La même protection est accordée au détenteur contre le trouble qu'il subit de tout autre que celui de qui il tient ses droits* ».

Les rédacteurs semblent avoir considéré que ces actions possessoires étaient inutiles et que la protection du possesseur et du détenteur était suffisamment assurée par la théorie des troubles du voisinage, ce qui ne convainc pas tout le monde. Le Pr. Zénati souligne en effet que l'utilité des actions possessoires n'est pas seulement la rapidité, mais aussi la dispense de preuve d'un droit, ce qui est loin d'être négligeable en pratique. L'auteur milite même pour la reconnaissance d'une protection possessoire des meubles qu'admettait déjà le droit romain³.

3/L'indivision

71. Notion. – L'avant-projet adopte une définition de l'indivision, manquante dans le Code civil à travers l'article 569 alinéa 1^{er}. Cette définition confirme la vision que la plupart des auteurs ont de l'indivision. En effet, l'indivision correspond à la situation dans laquelle plusieurs personnes se retrouvent simultanément titulaires de droits concurrents de même nature sur un même bien⁴.

La proposition reprend les critères essentiels caractérisant l'indivision :

*L'indivision est un schéma de propriété collective qui connaît un large champ d'application. Elle peut porter sur des biens meubles, des immeubles, une universalité successorale ou post-communautaire⁵.

*L'indivision suppose une pluralité de sujets. Plusieurs personnes se retrouvent ainsi propriétaires d'un même bien ou titulaires d'un droit de même nature. Chaque indivisaire est considéré comme propriétaire, mais son droit de propriété ne s'exerce que sur une proportion abstraite du bien, une quote-part.

¹ *Ibid.*, p. 61.

² *Ibid.*, p. 68.

³ F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, n° 21, p. 233.

⁴ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, 1^{ère} éd., LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 2000, n°468, p. 466.

⁵ *Ibid.*, p. 475.

*L'indivision est un concours de droits de propriété sur une chose. Il y a une pluralité de droits de propriété s'exerçant sur un même objet. Les prérogatives de ces propriétaires se trouvent cependant limitées du fait que leur droit entre en concurrence avec d'autres droits identiques.

La définition proposée par l'avant-projet est le reflet d'une doctrine unanime.

4) Les droits réels et les droits personnels

72. Depuis Rome. – L'avant-projet donne une définition des droits réels et des droits personnels. La distinction entre ces deux catégories de droits, héritée du droit romain, demeure donc. On les appelle également *jus in re* (droit réel) et *jus ad rem* (droit personnel). Pourtant, certains auteurs ont rejeté la notion de droit réel, d'autres celle de droit personnel. Ces critiques sont aujourd'hui dépassées.

73. Le rejet de la notion de droit réel (théorie personnaliste). – Notamment défendue par Planiol en 1900, la théorie personnaliste tend à ramener les prétendus droits réels à des droits personnels. Cette thèse part de l'idée qu'un droit ne peut que lier une personne à une autre ou plusieurs autres. Un rapport de droit supposerait nécessairement un lien entre plusieurs personnes.

La question devient alors celle de savoir qui peut être identifié comme sujet passif. Selon Planiol, le droit réel doit être ramené à une *obligation passive universelle*, c'est-à-dire que le titulaire d'un droit réel est présenté comme investi d'un droit de créance à l'égard de tous.

74. Le rejet de la notion de droit personnel (théories objectives). – Certains auteurs, à l'instar de Saleilles, ont prétendu que tous les droits étaient soumis au schéma des droits réels. Ils ont souligné que l'important, dans les droits personnels, n'était pas la personne du créancier ou du débiteur, mais l'objet du droit. Les droits personnels ne s'analysent donc pas en un rapport entre deux personnes, mais en un rapport entre deux patrimoines, une valeur économique. En d'autres termes, le droit personnel serait un droit sur la prestation elle-même.

75. La théorie de Saleilles renouvelée. – Une autre théorie, élaborée par Ginossar, tend à remettre en cause la distinction traditionnelle entre droit réel et droit personnel. Afin de démontrer sa thèse, Ginossar se base sur une nouvelle définition de la propriété. Selon lui, la propriété peut s'exercer tant sur des choses corporelles que sur des choses incorporelles, comme les créances. On est donc propriétaires de nos créances. La créance devient objet de droit réel, elle serait l'objet d'un droit de propriété. Sa théorie est considérée comme un renouvellement

de celle de Saleilles¹, en ce que la créance se détache de la relation entre les sujets de droit.

Si la thèse de Ginossar a reçu un écho et un prolongement certain dans les travaux du Pr. Zénati, les critiques formulées par Planiol et Saleilles sont depuis longtemps enterrées. La distinction des droits réels et des droits personnels est aujourd'hui unanimement admise. L'avant-projet les reprend tour à tour.

76. Le droit réel. – L'alinéa 1^{er} de l'article 522 de l'avant-projet montre bien la structure binaire du droit réel : un sujet de droit et un objet de droit². Le sujet exerce directement ses droits sur l'objet. Le droit réel met son titulaire au contact direct de la chose. Le droit réel est attaché à la chose, il la suivra, peu importe le propriétaire. Les propriétaires successifs du bien seront titulaires du droit réel attaché au bien.

77. Distinction entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires. – Les rédacteurs de l'avant-projet ont décidé de fusionner droit réel principal et droit réel accessoire au sein de la définition du droit réel :

- Le droit réel principal (ce qui correspond à l'alinéa 1^{er}) permet à son titulaire d'utiliser directement et pleinement la chose, objet de droit. Le droit de propriété et les démembrements de propriété sont des droits réels principaux.

- Le droit réel accessoire (qui est mentionné à l'alinéa 2) a une tout autre utilité. Il est accordé au créancier en garantie de sa créance sur une ou plusieurs choses appartenant au débiteur, c'est une sûreté. Il permet ainsi au créancier d'avoir un droit direct sur le bien garantissant la créance. Le droit réel accessoire peut correspondre à une hypothèque ou à un gage. Le créancier bénéficie donc d'un droit de préférence et d'un droit de suite.

78. Le droit personnel. – L'avant-projet définit le droit personnel comme étant « *celui du créancier d'une obligation à l'encontre de son débiteur* » (article 523). En effet, le droit personnel caractérise un lien de droit entre un créancier et un débiteur. On l'appelle également « droit de créance ». Le droit personnel a pour effet de procurer au créancier un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur.

Les définitions proposées par l'avant-projet reprennent les conceptions doctrinales admises aujourd'hui et épurées des controverses qui ont jadis animé la doctrine.

¹ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^{ème} éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2005, n°365, p. 96.

² J.B. SEUBE, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif Droit*, 2006, n°45, p. 13.

5) Le droit d'usage et d'habitation

79. Fusion. – Une fusion a été opérée dans la définition des actuels droit d'usage et droit d'habitation. Le groupe de travail a opté pour un seul droit, le droit d'usage et d'habitation. Un chapitre lui est entièrement consacré. L'avant-projet a repris l'essentiel des textes actuels concernant les droits d'usage et d'habitation afin de les cumuler et créer une définition claire et complète.

80. Les aspects familiaux et alimentaires. – Le principe est que le droit d'usage et le droit d'habitation ont un caractère personnel ou familial. En effet, la Cour de cassation a affirmé que la personne titulaire d'un droit d'usage et d'habitation (on le connaissait déjà sous ce terme) qui a logé une personne étrangère à la famille dans la maison commettait une faute¹. Une utilisation familiale est ainsi exigée.

81. Un « petit » usufruit. – Le droit d'usage comprend le droit de se servir de la chose (*jus utendi*) et celui d'en percevoir les fruits (*jus fruendi*), mais seulement dans la limite des besoins personnels du titulaire et de sa famille, c'est ce que prévoit l'article 630 du Code civil. Ce droit, contrairement à l'usufruit, est attaché à la personne de son titulaire. Il résulte de cet *intuitu personae* qu'il ne peut être ni cédé ni loué. Il est donc incessible, mais il est, comme l'usufruit, un droit viager.

Le droit d'habitation n'est qu'une variété de droit d'usage portant sur un logement. Il revêt les mêmes caractères que le droit d'usage. C'est un droit réel plus limité que l'usufruit puisqu'il confère à son titulaire le droit d'habiter une maison avec sa famille.

C'est aussi un droit *intuitu personae* puisque l'article 634 du Code civil déclare que « *le droit d'habitation ne peut être cédé ni loué* ».

L'avant-projet additionne donc tous ces éléments afin de créer une définition globale et fusionnée des droits d'usage et d'habitation.

6) La mitoyenneté

82. Aspect des relations de voisinage. – Les rédacteurs de l'avant-projet donnent une définition de la mitoyenneté découlant directement de la jurisprudence. La nature juridique de la mitoyenneté a en effet été dégagée par la jurisprudence. Selon elle, « *la mitoyenneté est un droit de propriété dont deux*

¹ Civ. 3^{ème}, 6 janv. 1981, *Bull. civ.* III, n°1.

personnes jouissent en commun, non une servitude¹ ». La mitoyenneté est une forme de propriété collective entre les deux propriétaires de deux immeubles voisins.

Contrairement aux rédacteurs du Code civil, ceux de l'avant-projet placent la mitoyenneté dans un titre consacré aux relations de voisinage. En effet, actuellement la mitoyenneté est placée dans le titre relatif aux servitudes établies par la loi. Or la mitoyenneté ne met aucunement en relation fonds dominant et fonds servant. Il est donc opportun d'avoir déplacé le siège de la mitoyenneté dans les relations de voisinage.

7) Les jours et les vues

83. L'air et la lumière. – Au sein du titre relatif aux relations de voisinage de l'avant-projet, un chapitre est consacré aux jours et aux vues. Son premier article (article 645) définit ce que sont les jours et les vues.

Les jours, que l'on appelle parfois jours de *souffrance*² ou jours de *tolérance*³, sont des ouvertures à verre dormant, c'est-à-dire ne s'ouvrant pas et opaques : elles laissent passer la lumière, mais pas l'air ; on peut regarder au travers, mais non se pencher au dehors pour regarder chez le voisin.

Les vues sont des ouvertures ordinaires qui laissent passer l'air, la lumière et le regard. Elles peuvent être ouvertes ou fermées par une porte ou une fenêtre susceptible d'être ouverte. L'article 678 du Code civil assimile aux vues, les balcons et terrasses qui offrent une vue sur le fonds voisin.

L'avant-projet clarifie ainsi les notions des jours et des vues en proposant leurs définitions et en ne distinguant plus les vues droites des vues obliques.

8) Le bornage

84. Délimitation horizontale de la propriété. – La définition du bornage qui n'existait qu'à travers la jurisprudence et la doctrine bénéficie d'une codification grâce à l'avant-projet en son article 651. La délimitation territoriale des propriétés immobilières s'opère par le bornage et se manifeste matériellement par des clôtures.

¹ Civ. 3^{ème}, 20 juill. 1989, *Bull. civ.* III, n°173 ; *RTD civ.* 1990, p. 686, obs. F. ZÉNATI.

² Civ. 1^{ère}, 16 juin 1966, *Bull. civ.* I, n°373.

³ Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1966, *Bull. civ.* I, n°71.

Le bornage consiste à déterminer de façon définitive la ligne divisoire entre deux fonds contigus appartenant à des propriétaires différents en plaçant des signes matériels que l'on appelle des bornes¹. Il a pour objet la délimitation de deux fonds. Cette opération se décompose en deux phases :

- Une opération juridique, tout d'abord, consistant à délimiter les propriétés voisines en établissant leur surface respective, en déterminant leur arpentage et en établissant un plan.

- L'opération est ensuite matérielle puisqu'elle consiste à arpenter les terrains pour vérifier sur place la contenance réelle de chaque lot.

85. Conclusion. – L'introduction de nouvelles définitions dans le Code civil est l'un des objectifs des rédacteurs de l'avant-projet. La création de définitions pour certaines notions, restées jurisprudentielles et/ou doctrinales, est rendue nécessaire pour combler les lacunes du Code civil et pour clarifier ces notions.

L'avant-projet a également pour objectif la modernisation du Code et pour cela, le renouvellement de certaines définitions a paru utile à ses rédacteurs.

B.- Les définitions renouvelées

86. Rénovation. – Le titre consacré à la distinction des meubles et des immeubles dans l'avant-projet est sans révolution majeure, mais dans un souci de clarté et de simplification, les rédacteurs ont décidé de le rénover. Le renouvellement concerne particulièrement les meubles (1) et les immeubles par destination (2).

1/ La définition des meubles

La formulation utilisée pour définir les meubles à l'article 530 de l'avant-projet distingue, mais sans les nommer formellement, entre les meubles par leur nature (a) et les meubles par la détermination de la loi (b).

a- Les meubles par leur nature

87. Définition actuelle. – Les meubles par nature sont toutes les choses susceptibles de déplacement, soit par eux-mêmes (les animaux), soit par l'effet d'une force étrangère (choses inanimées)². Le Code civil donne ainsi une définition

¹ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, 1^{ère} éd., LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 2000, n°158, p. 172.

² G. CORNU, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n°39, p. 44.

positive des meubles par nature. Ils sont mobiles par leur nature. La définition négative serait de dire que sont meubles par leur nature les choses ayant un défaut d'adhérence à la terre¹.

88. Définition renouvelée. – Les rédacteurs ne se sont pas embarrassés à rechercher l'essence du bien mobilier dans l'aptitude à se mouvoir ou à être transporté. Ils ont fait des meubles une catégorie à la fois résiduelle et immense : tout ce qui n'est pas immeuble est meuble². Le renouvellement de cette définition est purement rédactionnel.

b- Les meubles par la détermination de la loi

89. Définition actuelle. – Le Code civil définit les meubles par la détermination de la loi à l'article 529. Il s'agit tout d'abord des droits réels portant sur des meubles, les démembrements du droit de propriété : usufruit, nue-propriété, droit de gage, hypothèque, droits de créance, actions en justice, tant réelles que personnelles, droits des associés, droits sociaux, droits de propriété incorporelle.

90. Définition renouvelée. – L'avant-projet définit les meubles par la détermination de la loi à travers deux articles : l'article 530 et l'article 533. Les rédacteurs ont distingué les choses incorporelles des droits. À la lumière de l'article 520 de l'avant-projet qui définit les biens, deux remarques peuvent être faites :

- Les rédacteurs ont ainsi considéré comme meubles les choses incorporelles qui ne sont pas susceptibles d'appropriation telle que le savoir-faire, une recette de cuisine, la voix et qui ne sont pas brevetées. Ces choses incorporelles sont protégées par le droit commun, notamment celui de la responsabilité civile.

- Ils ont également considéré comme meubles les droits, autres que ceux portant sur un immeuble, considérant qu'ils étaient susceptibles d'appropriation et protégés et régis par une législation qui leur est propre, tel le droit de la propriété intellectuelle.

2/ La définition des immeubles par destination

91. Principe. – Les immeubles par destination sont des biens, qui, physiquement, sont des meubles, mais que le droit considère comme des

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, 19^{ème} éd., Puf, coll. *Quadrige Manuels*, 2004, n°711, p. 1603.

² F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTDciv.* n°2, Avril/Juin 2009, p. 211.

immeubles, car ils ont un rapport de destination avec un fonds. Ils sont l'accessoire de ce fonds, un lien s'établit entre eux. L'immobilisation par destination est un des procédés qui permettent de conserver sa cohérence à un ensemble de biens¹. Il paraît alors nécessaire que le même régime leur soit appliqué. Ainsi, l'article 524 du Code civil définit les immeubles par destination en procédant par énumération.

92. Unité de propriété et rapport de destination. – L'établissement d'un rapport d'immobilisation par destination suppose la réunion de deux conditions :

***L'identité de propriétaire :** les biens concernés doivent appartenir au propriétaire de l'immeuble par nature auquel ils sont rattachés.

***Il faut qu'un rapport de destination** soit établi entre l'immeuble par nature et les meubles qui en constituent l'accessoire. Il ressort de l'article 524 du Code civil que ce rattachement peut prendre deux formes, l'une est économique, l'autre est matérielle :

93. Affectation économique. – Il se peut, tout d'abord, que le meuble soit destiné à l'exploitation d'un fonds. La jurisprudence exige, bien que la loi ne le précise pas, que le meuble, objet de l'affectation, soit nécessaire et même indispensable au service et à l'exploitation du fonds (Req. 23 mars 1926)². Cette exigence a été posée pour éviter l'extension de la catégorie des immeubles par destination au détriment des créanciers chirographaires menacés par le droit de préférence des créanciers hypothécaires.

94. Affectation matérielle. – Le rapport de destination peut ensuite revêtir la forme d'un rattachement, non pas économique, mais matériel.

Le fondement de l'immobilisation n'est plus ici l'idée d'exploitation, de service, d'utilité, mais simplement l'attache à perpétuelle demeure sans qu'il soit nécessaire que le meuble présente une utilité économique pour l'immeuble³. L'article 525 du Code nous donne quelques éléments.

L'attache au fonds provient de l'initiative du propriétaire. Cette attache, selon la Cour de cassation, doit correspondre à « *des faits matériels d'adhérence apparente et durable* »⁴. Il faut donc, en principe, un rattachement matériel à l'immeuble qui empêche le détachement du bien sans détérioration. Mais l'article 525 vise également les « *statues placées dans des niches spécialement*

¹ P. MALAURIE ET L. AYNES, *Les biens*, 2^{ème} éd., *Defrénois*, coll. *Droit civil*, 2005, n°137, p. 37.

² F. TERRÉ ET P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°34, p. 38.

³ *Ibid.*, p. 40.

⁴ Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1950, *D.* 1950, p. 773.

prévues à cet effet ». Il n'y a alors plus d'attache matérielle : le meuble fait partie d'un ensemble décoratif dont il est inséparable.

95. Définition renouvelée. – L'article 528 de l'avant-projet propose au travers de sa définition une simplification nette et significative des immeubles par destination.

96. La règle de l'identité du propriétaire. – L'exigence d'un unique propriétaire est reprise par les rédacteurs de l'avant-projet, même si l'article 524 du Code civil ne le disait pas expressément. C'est plutôt la jurisprudence qui a insisté sur cette unité de propriété.

97. L'attachement et l'affectation. – L'idée de l'attache à perpétuelle demeure se retrouve, mais sans qu'il soit besoin de le préciser. L'attache est caractéristique d'une volonté d'immobilisation¹. L'énumération qu'avaient faite les rédacteurs du Code (article 525) a été supprimée par ceux de l'avant-projet pour aller à l'essentiel : le détachement sans détérioration et l'adaptation pour être intégré au fonds. Le rapport économique est également repris par l'idée d'affectation. L'immeuble par destination doit être nécessaire à l'exploitation du fonds.

98. Suppression de la référence à la France rurale. – L'avant-projet renouvelle et modernise la définition des immeubles par destination en l'épurant des célèbres formules représentant la vieille France (pressoirs, chaudières, alambics, cuves, tonnes, pigeons des colombiers, lapins des garennes...).

99. Conclusion. – Les choses consommables, la détention, l'indivision, les droits réels et les droits personnels, le droit d'usage et d'habitation, la mitoyenneté, les jours et les vues, le bornage, les meubles par leur nature, les meubles par la détermination de la loi, la définition des immeubles par destination... autant de définitions qui ont été créées ou renouvelées par l'avant-projet. Toutefois, certaines notions semblent avoir été délaissées. L'absence de définition témoigne-t-elle d'un oubli ou d'une volonté ?

C- Les définitions ignorées

100. Oubli ou choix ? – Plusieurs définitions manquent à l'appel. Il est parfois difficile de savoir s'il s'agit d'un oubli, d'une crainte ou d'une volonté délibérée. Tel est le cas des choses fongibles (1), du trouble anormal de voisinage (2) ou encore du droit de superficie (3).

¹ F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, p. 211.

1/ Les choses fongibles

Les choses fongibles et les choses non fongibles font l'objet d'une distinction secondaire en droit des biens :

*Les choses fongibles, encore appelées choses de genre¹, sont les choses interchangeables, susceptibles d'être remplacées les unes par les autres. Plus précisément, les choses fongibles sont déterminées dans leur genre, mais non dans leur individualité.

*Les choses non fongibles, encore appelées corps certains, sont des choses non interchangeables, non susceptibles d'être remplacées les unes par les autres.

101 Intérêts de la distinction entre les choses fongibles et les choses non fongibles. –

*Au sein du patrimoine, les choses fongibles se confondent. Ainsi, toute chose fongible, confiée par un propriétaire à un tiers qui en possède d'autres identiques, va faire l'objet d'un transfert de propriété implicite, faute de pouvoir distinguer la chose remise des autres. Des contrats qui ne sont pas translatifs de propriété le deviendront par l'effet de la fongibilité.

Les rédacteurs de l'avant-projet ont volontairement ignoré la qualification des choses fongibles au regard de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. En effet, ils ont considéré que, dans cette théorie, la fongibilité caractérise les éléments du patrimoine (l'ensemble des biens répondant du passif). Par conséquent, ils ont décidé qu'une définition ne s'imposait pas à cet endroit².

*Le régime des obligations diffère selon qu'elles portent sur une chose de genre ou un corps certain. Deux différences doivent être signalées :

- Le débiteur, tenu de livrer un corps certain, doit remettre cette chose elle-même. Au contraire, lorsque la chose due est une chose de genre, le débiteur se libère en livrant n'importe quelle chose de l'espèce et de la qualité prévues. Il en résulte que la perte d'une chose fongible, à la différence de celle d'un corps certain, ne fait pas obstacle à l'exécution de l'obligation puisqu'elle est remplaçable.

- La vente d'un corps certain se traduit, en principe, par un transfert immédiat du droit de propriété du patrimoine du vendeur à celui de l'acheteur. Le

¹ Encore que certains auteurs distinguent les deux notions.

² F. POLLAUD-DULIAN, *in*, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. Périnet-Marquet, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 31.

transfert de propriété afférent à une chose de genre est au contraire retardé jusqu'à l'individualisation de cette chose, c'est-à-dire jusqu'au moment où, de chose de genre, elle deviendra corps certain.

Ces considérations propres au droit des obligations ont sans doute conduit les rédacteurs de l'avant-projet à ne pas donner une définition des choses fongibles dans le livre consacré aux biens¹, renvoyant cette épineuse question à une réforme du droit des obligations².

102. Une notion incertaine. – Épineuse question ? En effet, derrière l'apparente simplicité de la notion se cachent des difficultés redoutables d'application. Est-il opportun de donner une définition légale des choses fongibles, qu'elle se situe dans le livre consacré aux biens ou dans celui relatif aux obligations ?

La qualification fongible ou non fongible attribuée à une chose dépend parfois, non point seulement de données objectives, mais de la volonté des parties qui contractent sur cette chose. Ainsi peuvent-elles établir une équivalence entre des choses qui ne sont pas objectivement identiques et ainsi rendre fongibles des corps certains. La fongibilité dépend donc de la volonté des parties et d'aspects objectifs. Lequel de ces deux critères doit-il être privilégié ? Faut-il qu'ils soient cumulatifs, alternatifs ? Faut-il les passer sous silence dans la définition ? Deux directions pourraient être envisagées :

*En premier lieu, une définition minimaliste mettrait uniquement l'accent sur l'interchangeabilité des choses fongibles, sans indiquer les critères objectifs et/ou subjectifs de cette qualité. Une telle définition présente le mérite de convenir à tous, mais l'inconvénient de ne rien apporter.

*En deuxième lieu, l'accent pourrait être mis sur la volonté des parties, donc sur l'aspect subjectif de la notion. Mais ne faut-il pas poser des bornes à cet exercice des volontés ? Il semble toutefois difficile d'écrire dans une définition les limites précises à l'exercice des libertés individuelles. Sans doute est-il plus sage et plus prudent, devant cette difficulté, de s'abstenir de toute définition et de laisser le contractant et le juge de décider au cas par cas.

¹ F. POLLAUD-DULIAN, *in*, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. Périnet-Marquet, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 31.

² Voir l'article 1152, al.2 de l'avant-projet de réforme de droit des obligations, ss la dir. du Pr. P. Catala qui prévoit simplement que « l'exécution de l'obligation de donner peut être différée par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses ».

2/ Le trouble anormal de voisinage

103. La notion de trouble anormal de voisinage. – La théorie des troubles anormaux de voisinage fait son entrée dans l'avant-projet, sans qu'une définition en soit donnée. Qu'est-ce qu'un trouble anormal de voisinage ? Une diversité de situations peut être mise en cause : odeurs nauséabondes, bruits, poussières, privation de vue...

Dans la plupart des cas, la responsabilité du propriétaire est engagée en l'absence de toute faute caractérisée : celui-ci exerce ses prérogatives de propriétaire, en poursuivant un intérêt. Malgré tout cela, il cause un dommage au voisinage et sera déclaré responsable à la seule condition que soit rapportée l'existence d'un trouble de caractère anormal¹. L'anormalité suffit à déclencher la responsabilité.

104. Un double fondement discuté. – Jusqu'en 1986, les décisions en matière de trouble anormal de voisinage étaient rendues au double visa des articles 544 et 1382 du Code civil, elles reposaient donc sur un double fondement :

105. Un fondement tiré de la responsabilité délictuelle. – Si l'on se base sur le droit de la responsabilité (faute, dommage et lien de causalité) pour expliquer le trouble de voisinage, il est nécessaire de rechercher le fondement de cette responsabilité.

Certains auteurs estiment que le trouble anormal de voisinage est rattaché à la responsabilité en appliquant la théorie du risque créé², c'est-à-dire que le propriétaire qui crée un risque par son activité doit en assumer les conséquences dommageables.

D'autres auteurs, en revanche, se fondent sur la faute. D'une part, ils ont soumis l'idée d'un devoir légal de ne pas nuire à autrui³ et d'autre part ils ont imaginé des obligations coutumières de voisinage⁴.

Toutes ces explications fondées sur la responsabilité et la recherche d'une faute sont plus ou moins douteuses : la faute n'apparaît pas toujours clairement. En effet, l'activité dommageable de l'auteur du trouble est licite en elle-même⁵, elle

¹ .L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op.cit.*, n°111, p. 118.

² J.B. SEUBE, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif Droit*, 2006, n°219, p. 76.

³ V. notamment H. CAPITANT, cité par J. CARBONNIER *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, 19^{ème} éd., Puf, coll. *Quadrige Manuels*, 2004, n°834, p. 1791

⁴ V. notamment J. B. BLAISER, cité par J. CARBONNIER *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*

⁵ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2007, n°40, p. 93.

est simplement anormale. Un dommage est causé à autrui sans que l'auteur ait pu l'éviter. Doit-il pour autant voir sa responsabilité engagée en l'absence de faute à sa charge ? Le caractère anormal du trouble suffit-il à caractériser une faute ? En réalité, la faute est simplement déduite du caractère anormal du dommage : l'existence d'un trouble de caractère anormal¹.

Ainsi, il convient de poser comme principe, afin de faire régner l'harmonie et l'équilibre entre les voisins, que tout propriétaire a l'obligation de supporter les inconvénients normaux de voisinage². Toutefois, les comportements occasionnant ces inconvénients devront être encadrés. Dès lors qu'une activité, même licite, détruit l'équilibre entre les voisins, son auteur doit réparer le trouble qui en résulte³. Théoriquement, si la faute n'existe pas, il est difficile d'admettre le fondement de la responsabilité délictuelle.

106. Un fondement tiré du droit de propriété. – Si l'on raisonne au regard du droit de propriété, la théorie des troubles de voisinage repose sur une double charge réelle grevant la propriété : d'une part, le droit du propriétaire est limité par l'obligation qu'il a de ne pas causer à la propriété d'autrui un dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage, et d'autre part, le propriétaire est tenu de subir les inconvénients normaux du voisinage.

Chaque propriétaire voit ainsi son droit de propriété alourdi d'une charge. Chacun doit supporter les conséquences des activités de l'autre, dans la limite du raisonnable. Cela participe d'une volonté d'équilibre et d'une coexistence dans l'harmonie. La jurisprudence fait preuve de cette volonté d'harmonie et de normalité. C'est avec un esprit de conciliation⁴ que les juges rendent leurs décisions, tout en essayant d'équilibrer les pouvoirs des propriétaires en cause.

Deux arrêts de la Cour de cassation confortent le fondement réel. En effet, les deux solutions tendent à rattacher le trouble causé au fonds lui-même, donc au propriétaire⁵.

Cependant, le fondement réel basé sur l'article 544 du Code civil suffit-il à expliquer la jurisprudence rendue en matière de troubles de voisinage. Une

¹ L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n°111, p. 119.

² J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n°834, p. 1790.

³ F. TERRÉ ET P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°330, p. 265.

⁴ R. LIBCHABER, *Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage*, in *Mélanges Christian Mouly, in memoriam M. CABRILLAC*, éd. Litec, 1998, n°7, p. 428.

⁵ Civ. 2^{ème}, 28 juin 1995, *Bull. civ. II*, n° 222 : un propriétaire peut agir en réparation de troubles de voisinage alors qu'il n'occupe pas lui-même le fonds ; Civ. 3^{ème}, 17 avril 1996, *Bull. civ. III*, n° 108, *JCP* 1996, I, 3972, n° 7, obs. H. PÉRINET-MARQUET : un propriétaire peut être condamné pour trouble anormal de voisinage alors qu'il ne les a pas causés, n'occupant pas lui-même le fonds donné en location.

réponse négative s'impose à la lumière de la jurisprudence qui admet, depuis longtemps, qu'un occupant peut non seulement agir contre un propriétaire voisin à l'origine d'un trouble anormal de voisinage ; mais aussi être condamné pour avoir causé un trouble anormal au voisinage.

Or le locataire étant titulaire d'un droit personnel, et non d'un droit réel, on ne voit pas comment il peut demander réparation au propriétaire voisin de la violation d'une charge réelle. Cette charge est en effet établie au bénéfice du fonds, donc du propriétaire.

S'ajoute dans ce cas un fondement personnel au fondement réel. Le droit de la responsabilité est destiné à étendre la liste des personnes pouvant être amenées à répondre ou à demander réparation de troubles de voisinage. Son intervention repose également sur un souci de simplicité et d'efficacité (le locataire agit directement contre l'auteur du trouble).

107. Une création prétorienne : « *Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* ». – Depuis 1986, la Cour de cassation a substitué au double visa des articles 544 et 1382 un principe général de droit qu'elle a dégagé aux termes duquel « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* ».

Les rédacteurs de l'avant-projet se bornent à consacrer cette création prétorienne sans chercher à clarifier la notion de trouble anormal de voisinage. Que signifie le terme « inconvénients normaux » ? Qu'est-ce que la normalité, et dans le même prolongement, l'anormalité ?

108. L'anormalité et la normalité. – Il conviendrait de comparer l'anormalité à la normalité afin de définir ce que peut être un trouble anormal ou un inconvénient normal.

La définition que donne le dictionnaire de la normalité n'est guère éclairante¹.

La normalité est une notion-cadre, une notion standard. Dire que l'anormalité est le contraire de la normalité ne veut rien dire ; on a tout dit et on n'a rien dit.

Il est donc nécessaire de rechercher d'autres moyens afin de pouvoir caractériser un tant soit peu l'anormalité du trouble.

¹ « Normalité, n. f. : Caractère de ce qui est normal », *Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, 1994.

109. La nécessité de critères de référence. – On peut se référer à certains critères pour caractériser l’anormalité. En effet, la Charte de l’environnement, le respect des normes en vigueur ou encore la théorie de la « pré-occupation » peuvent contribuer à cerner la notion d’anormalité d’un trouble.

Confronté au principe que nul ne doit causer à autrui un trouble excédant un inconvénient normal de voisinage, le juge peut se demander quelles sont les limites de cette normalité et au regard de quelles bornes doit-il apprécier cette normalité.

110. La référence liée à l’environnement. – Le problème des antennes-relais de téléphonie mobile a fait couler beaucoup d’encre en matière de trouble anormal de voisinage.

Les pouvoirs publics ont le devoir de respecter un principe de précaution prévu dans la Charte de l’environnement (qui a valeur constitutionnelle), principe qui consiste à prendre toutes les précautions nécessaires afin que des installations quelconques ne produisent pas d’effets néfastes sur l’environnement, l’écologie (art. 5).

À propos des antennes de téléphonie mobile, l’État avait déjà fixé un seuil maximum d’émission. Il a donc tenu compte du principe de précaution. Cela n’a pas empêché que des propriétaires habitant près de ces antennes se plaignent d’un risque de trouble. Cela n’a pas empêché non plus la Cour d’appel de Versailles de juger, dans l’arrêt *Lagouge*, que « *si la réalisation du risque reste hypothétique, il ressort des débats que l’incertitude sur l’innocuité d’une exposition aux ondes émises par les antennes relais demeure et qu’elle peut être qualifiée de sérieuse et raisonnable* »¹. Les propriétaires justifiaient donc être dans une crainte légitime constitutive d’un trouble. Leur préjudice était en réalité un préjudice moral né du « sentiment d’angoisse »². La Cour d’appel s’est manifestement substituée aux pouvoirs publics dans la mise en œuvre du principe de précaution. Comme l’a souligné un auteur, « *le raisonnement suivi par l’arrêt Lagouge empêche en réalité qu’une norme efficace puisse jamais être abstraitement fixée* »³

Mais le fait de s’imaginer exposé à un risque dont rien ne démontre l’existence est-il vraiment un préjudice réparable⁴ au regard de la théorie du trouble anormal de voisinage et du principe de précaution ? Cette délicate question

¹ CA Versailles, 4 févr. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 327, obs. P. JOURDAIN ; *JCP*, n°38, 2009, p. 248, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; V. aussi P. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l’épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes-relais », *D.* 2009, n° 42, p. 2817 et s.

² P. JOURDAIN ; obs. préc.

³ P. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l’épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes-relais », préc.

⁴ P. STOFFEL-MUNCK, obs. préc.

aurait dû être tranchée par la Cour de cassation si la société Bouygues Telecom, qui avait formé un pourvoi en cassation, ne s'était pas désistée en mars dernier, sans doute par crainte d'une décision défavorable¹.

L'avant-projet aurait sans doute pu, à défaut de définir l'anormalité du trouble, guider le juge dans son appréciation en indiquant que cette anormalité pouvait notamment s'apprécier au regard de la Charte de l'environnement.

111. Les législations en vigueur. – Les juges peuvent également se référer aux normes en vigueur afin de cerner les bornes du trouble normal du voisinage. Même si le respect de ces normes n'exclut pas l'anormalité, il est permis de penser que le non-respect des normes constitue un indice fort du trouble anormal et que, plus les normes auront été respectées et dépassées, et moins l'auteur du trouble devrait être tenu pour responsable.

112. Théorie de la « pré-occupation ». – La règle de l'antériorité ou de la « pré-occupation », reprise de l'actuel article L 112-16 CCH, codifiée par l'avant-projet constitue aussi un critère de référence. L'article 630 en son alinéa 2 dispose que : les actions pour trouble de voisinage « *ne peuvent être intentées lorsque le trouble provient d'activités économiques, exercées conformément à la législation en vigueur, préexistantes à l'installation sur le fonds et s'étant poursuivies dans les mêmes conditions* ».

113. Appréciation. – Autant de références auxquelles le juge peut avoir recours afin de caractériser le trouble de normal ou d'anormal. Autant de références auxquelles il aurait été opportun de renvoyer dans l'avant-projet.

Finalement, une définition du trouble anormal de voisinage aurait-elle été opportune dans l'avant-projet ?

On aurait tendance à répondre par la négative. En effet, après avoir constaté que le caractère anormal du trouble de voisinage pouvait se détecter grâce à différents éléments de référence, le mieux est de laisser le juge apprécier au cas par cas.

Une définition légale de ce qu'est un trouble anormal ou un inconvénient normal aurait suscité de nombreux débats et aurait fait exploser le contentieux en la matière.

¹ J.-V. BOREL, « Antennes-relais de téléphonie mobile : un désistement par précaution », *JCP G* 2010, n° 23, n° 615, p. 1162.

Souvenons-nous de Portalis dans son Discours préliminaire : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ».

3/ Le droit de superficie

114. La notion de droit de superficie. – C'est un droit qui permet à un tiers de construire en propriété sur un terrain qui ne lui appartient pas. C'est un droit réel sur la chose d'autrui. En effet, il est possible de dissocier conventionnellement la propriété du dessus de la propriété du sol, ce que l'on appelle depuis Rome un droit de superficie. L'article 553 du Code civil sous-entend en effet que le propriétaire du sol n'est pas nécessairement propriétaire des constructions ou des plantations qui y sont faites.

Ce droit de superficie se rencontre notamment en matière de baux emphytéotiques et à construction dans lesquels le preneur est investi de la propriété des constructions qu'il réalise pendant le bail. Une autre application plus récente de ce droit de superficie est constituée par le contrat de vente de volumes : le propriétaire d'un terrain cède son droit de construire sur ce terrain en renonçant au bénéfice de la propriété des constructions qui y seront implantées. Il s'opère ainsi une vente d'un certain espace d'air situé au-dessus du sol, vente de volumes, de cubes d'air¹ (*cf. infra*). L'avant-projet a voulu distinguer ces deux séries d'hypothèses. Le droit réel du preneur à bail est analysé comme un démembrement de la propriété, donc un droit réel sur le terrain d'autrui, tandis que la création de volumes est présentée comme une division de la propriété².

115. Histoire du droit de superficie. – Dans l'Ancien Droit, le droit de superficie permettait à plusieurs personnes d'être titulaires de droits de propriété distincts portant sur une même chose. Le Code civil a ignoré cette conception de la propriété et préféré une conception plus exclusive. Au XIX^e siècle, la jurisprudence a renoué avec le droit de superficie en l'assimilant à une indivision d'abord et à une juxtaposition de droits de propriété ensuite³. La technique juridique du droit de superficie, dans les contrats d'entreprise notamment, rejoint les progrès que connaît aujourd'hui la construction moderne.

¹ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, 1^{ère} éd., LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 2000, n°294, p. 299.

² H. PÉRINET-MARQUET, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier* 2009, p. 16 et s.

³ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, *op. cit.*, n°287, p. 293.

116. Une trop timide consécration. – L'avant-projet évoque le droit de superficie à travers deux articles : l'article 562 et l'article 607.

Le droit de superficie qui n'avait aucun fondement législatif général le trouve maintenant. Cela permet de valider toutes les conventions superficielles qui n'entrent pas dans le cadre des baux superficiels. Cependant, l'avant-projet ne l'exprime pas clairement. Il ne parle pas de « droit de superficie », mais seulement de propriété superficielle et de propriété tréfoncière. Sans doute, la substance de la notion y est-elle, mais la définition formelle est manquante. Il ne coûtait rien de proposer un article commençant par : « *Le droit de superficie est...* ».

Il est possible que les rédacteurs de l'avant-projet aient renoncé à pareille définition formelle pour ne pas avoir à affronter ni trancher les controverses sur la nature juridique du droit de superficie, préférant dire qu'un droit réel sur le sol d'autrui était possible sans le nommer expressément. Mais il semble que l'explication soit ailleurs. Les rédacteurs ont voulu marquer la différence entre les droits réels conférés sur le sol d'autrui à certains locataires notamment et la division de l'immeuble en volumes qui sont de véritables fonds, immeubles par nature (*cf. infra*)¹.

117. Conclusion de la section. – Les rédacteurs de l'avant-projet ont repris les courants traditionnels, tantôt en les réécrivant ou en les renouvelant, tantôt en les consacrant et en les codifiant. Ils ont suivi la tradition tout en essayant de la colorer de teintes de nouveauté, non sans maladresse et parfois avec timidité.

Ils continuent ainsi de suivre cette tradition en apportant quelques précisions à certaines notions importantes du droit des biens, déjà définies ou non, par les rédacteurs du Code civil. Des confirmations, l'avant-projet passe aux précisions.

Section 2 : Précisions

118. Présentation. – L'étude précédente a tenté de montrer que les rédacteurs de l'avant-projet ont d'une part, confirmé les textes actuels du Code civil, tout en les remaniant ou pas d'un point de vue rédactionnel, et d'autre part consacré des textes non normatifs et des courants traditionnels de pensée doctrinale. L'étude suivante tentera d'établir que l'avant-projet apporte quelques précisions à certaines définitions qu'il a données, précisions qui ne figuraient pas dans les définitions du Code civil. Certaines précisions me paraissent utiles et opportunes (§1), d'autres, plus discutables (§2).

¹ H. PÉRINET-MARQUET, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier* 2009, p. 16 et s.

§1 - Des précisions utiles

119. Précisions sur l'usufruit. – L'usufruit, défini à l'article 578 du Code civil et à l'article 575 de l'avant-projet, est un droit réel d'user et de jouir d'une chose appartenant à autrui, à charge pour le titulaire de ce droit, de conserver la substance de la chose.

Tant le Code civil que l'avant-projet sont en accord sur la définition de l'usufruit (*cf. supra*). En revanche, le caractère temporaire de l'usufruit est précisé par l'avant-projet et il comble en cela une lacune du Code civil (A).

De plus, là où le Code civil a consacré un article à l'objet de l'usufruit (*cf.* article 581), l'avant-projet l'a intégré à la définition (B).

A.- Le caractère temporaire de l'usufruit

L'article 575 alinéa 3 de l'avant-projet dispose que l'usufruit est temporaire.

120. La première caractéristique essentielle de l'usufruit est d'être toujours temporaire¹. – Un droit perpétuel ne saurait être un usufruit². Le caractère temporaire de l'usufruit est utilisé comme critère de qualification de l'usufruit. C'est ce caractère qui le distingue du droit de propriété.

Lorsqu'il bénéficie à une personne physique, l'usufruit a pour terme la mort de cette personne. L'usufruit dure tout au long de la vie de cette personne. L'usufruit est alors un droit viager, sauf si une convention prévoit une durée plus courte. L'usufruit ne peut se poursuivre au-delà de la mort de l'usufruitier³ parce qu'il n'est en aucun cas transmissible à cause de mort⁴.

Néanmoins, l'avant-projet précise que si la durée est déterminée, alors elle ne peut dépasser trente ans (*cf.* article 592). L'usufruit peut également être non viager.

Lorsque l'usufruit bénéficie à une personne morale, il ressort de l'article 619 du Code civil qu'il ne doit pas dépasser trente ans. C'est ce que reprend l'article 593 de l'avant-projet.

¹ P. MALAURIE ET L. AYNES, *Les biens*, 2^{ème} éd., *Defrénois*, coll. *Droit civil*, 2005, n°804, p. 253.

² Civ. 3^{ème}, 18 janv. 1984, *Bull. civ.* III, n° 16, *D.* 1985, p. 504, note F. ZÉNATI-CASTAING : ne constitue pas un usufruit le droit d'affichage sur le mur d'un immeuble, dès lors qu'il avait été stipulé que ce droit devait être perpétuel.

³ V. cependant Civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, *RTD civ.* 2010, p. 350, obs. T. REVET ; *Droit et patrimoine* 2010, Chronique droit des biens, obs. J.-B. SEUBE.

⁴ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, *op. cit.*, n°246, p. 257.

121. Des mécanismes qui font durer l'usufruit. – Il existe des mécanismes par lesquels l'usufruit survit au décès de l'usufruitier. Ainsi la pratique notariale a créé deux montages :

*On peut constituer un usufruit au profit d'une personne en stipulant qu'à son décès, l'usufruit continuera sur la tête d'une autre personne pour ne s'éteindre définitivement qu'au décès de cette seconde personne. La Cour de cassation admet depuis longtemps ce montage¹. C'est ce que l'on appelle un **usufruit successif**.

*On peut également constituer un **usufruit réversible**. C'est l'hypothèse d'un bien qui appartient en commun à deux personnes. Elles décident de transférer la nue-propriété à une autre personne et elles se gardent l'usufruit par moitié. La réversibilité² c'est la possibilité pour l'un des usufruitiers de transmettre, à son décès, sa part d'usufruit à l'autre usufruitier. Ce dernier devient donc l'unique usufruitier.

Ces mécanismes ont été créés afin de contourner le caractère temporaire de l'usufruit et permettent de « transmettre » un usufruit malgré son caractère viager. L'usufruit a dans ce cas un « *terme incertain* »³. Mais si ces mécanismes ont depuis longtemps été admis par la jurisprudence, c'est parce qu'ils n'organisent pas la transmission de l'usufruit, mais la création d'un nouvel usufruit au décès du premier usufruitier. Contrairement à ce que suggère l'expression, la clause de réversibilité d'usufruit aboutit à constituer des usufruits successifs distincts qui s'ouvriront tour à tour lors de l'extinction du précédent par la mort de leur titulaire.

122. Avant-projet : usufruit transmissible. – Par son silence, l'avant-projet ne semble pas remettre en cause ces montages issus de la pratique notariale. Une lecture un peu audacieuse des articles 592 et 593 de l'avant-projet suggère même une possible transmission de l'usufruit à cause de mort. En effet, le premier de ces textes distingue l'usufruit viager de celui consenti pour une durée déterminée. Le second de ces textes précise alors, à propos du seul usufruit viager, qu'il s'éteint à la mort de son titulaire. Ne doit-on pas en conclure que lorsqu'il est à durée déterminée, l'usufruit n'est plus viager et survit au décès de son titulaire, si toutefois ce décès intervient avant le terme extinctif ? Cette interprétation correspond à la volonté des rédacteurs de permettre l'utilisation de l'usufruit dans des montages immobiliers complexes⁴. L'usufruit devient un véritable outil de

¹ Req., 15 mai 1865, *DP* 1865, I, 431

² Civ. 1^{ère}, 20 avril 1983, *Bull. civ.* I, n 124, *D.* 1986, p. 31, note M. GRIMALDI : la Cour de cassation a analysé a tort la réversibilité stipulée au profit des époux usufruitiers comme une mutation de l'usufruit.

³ F. TERRÉ ET P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°839, p. 732.

⁴ H. PÉRINET-MARQUET, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier* 2009, p. 16 et s. »

gestion¹ source d'optimisation fiscale. Il sera ainsi possible à un promoteur de vendre la nue-propriété à une personne et l'usufruit à une autre, y compris personne physique, qui pourra rentabiliser le coût de son investissement en louant le bien pendant une certaine durée, laquelle sera indifférente au décès éventuel de l'usufruitier. Pour le Pr. Zénati, cette modification est proprement révolutionnaire, car elle a pour effet de rendre possible la transmission de l'usufruit et d'en bouleverser la nature². L'usufruit peut également être utilisé en tant qu'usufruit locatif. Le mécanisme correspondrait à la situation suivante : un droit réel serait cédé temporairement à un locataire, en réalité usufruitier, moyennant un « loyer » qui pourrait prendre la forme d'un capital. En cas de décès de l'usufruitier, ses héritiers recueilleront l'usufruit consenti qui ne s'éteindra qu'au terme fixé par le contrat conclu entre l'usufruitier locataire et le nu-propriétaire bailleur. L'intérêt de ces mécanismes est essentiellement fiscal. En effet, concernant l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, les biens grevés d'un usufruit sont compris dans le patrimoine de l'usufruitier pour leur valeur en pleine propriété (cf. article 885 G, Code Général des Impôts). L'usufruitier devra aussi payer la taxe foncière. Le nu-propriétaire se voit ainsi libéré de toutes charges fiscales relatives à ce bien.

123. Conclusion. – Tout comme le caractère temporaire, propre à l'usufruit, les objets sur lesquels il peut porter ont été mentionnés par l'avant-projet. Certes la définition de l'usufruit donnée par l'avant-projet généralise les objets de l'usufruit, mais chaque objet bénéficie d'une disposition spéciale.

B.- L'objet de l'usufruit

124. Toute espèce de biens. – L'objet de l'usufruit concerne ici les biens incorporels. L'avant-projet précise que l'usufruit peut porter sur « *toute espèce de biens ou tout ensemble de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels* » (cf. article 575 alinéa 2).

De plus, une section entière est consacrée aux usufruits spéciaux, chacun bénéficiant de son propre article. Ces objets spéciaux d'usufruit ont fait l'objet de controverses que l'avant-projet intègre dans ses propositions.

125. Le quasi-usufruit (cf. article 596). – L'avant-projet n'innove pas en énonçant que l'usufruitier peut disposer librement des choses consommables, à charge pour lui de restituer des choses de même quantité et qualité ou leur valeur, au terme de l'usufruit.

¹ J.L. BERGEL, « Faire de l'usufruit un outil de gestion », *Droit et patrimoine*, décembre 2008, n°176, p. 10-12.

² F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, p. 235, n° 23.

L'usufruit portant sur des choses consommables est un principe admis depuis longtemps par la jurisprudence. La loi et la jurisprudence ont admis la possibilité de ce quasi-usufruit pour satisfaire aux besoins de la pratique¹.

126. L'usufruit des créances (*cf.* article 600). – L'usufruit porte-t-il sur la créance elle-même ou sur la somme d'argent objet de la créance ?

Un auteur, en la personne du Professeur Libchaber², pense que l'usufruit porte sur les fonds qui sont objets de la créance, car le but de la créance est de faire produire des intérêts.

S'il a pu paraître surprenant, au regard de la théorie classique des biens, que le démembrement d'un droit réel puisse porter sur un droit personnel³, la notion même d'usufruit des créances peut être discutée au regard de son objet. Il a en effet été démontré que l'usufruit des créances est davantage un usufruit sur les fonds prêtés puisque les fruits civils que constituent les intérêts des sommes exigibles (*cf.* article 584 du Code civil) proviennent moins de la créance elle-même que du capital dû⁴.

L'avant-projet précise que l'usufruitier d'une créance fait siens les intérêts à titre de fruits. En cas de remboursement du capital au cours de son usufruit, il exerce son droit sur ce capital. Il prévoit ainsi un régime juridique propre à l'usufruit des créances et reprend l'idée de l'article 584 du Code civil. En cas de remboursement du capital, l'usufruitier voit son usufruit sur la créance se transformer en quasi-usufruit⁵, le classicisme est ici réaffirmé.

127. L'usufruit des droits sociaux (*cf.* article 601). – Ce type d'usufruit est délicat puisqu'il soulève des interrogations sur la répartition des droits de jouissance et la répartition des pouvoirs de gestion.

En général, l'usufruitier d'une action ou d'une obligation a vocation à recueillir les dividendes réalisés dans la société et distribués comme des revenus. Ces revenus constituent des fruits civils⁶.

La question qui suscite le plus de controverses est celle de la répartition des pouvoirs de gestion. C'est le nu-propiétaire, seul associé, qui possède le droit de

¹ J.B. SEUBE, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif Droit*, 2006, n°37, p. 10.

² R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD civ.* 1997, p. 615 et s.

³ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°796, p. 701.

⁴ R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD civ.* 1997, p. 615.

⁵ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, 1^{ère} éd., LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 2000, n°275, p. 280.

⁶ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, 2000, n°276, p. 281.

vote en principe. L'usufruitier, lui, peut prendre part au vote concernant l'affectation des bénéfices. Deux arrêts récents de la chambre commerciale reviennent sur la délicate question des droits de l'usufruitier de parts sociales.

-Le premier arrêt, en date du 2 décembre 2008, retient que les statuts d'une société peuvent écarter le nu-proprétaire du vote des décisions collectives, même si l'usage de son vote par l'usufruitier porterait atteinte à la substance de ses droits (l'article 578 du Code civil obligeant l'usufruitier à conserver la substance de la chose n'est pas pris en compte)¹. L'usufruitier apparaît comme étant un associé², alors qu'il n'est pas pleinement propriétaire des parts.

-Le second arrêt, en date du 10 février 2009, concerne la nature de dividendes et le point de départ de leur existence (*cf. infra*). Les dividendes naissent juridiquement de la décision prise par l'assemblée générale de distribuer les bénéfices. La Cour de cassation en déduit que l'usufruitier n'a pas de droit sur les bénéfices avant cette décision³.

L'article 601 de l'avant-projet ne fait pas œuvre de nouveauté en disposant que les dividendes distribués à titre de revenus appartiennent à l'usufruitier. Sauf convention contraire, l'usufruitier exerce son droit sur les autres sommes conformément à l'article 596.

128. L'usufruit d'une universalité (*cf.* article 602). – L'usufruit peut, ensuite, porter sur des universalités (l'usufruit sera alors universel ou à titre universel, s'il porte sur une quote-part)⁴, c'est-à-dire des ensembles de biens considérés comme formant un tout. Le droit français connaît deux types d'universalités qui peuvent, toutes les deux, être identifiées comme objets d'usufruit :

*L'usufruit a fréquemment pour objet une universalité de droit : le patrimoine. L'universalité de droit est un complexe de biens et d'obligations⁵. En matière successorale, en effet, le conjoint survivant reçoit le plus souvent des droits en usufruit sur tout ou partie du patrimoine du conjoint. Dans ce cas,

¹ Com., 2 déc. 2008, *D.* 2009, jur. p. 780, note B. DONDÉRO ; *RTD civ.* 2009, p. 137, obs. T. REVET ; B. MALLET-BRICOUT, « Droit des biens, Mai 2008-juillet 2009 », *D.* 2009 n° 34, p. 2308.

² Voir en ce sens Civ. 3^{ème}, 29 nov. 2006, *Rev. sociétés* 2007, 319, obs. B. DONDÉRO ; *RTD civ.* 2007, p. 153, obs. T. REVET.

³ Com., 10 février 2009, *Droit et patrimoine* juin 2009, 89, obs. J.-B. SEUBE ; B. MALLET-BRICOUT, « Droit des biens, Mai 2008-juillet 2009 », *D.* 2009 n° 34, p. 2309.

⁴ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2007, n°62, p. 148.

⁵ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., Puf, coll. *Droit fondamental*, 2008, n°134, p. 205.

l'usufruitier doit supporter les dettes proportionnellement à la valeur du fonds objet de l'usufruit, s'il porte sur la totalité ou sur une partie de la succession¹.

*L'usufruit peut également porter sur des universalités de fait qui sont des regroupements de biens unis par une certaine cohérence, en général un but commun. Cette universalité doit avoir une certaine cohésion qui requiert le maintien de chacun de ses éléments dans le groupement². Ainsi conçoit-on l'usufruit : d'un fonds de commerce³, d'un troupeau (*cf.* les articles 615 et 616 du Code civil qui distinguent nettement selon que l'usufruit porte sur un ou plusieurs animaux déterminés ou, au contraire, sur le troupeau dans son ensemble), ou encore d'un portefeuille de valeurs mobilières⁴.

L'intérêt attaché à la reconnaissance d'une universalité de fait est de faire porter l'usufruit, non sur les biens composant l'universalité⁵, mais sur l'universalité elle-même considérée comme un bien unique. L'obligation de restituer a pour objet l'universalité dans son ensemble, l'enveloppe, le contenant, et non ses composants pris individuellement. Cette analyse permet ainsi à l'usufruitier de disposer librement des biens composant l'universalité, à charge simplement d'en conserver la substance, c'est-à-dire la valeur. Le mécanisme de la subrogation réelle est ainsi utilisé pour que le nu-propiétaire récupère au terme de l'usufruit un ensemble dont les composants ont changé⁶.

L'article 602 de l'avant-projet consacre ainsi le mécanisme de la subrogation réelle (alinéa 1), mécanisme qui, rappelons-le, permet le remplacement d'un bien par un autre qui prend sa place et ses caractères. Ne dit-on pas : « *Subrogatum capit naturam subrogati* » (ce qui est subrogé prend la nature de ce à quoi il est subrogé)⁷ ?

Les rédacteurs suivent la pratique qui applique l'usufruit quelque soit la nature de la chose sur lequel il porte.

129. Conclusion. – Le suivi de la tradition se retrouve tant dans le caractère temporaire de l'usufruit que dans l'énumération des objets de l'usufruit. En effet, les rédacteurs de l'avant-projet n'ont fait qu'ajouter à la définition de l'usufruit et à

¹ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n°277, p. 282.

² F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°133, p. 204.

³ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°794, p. 700.

⁴ Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998 : un conjoint survivant, usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, a obtenu le pouvoir « de gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés », tout en étant tenu « d'en conserver la substance et le rendre », *RTD civ.*, 1999. 422, obs. F. ZÉNATI-CASTAING.

⁵ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°321, p. 484.

⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°490, p. 385.

⁷ *Ibid.*, n°489, p. 384.

son régime. La tradition se poursuit avec des précisions apportées à deux autres notions du droit des biens. Autant les précisions concernant l'usufruit sont utiles et tranchées par la majorité de la doctrine, autant les précisions concernant l'indivision et le trésor sont critiquables pour la première, et maladroitement pour la seconde.

§2- Des précisions douteuses

Les rédacteurs apportent d'autres précisions dont on se demande si elles sont vraiment nécessaires. En effet, la première concernant la personnalité morale de l'indivision, qui met certains auteurs en désaccord, est discutable (A). La seconde, concernant la définition du trésor, paraît incompréhensible et soulève plusieurs interrogations (B).

A.- La définition de l'indivision : « n'a pas la personnalité morale »

130. L'indivision et la société. – L'indivision correspond à la situation dans laquelle plusieurs personnes se retrouvent simultanément titulaires de droits concurrents de même nature sur un même bien¹. Ces droits concurrents sont le plus souvent des droits de propriété, mais rien ne s'oppose à ce qu'une indivision soit constituée, par exemple, entre des nus-propriétaires ou des usufruitiers (*cf. infra*).

L'avant-projet reprend la formule classique permettant de définir l'indivision à l'article 569. Il ajoute cependant un deuxième alinéa dans lequel il précise que « *l'indivision n'a pas la personnalité morale* ».

Qu'en est-il aujourd'hui ?

La différence séparant la société, dotée de la personnalité morale, et l'indivision est admise depuis longtemps. Cependant, la loi du 31 décembre 1976 concernant le régime de l'indivision avait amoindri cette différence par l'organisation de l'indivision conventionnelle².

La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a obscurci la distinction de la société et de l'indivision, en consacrant le principe majoritaire entre copropriétaires d'un même bien³. Ce principe, initialement cantonné aux actes d'administration, est étendu par la loi du 12 mai 2009, aux actes

¹ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n°468, p. 466.

² F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°351, p. 519.

³ *cf.* article 815-3 du Code civil : il permet à la majorité des indivisaires (indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis) d'administrer les biens indivis.

d'aliénation (cf. art. 815-5-1 C. civ.). L'indivision est désormais dotée, comme les sociétés, d'un administrateur.

Néanmoins, selon un principe aujourd'hui bien ancré en droit français¹, deux conditions sont nécessaires pour conférer la personnalité morale à un groupement :

131. Un intérêt propre à l'indivision. – L'intérêt commun consacré par la loi de 1976 est distinct de l'intérêt individuel de chaque indivisaire, car il tient en la conservation et la gestion des biens indivis. Les articles 815-5 et 815-6 du Code civil consacrent donc cette évolution.

De plus, un arrêt de la première chambre civile a fait une avancée vers la reconnaissance de la personnalité morale de l'indivision. En effet, elle a jugé que « *la faute commise par l'indivisaire était d'abord préjudiciable à l'indivision*² ». Des auteurs considèrent alors que l'indivision reconnue victime d'un préjudice, elle est nécessairement sujet de droit³.

132. Une expression collective. – La loi de 2006 suggère la possibilité d'une personnification de l'indivision en posant le principe que la gestion des biens indivis se fera à la majorité des deux tiers et par l'intermédiaire d'un administrateur.

L'intérêt propre à l'entité, qu'est l'indivision, est bien mis en avant grâce à ce principe de la majorité : « *c'est l'intérêt collectif qui est au fondement de la personnification des groupements* »⁴. En effet, la règle de la majorité est une véritable technique d'expression d'un intérêt collectif⁵.

Quant aux indivisaires, les droits qu'ils ont sur leur quote-part leur confèrent un véritable droit de propriété.

L'indivision est donc prise entre deux conceptions : la conception individualiste qui fait rayonner les droits des indivisaires et la conception collective qui tend à rapprocher l'indivision de la société.

¹ « *La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* » (Civ. 2^{ème}, 28 janv. 1954 : *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, n° 15-16).

² Civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, *Droit et patrimoine*, n°178, Février 2009, p. 139, obs. J.B. SEUBE.

³ J.B. SEUBE, obs. préc.

⁴ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°351, p. 519.

⁵ J.B. SEUBE, « *Droit des biens, Avril-octobre 2008 : en attendant la réforme...* », *Droit et patrimoine* n°178, Février 2009, p. 138.

« Telle est bien l'ambiguïté fondamentale de l'indivision, qui est tout ensemble une société sans personnalité, et un agrégat de propriétés individuelles portant sur des quotes-parts¹ ».

Après ces observations, il n'y aurait pas de doutes à conférer la personnalité morale à l'indivision, tant elle est proche de la forme sociétaire. « *La personnalité juridique de l'indivision se profile à l'horizon* »². Cependant, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt récent concernant un congé pour vendre relatif à un logement appartenant à une indivision que celle-ci était dépourvue de personnalité morale³. Il est évident que les rédacteurs de l'avant-projet ont tranché la question en s'accordant avec le droit positif : « *l'indivision n'a pas la personnalité morale* ». Est-ce pour éviter les complications et les débats auxquels a donné lieu l'interprétation de la loi de 2006 ? On n'a pas de réponse, mais il aurait quand même été audacieux et bienvenu de reconnaître la personnalité morale à l'indivision, ce qu'a fait timidement et discrètement la loi de 2006, puis celle de 2009...

133. Conclusion. – En apportant cette précision à la définition de l'indivision, l'avant-projet a émis sa position sur un sujet qui suscite des hésitations. Il aurait peut-être pu prendre en considération l'évolution de la situation de l'indivision qui tend à se rapprocher de la forme sociétaire. Concernant la précision apportée au trésor, l'avant-projet rend floue sa définition.

B.- La définition du trésor : « dans un bien »

134. Les éléments caractérisant le trésor. – Le trésor est défini par le Code civil à l'article 716 : « Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard ». Différents éléments définissant le trésor peuvent ainsi être extraits.

L'avant-projet reprend les éléments du Code en définissant le trésor de la manière suivante : « Est un trésor tout meuble caché ou enfoui, découvert dans un bien par le pur effet du hasard et sur lequel personne ne peut justifier de sa propriété » (cf. article 568).

¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°18, p. 321.

² P. PUIG, « Société et indivision : bref retour vers le futur (après la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités) », in *Journal des sociétés*, 2008, avril 2008, p. 53-57.

³ Civ. 3^{ème}, 16 sept. 2009, n°08-13.701.

135. Des interrogations soulevées sur la localisation du trésor. – La localisation du trésor a été précisée par cet article : « dans un bien ». Pourquoi avoir apporté cette précision ? L'expression « dans un bien » signifie-t-elle « incorporé à un bien » ou comprend-elle simultanément une localisation « sur un bien » et une localisation « dans un bien » ?

Des auteurs parlent également du trésor comme une chose corporelle mobilière enfouie « *dans un bien* », généralement dans un immeuble¹.

Si l'on comprend cette expression de telle sorte qu'un meuble caché ou enfoui n'est un trésor qu'à partir du moment où il est extrait du bien, cela voudrait dire qu'un trésor trouvé dans une grotte sans y être incorporé n'est pas un trésor...

Une explication peut cependant être donnée à travers les réflexions de certains rédacteurs de l'avant-projet. En effet, ceux-ci pensent que le trésor a mieux sa place parmi les règles de l'accession que parmi celles relatives aux manières d'acquérir la propriété dans le Code civil (*cf.* article 716), la définition de l'accession étant tout ce qui s'unit et « *s'incorpore* » à une chose [...].

La précision apportée par l'avant-projet sur le critère de définition du trésor est bien l'incorporation. Autrement dit, si l'on découvre une chose cachée sous un linge et simplement posée dans une pièce restée fermée pendant des siècles, ce n'est pas un trésor parce qu'on ne l'a pas extraite du sol ou du mur. L'interprétation de cette précision reste un trésor à découvrir...ou au contraire à enterrer !

136. Conclusion du chapitre. – L'avant-projet exprime une certaine fidélité à l'égard du droit positif actuel.

D'une part, il conserve assez largement les pensées et solutions traditionnelles. Tantôt il confirme des définitions, en les reprenant ou en les réécrivant, et des courants de pensée traditionnels, en les consacrant ou en enrichissant certaines définitions ; tantôt il précise des définitions, en les clarifiant ou, malheureusement, en les rendant un peu plus obscures.

D'autre part, tout en étant fidèle à la tradition, l'avant-projet choisit de prendre position en rendant hommage à une théorie classique du patrimoine et en se risquant à la définition du bien en référence à une conception sur laquelle la majorité de la doctrine est d'accord. Le suivi de la tradition fait place au choix d'une tradition.

¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n°18, p. 54.

Chapitre 2 : Le choix d'une tradition

137. Quelles traditions ? – L'avant-projet garde le ton de la tradition et choisit de s'orienter vers des solutions déjà bien connues de notre droit positif. Il s'agit pour l'essentiel du patrimoine d'Aubry et Rau (section 1) et de la définition du bien dont on sait qu'elle est vivement controversée (section 2).

Section 1 : L'hommage à une tradition : la définition du patrimoine

138. Aubry et Rau. – Le Code civil ne donne pas de définition du patrimoine, il ne fait que la suggérer. De l'article 2284 du Code civil est tirée la théorie juridique du patrimoine. La définition du patrimoine est une création doctrinale : c'est l'ensemble des rapports de droit ayant une valeur pécuniaire, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne et qui sont envisagés comme formant une universalité juridique¹.

La théorie du patrimoine est récente. Elle était ignorée du droit coutumier, qui appréhendait les biens d'une personne par fractions, selon leur finalité. Mais elle était connue du droit romain et du Moyen Âge. Elle a essentiellement été l'œuvre, au XIX^e siècle, de deux auteurs strasbourgeois, Charles Aubry et Charles Rau, qui se sont eux-mêmes largement inspirés des travaux de Zachariae, professeur à Heidelberg². Même si elle a beaucoup été critiquée, leur théorie demeure, et l'avant-projet leur rend d'ailleurs hommage.

L'article 519 de l'avant-projet reste fidèle à la théorie d'Aubry et Rau en faisant un double lien entre la personne et le patrimoine.

Le patrimoine d'une personne est une universalité (§1). Le patrimoine est un attribut de la personnalité (§2).

§1 – Le patrimoine, une universalité

139. Un tout. – Le patrimoine est un ensemble. Le patrimoine est une universalité juridique constituée par l'ensemble des droits et obligations d'une personne qui sont appréciables en argent³.

Dire que le patrimoine est une universalité juridique signifie également qu'il est un ensemble d'éléments actifs et passifs (A) considéré comme formant un tout. Ces éléments d'actifs et de passifs sont liés (B).

¹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°18, p. 24.

² P. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Éd. Cujas, 1996, p. 181 et s.

³ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, *op. cit.*, n°2, p. 2.

A.- Un ensemble d'actif et de passif

140. Biens et dettes. – Le patrimoine apparaît comme l'enveloppe dans laquelle sont regroupés tous les éléments actifs et passifs dont une personne est titulaire au long de sa vie. Parce que le patrimoine est un ensemble, on doit envisager l'ensemble de l'actif et du passif appartenant à une personne. On ne doit pas appréhender les biens et les dettes pris isolément. Il peut y avoir aliénation d'un bien du patrimoine, celui-ci demeure. Il est le contenant, ses éléments sont le contenu.

L'actif du patrimoine est composé des biens appartenant à un même propriétaire et de droits ayant un même titulaire. Étant entendu que ce propriétaire et ce titulaire sont une même personne.

Le passif du patrimoine correspond aux obligations, dettes et charges. C'est ce qui fait du patrimoine une universalité de droit et non pas simplement une collection de biens, de créances.

Le patrimoine, par-delà les biens présents, s'étend aux biens futurs, à venir. Ces biens sont interchangeables, cela participe de la définition même du patrimoine d'Aubry et Rau : l'interchangeabilité.

141. Présents et à venir. – Les biens présents rentrent dans l'actif du patrimoine. Ce sont ceux dont le débiteur est propriétaire au moment où naît sa dette. L'actif est aussi constitué des biens à venir, c'est-à-dire ceux que le débiteur acquerra par la suite¹. L'avenir s'intègre au patrimoine parce que le patrimoine s'étend aux biens à venir². Aubry et Rau voyaient dans le patrimoine le pouvoir d'acquérir autant que la fortune acquise³.

142. Interchangeables. – Les éléments actifs apparaissent interchangeables, ce qui permet aux créanciers de saisir l'un quelconque des biens composant le patrimoine de leur débiteur au jour de la saisie.

Chaque créancier peut donc saisir tous les biens du patrimoine de son débiteur, ceux qu'il avait lors de la dette, et ceux qu'il a acquis après la naissance de la dette⁴. Le patrimoine se caractérise par une équivalence entre les éléments d'actifs comme éléments du gage des créanciers.

¹ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^{ème} éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2005, n°11, p. 9.

² G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2007, n°5, p. 11.

³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, 19^{ème} éd., Puf, coll. *Quadrige Manuels*, 2004, n°664, p. 1517.

⁴ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n°11, p. 9.

143. Conclusion. – Le patrimoine est un contenant dans lequel des éléments actifs et passifs forment son contenu. Ce contenu étant en perpétuelle corrélation, ses composants ne doivent pas être considérés séparément.

B.- Le lien entre l'actif et le passif

Le patrimoine d'une personne est composé de l'ensemble des biens et obligations, l'actif répondant du passif.

144. L'actif répond du passif. – Un lien existe entre les éléments actifs et passifs du patrimoine. Celui-ci comprend aussi bien les créances que les dettes et les premières répondent des secondes. Plus généralement, l'actif répond du passif.

145. Le droit de gage général. – Il en résulte que les créanciers bénéficient d'un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur (*cf.* article 2284 du Code civil). Ainsi, au décès d'une personne, les héritiers qui acceptent la succession recueillent non seulement l'actif, mais également le passif, les biens, mais aussi les dettes.

L'avant-projet a conservé, dans sa définition du patrimoine, la construction rationnelle et cohérente que la doctrine avait adoptée.

146. Conclusion du paragraphe. – Les rédacteurs ont défini le patrimoine en tant qu'universalité juridique (alinéa 1^{er}). Ils ont aussi consacré l'unicité du patrimoine et le lien indéfectible entre la personne et le patrimoine (alinéa 2).

§2 – Le patrimoine, un attribut de la personnalité

147. Émanation de la personne. – Selon la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, le patrimoine est une émanation de la personne. Le patrimoine est un ensemble composé de droits et d'obligations. Si ces éléments sont unis, c'est parce qu'ils trouvent leur ciment au sein d'une même personne titulaire de ces droits et obligations¹. Ces éléments sont soumis à une seule et unique volonté, d'où les célèbres propositions : seule une personne a un patrimoine (A), toute personne a un patrimoine (B), une personne n'a qu'un patrimoine (C).

L'avant-projet rappelle le principe de l'unicité du patrimoine : « *Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine* ».

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n°666, p. 1518.

A.- Seule une personne a un patrimoine

Aubry et Rau considéraient le patrimoine dans sa plus haute expression comme « la personnalité même de l'homme considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il a eu ou pourra avoir des droits à exercer »¹.

Aussi bien une personne physique qu'une personne morale ont un patrimoine. L'une comme l'autre est à la fois apte à être titulaire de droits et à être chargée de dettes.

Là où il y a une personne juridique, il y a un patrimoine.

B.- Toute personne a un patrimoine

Une personne a un patrimoine dès l'instant de sa naissance et dès sa constitution pour une personne morale. N'eût-elle rien dedans, n'eût-elle que des dettes, la personne a un patrimoine². Peu importe qu'il soit vide : le patrimoine est d'abord une enveloppe, un contenant, qui existe malgré l'absence de contenu.

Le patrimoine disparaît alors au moment de la mort : la personne décède et son patrimoine également. L'abolition physique de la personne emporte l'abolition de son patrimoine³. Les éléments actifs et passifs qu'il contenait sont dévolus aux héritiers. Les créanciers du défunt pourront ainsi se rembourser sur les biens personnels des héritiers, ce qui conduit souvent ceux-ci à n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire afin de n'être tenu que dans les limites de l'actif successoral.

C- Une personne n'a qu'un patrimoine

C'est le principe de l'unité ou de l'indivisibilité du patrimoine⁴, repris par l'avant-projet.

Une personne ne peut pas avoir plusieurs patrimoines. La règle est importante, car elle interdit à un commerçant de se constituer un patrimoine commercial afin que ses créanciers professionnels ne saisissent pas dans sa fortune personnelle⁵.

¹ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^{ème} éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2005, n°12, p. 9.

² J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n°666, p. 1519.

³ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2007, n°5, p. 10.

⁴ *Ibid.*, n°5, p. 10.

⁵ *Ibid.*, n°5, p. 11.

Il convient de préciser que l'article 519 de l'avant-projet définissant le patrimoine consacre la théorie de l'unicité du patrimoine, mais n'est pas ignorant vis-à-vis des patrimoines d'affectation. En effet, même si l'expression aurait pu être moins timide, l'article dispose que toute personne est titulaire d'un seul patrimoine, « *sauf si la loi en dispose autrement* ».

Les rédacteurs de l'avant-projet ajoutent néanmoins que : « les critiques qui lui avaient été adressées (sur la consécration de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau) et les besoins auxquels la théorie du patrimoine d'affectation entendait répondre semblent moins convaincants depuis que le législateur a institué des sociétés unipersonnelles et, à moindre degré, la fiducie sûreté¹ ».

Il aurait été plus opportun, au regard des critiques sur l'unicité du patrimoine, de confirmer, par souci de coordination avec la législation en vigueur, la compatibilité du patrimoine d'affectation avec le régime des biens², plutôt que de codifier la théorie d'Aubry et Rau, théorie aujourd'hui désuète.

148. Conclusion de la section. – Le Code civil ne donne pas de définition du patrimoine. C'est pourquoi les rédacteurs de l'avant-projet ont jugé utile de proposer une définition, le patrimoine étant une notion phare en droit des biens. Ils ont choisi de consacrer la théorie bien connue du patrimoine des illustres Professeurs Aubry et Rau. En cela, les rédacteurs reconnaissent que la définition retenue ne révolutionne pas la matière³.

L'avant-projet a néanmoins été intrépide en proposant une définition du bien. Tellement de controverses ont parcouru cette notion qu'aucune définition n'a été jusqu'alors proposée. Audace dit-on ? Certes les rédacteurs en ont été animés, mais le contenu de la définition ne semble pas l'être. En cela, les rédacteurs ont fait le choix d'une tradition.

Section 2 : L'audace face à la tradition : la définition des biens

149. Qu'est-ce qu'un bien ? – Le Doyen Carbonnier disait : « le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction »⁴.

¹ F. POLLAUD-DULIAN, *in*, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 23.

² F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009.

³ F. POLLAUD-DULIAN, *in*, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 16.

⁴ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *in* *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°22, p. 324.

La question de la définition des biens est complexe. Comment définir les biens ?

Juridiquement, les auteurs ne s'accordent pas sur la définition du bien. La première approche est d'opposer les biens aux personnes : les personnes ne sont pas des biens¹. Pour autant tout ce qui n'est pas une personne est-il nécessairement un bien ? Il est certain que la notion de bien se montre « en réalité rebelle à toute tentative de définition »² et qu'« en la matière, il n'y a pas de place pour des vérités, mais seulement pour des propositions »³. Loin de s'arrêter à *l'impossible définition*⁴ juridique du bien (§1), stigmatisée par certains auteurs, les rédacteurs de l'avant-projet ont été intrépides et ont proposé une définition du bien.

Les rédacteurs de l'avant-projet ont été intrépides et ont proposé une définition du bien (§2). L'article définissant les biens est certes très novateur, mais suscite quand même quelques interpellations.

§1 – Les biens, *une impossible définition*

Même si la notion de bien est effectivement rebelle à toute définition, il convient de cerner les grandes questions autour du bien en le confrontant aux choses et aux droits, afin de mieux comprendre les difficultés de définition. Toutes les choses ne sont pas des biens (A). Encore faut-il qu'elles soient appropriables. Tous les biens ne sont pas des choses parce que les biens peuvent être des droits⁵ (B).

A.- Les biens et les choses

Le Code civil, en son article 516, affirme que « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ».

150. Une approche matérialiste. – Les biens sont des choses qui servent à l'usage de l'homme et lui permettent de satisfaire à ses besoins⁶. Ils s'opposent ainsi à la personne.

¹ R. L. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°21, p. 324.

² J.B. SEUBE, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif Droit*, 2006, n°1, p. 1.

³ M.L. MATHIEU-IZORCHE, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. *Sirey*, 2006, n°26, p. 8.

⁴ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *APD*, t. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 259 et s.

⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n°707, p. 1595.

⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°27, p. 32.

Une esquisse de définition peut être alors tentée : les biens sont des choses corporelles qui sont susceptibles d'être appropriées parce qu'elles sont utiles.

Les rédacteurs du Code civil prennent donc en considération les choses corporelles et n'envisagent pas les choses incorporelles.

Ce qui caractérise ainsi le bien, c'est qu'on peut le saisir. C'est une chose matérielle, palpable. On peut s'en servir physiquement en tant que propriétaire. Tandis que les choses incorporelles ne sont pas susceptibles d'être touchées ou saisies, donc on ne peut pas en être propriétaire.

Cette approche étant minimaliste et réductrice, on doit s'orienter vers une autre approche. On peut se demander si les justifications qui conduisent à dire que les choses corporelles sont identifiées comme des biens sont transposables aux choses incorporelles.

151. L'utilité et la rareté des choses. – Quelles sont les raisons amenant à dire que les choses corporelles sont susceptibles d'appropriation, donc sont des biens ?

Un auteur a pu observer que : « Selon la géologie environnante, l'ancêtre tira la carcasse dans l'anfractuosité de la colline puis en dissimula l'accès de quelques branches ou, à l'image du chien sauvage qui l'accompagnait parfois, creusa un trou pour y dissimuler quelques gigots préhistoriques. Face à un objet donné, notre homme venait de conjuguer les deux concepts d'utilité et de rareté et, les projetant dans le futur, en avait éprouvé le souci et décidé de ne pas les ignorer »¹.

Reprenons les points importants :

- Une chose corporelle est appropriable, et à ce titre est identifiée comme un bien, car elle est utile à l'homme et rare. Elle constitue donc une valeur. C'est parce qu'elle est une valeur que son titulaire souhaite se l'approprier. Une chose corporelle est une valeur. Une valeur est un bien. Donc, une chose corporelle est un bien.

- Le titulaire de cette valeur souhaite avoir une exclusivité sur elle. Il aura un droit privatif sur cette valeur, cette chose. Il sera donc animé d'un souci de réservation et de commercialisation². D'une part, le titulaire de la valeur voudra se

¹ J.M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges A. BRETON-F.DERRIDA*, Dalloz, 1991, n°4.

² *Ibid.*, n°7.

la réserver (exclure tout autre droit de propriété sur elle), et d'autre part il voudra la transmettre, la céder. C'est dans ce prolongement que la valeur devient un objet de droit, un bien.

Certains auteurs disent même que les choses sont du côté du monde réel et les biens sont du côté du droit¹.

152. Toute valeur est-elle un bien ? – Il existe des valeurs corporelles, mais aussi des valeurs incorporelles (une invention, une recette, une idée...) On peut donc se demander : si tout bien est une valeur, est-ce que toute valeur peut être un bien ? Deux thèses s'opposent :

*Certains auteurs pensent que toute valeur, dont le droit se préoccupe, est juridiquement un bien².

*D'autres rejettent cette conception et pensent que les biens sont uniquement les choses susceptibles d'être appropriées. Pour eux, les valeurs qui ne peuvent pas être appropriées ne sont pas des biens : ce sont des choses, des valeurs, mais pas des biens.

153. La distinction entre les choses appropriables et les choses non appropriables. – Un rebondissement sur une autre question qui fait débat est nécessaire : quelles sont les choses appropriables et quelles choses ne le sont pas ? Deux courants peuvent être analysés.

154. « Le courant réaliste ». – L'utilité et la rareté d'une chose font que cette chose est une valeur. Donc, pour certains auteurs, toute chose utile et rare devrait pouvoir être protégée par un droit de propriété, qu'elle soit matérielle ou immatérielle³. Le bien est une chose qui procure des utilités à l'homme et sa rareté conduit à vouloir se l'approprier. Il devient donc nécessaire de s'approprier une chose lorsqu'elle est utile et rare. Cette appropriation fait de la chose un bien.

Cette thèse n'a pas été admise en droit positif. Une autre, partagée par la majorité de la doctrine, a été consacrée et constitue aujourd'hui notre droit commun.

155. « Le courant légaliste ». – Cette pensée, adoptée par le Code civil, distingue les choses corporelles et les choses incorporelles.

¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°21, p. 324.

² J.M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges A. BRETON-F.DERRIDA*, op. cit., n°7.

³ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n°2, p. 19 et 20.

Les choses corporelles sont celles qui sont par nature appropriables. Une maîtrise matérielle peut être exercée sur ce type de chose.

Les choses incorporelles, au contraire, ne sont pas appropriables, car aucune emprise matérielle ne peut être opérée sur elles. Son titulaire peut donc difficilement s'en réserver la propriété. En revanche, la loi peut décider que des choses incorporelles sont appropriables (droits d'auteurs, brevets...). Ainsi, il ressort de ce courant de pensée que les choses corporelles sont appropriables par nature et que les choses incorporelles le sont uniquement si la loi le prévoit.

La notion de bien est délicate à cerner lorsqu'on la compare à celle de chose. Elle l'est d'autant plus lorsqu'on la compare aux droits.

B.- Les biens et les droits

Les droits sont-ils des biens ? Partons du Code civil afin de construire une réponse cohérente.

156. Les droits sont des biens. – Selon les rédacteurs du Code, les droits portant sur un immeuble sont immeubles et les droits portant sur des choses mobilières sont des meubles. En effet, deux articles illustrent ce constat : l'article 526 et l'article 529.

Il en résulte donc que les droits sur les immeubles et sur les meubles sont des biens (*cf.* article 516 : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles.* »).

Les biens sont donc non seulement des choses, mais aussi des droits. Les droits réels (portant sur les immeubles) et les droits personnels (ayant pour objet une créance) sont des biens. Ils ont une valeur pour leur titulaire.

157. Quels droits ? – Comment expliquer que la chose dont je suis propriétaire est un bien et que le droit de propriété (qui me rend titulaire de ce bien) est également un bien ? Y aurait-il donc deux biens là où il ne devrait y avoir qu'un seul bien ? Là encore, deux thèses s'opposent et les choses se compliquent.

158. Une confusion entre le droit et son objet. – Afin d'expliquer comment les rédacteurs du Code civil ont envisagé sous la notion de biens, les choses et les droits, la doctrine majoritaire se fonde non pas la notion de chose elle-même, mais sur la propriété de la chose.

La propriété de la chose fusionne avec la chose objet de propriété pour donner un seul bien.

Les rédacteurs du Code civil auraient donc visé la propriété des choses en visant les choses. Ce seraient alors les droits portant sur les choses qui sont des biens et non les choses elles-mêmes. En effet, les choses sont utiles aux personnes. Or cette utilité est permise par le droit qui porte sur la chose. Le droit a plus de valeur que la chose elle-même (droit de propriété, droit réel, droit personnel).

159. Le droit de propriété n'est pas un bien. – Cette analyse classique est critiquée par une autre partie de la doctrine. En effet, ils pensent que si la fonction de la propriété est de permettre l'appropriation d'une chose et corrélativement de transformer cette chose en bien, la propriété elle-même ne peut pas être un bien. Il leur paraît évident qu'on ne peut pas être propriétaire d'un droit de propriété qui porte sur une chose. Le droit de propriété qui permet de s'approprier une chose (qui deviendra donc un bien) ne peut pas être simultanément un objet d'appropriation. Il permet aux choses d'être des biens. Ce sont les objets de la propriété qui sont des biens, non la propriété elle-même¹.

Par conséquent, ces auteurs pensent que la propriété porte sur des choses susceptibles d'appropriation et sur des droits (réels et personnels) autres que le droit de propriété. Pour eux, le droit de propriété émane de la personne. C'est un droit de la personnalité. Une personne dispose d'un droit de propriété, et ce droit de propriété porte sur des biens.

160. Conclusion du paragraphe. – D'une manière générale, les auteurs s'accordent à penser que les biens sont des choses susceptibles d'être appropriées. Les choses qui peuvent être qualifiées de biens sont les choses corporelles et les choses incorporelles. Encore faut-il que ces dernières soient protégées par des lois spéciales. Les biens peuvent encore être des droits réels ou personnels. Cependant, la discussion reste ouverte à propos du droit de propriété, même si l'avant-projet tend à consacrer la vision classique du Code civil qui considère que le droit de propriété comme un droit réel. Le travail que les rédacteurs de l'avant-projet ont mené a été très audacieux et ils se sont risqués à l'exercice en s'exposant à des critiques. D'une *impossible définition* des biens, les rédacteurs de l'avant-projet en font une possible définition.

§2 – Les biens, une proposition de définition

161. Choses nouvelles ? – « Des choses nouvelles frappent à notre porte, elles demandent leur consécration par le droit. Rien d'étonnant à cela : le droit change avec le monde qui l'entoure, et le renouvellement des biens est une revendication de tous les temps. Reste à savoir si elle est légitime, et dans quelle

¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n°3, p. 21.

mesure : faut-il accepter de consacrer tout désir d'appropriation, ou admettre à l'inverse qu'il y a des bornes à la reconnaissance des biens¹ » ?

Les difficultés que pose la tentative d'une définition du bien se diversifient lorsqu'on passe des choses (A) aux droits (B).

A.- Les choses

1/ La nature des choses

Les rédacteurs de l'avant-projet distinguent les choses corporelles des choses incorporelles, ce que ne faisait pas clairement le Code civil.

a- les choses corporelles

Les choses corporelles sont les biens par excellence parce que leur appropriation est naturelle et existe depuis toujours².

Toutes les choses corporelles, sans restriction, sont susceptibles de devenir des biens à condition d'être appropriées.

b- les choses incorporelles

Les choses incorporelles font leur entrée en tant que telles dans la notion légale de bien aux côtés des choses corporelles. S'il ne s'agit pas d'une réelle innovation (*cf.* article 529 du Code civil), c'est en tout cas une heureuse consécration.

Les choses incorporelles sont placées au même niveau que les choses corporelles. Comme ces dernières, elles ne deviennent des biens qu'à la condition d'être appropriées.

2/ L'appropriation des choses

L'unique critère du bien retenu par l'avant-projet est celui de l'appropriation. Ses rédacteurs n'ont pas entendu reprendre les propositions de certains auteurs qui envisageaient d'ajouter le critère de l'aptitude à la circulation juridique et à la transmission entre patrimoines³. Les rédacteurs ont considéré que

¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°26, p. 329.

² J.M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », *in Mélanges A. BRETON-F.DERRIDA, op. cit.*, n°8.

³ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°21, p. 324.

cette aptitude était inhérente au droit de propriété et qu'il était inutile d'en faire un critère du bien¹.

a- Des choses corporelles

162. Toutes les choses corporelles ne sont pas des biens. – Encore faut-il qu'elles soient appropriées, et non seulement appropriables.

Une lecture rapide pourrait laisser apparaître une contradiction dans les textes.

Aux termes de l'article 520, les choses corporelles appropriées sont des biens.

Aux termes de l'article 530, toutes les choses corporelles, autres qu'immeubles, sont meubles.

Or l'article 526 semble assimiler les meubles et les immeubles à des biens.

Donc, on pourrait en déduire que les choses corporelles étant meubles et les meubles étant des biens, les choses corporelles sont nécessairement des biens même si contrairement à l'article 520, elles ne sont pas appropriées. À moins de dire que les choses corporelles sont nécessairement appropriées, quelles qu'elles soient.

Mais une lecture plus attentive de l'article 526 montre que si tous les biens sont effectivement meubles ou immeubles, l'inverse n'est pas vrai : tous les meubles et immeubles ne sont pas des biens.

Cette lecture correspond au droit positif qui exclut de la catégorie des biens les *res communes*, les *res nullius* et les *res derelictae*.

163. « Les choses humaines ». – Les éléments et produits du corps humain sont-ils des biens une fois qu'ils sont détachés de la personne ? Sont-ils appropriables et appropriés ? L'avant-projet ne répond pas à cette délicate question qui mêle l'éthique et le juridique.

La reconnaissance de ces « biens corporels » ne signifierait pas que leur titulaire pourrait faire n'importe quoi sans cadre, sans limite². L'article 16-1 alinéa

¹ F. POLLAUD-DULIAN, in, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 24.

² R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du*

3 du Code civil suffit à poser ces bornes en consacrant l'extra-patrimonialité des éléments et produits du corps humain. Ceux-ci ne peuvent être transmis qu'à titre gratuit. Cette gratuité est-elle un obstacle à la qualification de bien ?

Pour certains auteurs¹ cet obstacle n'en est pas un : « *les choses humaines sont appropriables sans difficulté* ». Elles sont des biens. En effet, ils considèrent que ces choses sont appropriables en ce qu'elles sont utiles et rares, en ce qu'elles sont originales.

L'avant-projet, par souci de clarification, aurait pu inclure les choses détachées du corps humain dans la définition des biens tout en précisant qu'elles sont soumises à des restrictions particulières.

À l'inverse, l'avant-projet aurait peut-être pu prendre une position claire sur la nature juridique des prothèses voire des chiens guides d'aveugles. S'agit-il encore de biens ou doit-on y voir des « personnes par incorporation ou par destination » ? Est-ce qu'on pourrait dire que ce sont des biens par rapport à la finalité qu'a voulu leur donner la volonté individuelle ?

b- Des choses incorporelles

164. Appropriation par détermination de la loi. – Dans l'avant-projet, l'appropriation des choses incorporelles ne s'opère pas aussi naturellement que pour les choses corporelles.

Aux termes de l'article 517, les biens intellectuels sont régis par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et selon l'article 558, la possession des meubles incorporels obéit aux lois spéciales qui les régissent. Autant dire que les choses incorporelles ne sont appropriables que sur autorisation de la loi : brevets, marques, droits d'auteurs...

Les rédacteurs de l'avant-projet ont ici clairement consacré la thèse que nous avons qualifiée de « légaliste », rejetant de la sphère des biens l'information, les recettes de cuisine, l'art conceptuel...

165. Quid de la force de travail ? – Implicitement, cette exclusion rejette aussi de la sphère des biens les valeurs entourant la personne telles que la force de travail, le talent, la créativité... Si certains auteurs ont tenté de démontrer que ces valeurs pouvaient être l'objet d'une « quasi-propriété »², il semble justifié de ne

bicentenaire, Dalloz-Litec 2004, n°40, p. 342.

¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1^{ère} éd., Puf, coll. *Droit fondamental*, 2006, n°277, p. 239.

² T. REVET, *La force de travail, Etude juridique*, Litec, coll. *Bibliothèque de droit de l'entreprise*,

pas les identifier parfaitement à des biens, faute de pouvoir en disposer : *usus*, *fructus*, mais pas *abusus*. Le choix des rédacteurs de l'avant-projet est donc cohérent.

166. *Quid des biens nouveaux*¹ ? – En revanche, il est bien plus regrettable qu'ils n'aient pas envisagé l'épineuse question de la naissance des biens, c'est-à-dire des biens nouveaux. À partir de quand peut-on considérer qu'un bien nouveau est créé ? Et d'abord, un bien nouveau est-il concevable ?

Le célèbre théorème de Lavoisier selon lequel « rien ne se crée, rien ne se perd, tout se transforme » semble, s'il s'applique au droit, exclure toute création nouvelle. Les auteurs paraissent admettre que dans l'ordre corporel, ce théorème s'applique plutôt bien². Toute chose apparemment nouvelle est créée par la combinaison de choses anciennes préexistantes, si bien que la nouveauté n'est qu'apparente. C'est ainsi que les règles de l'accession permettent de remonter à un propriétaire originaire « *qui inscrit le meuble dans la dépendance des éléments constitutifs qui l'ont précédé*³ ». On retrouve ici la pensée des Sabinien selon laquelle l'essence de toute chose est la matière, la substance, si bien qu'il importe peu que la matière change de forme. La transformation de la matière ne donne pas naissance à une chose nouvelle.

Pourtant, le Code civil envisage aussi, quoiqu'à titre exceptionnel, la théorie opposée, celle des Proculien selon laquelle l'essence de toute chose est la forme. Par conséquent, un changement de forme suffit à donner naissance à une chose nouvelle. En effet, l'article 571 du Code civil prévoit que : « Si, cependant, la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant au propriétaire le prix de la matière, estimée à la date du remboursement ».

Or, l'avant-projet semble avoir abandonné les règles de l'accession mobilière sans que les commentaires en disent un mot. Pourquoi ?

D'une part, on peut penser que les règles actuelles étant entièrement subordonnées aux principes de l'équité naturelle (*cf.* article 565 du Code civil), sa codification n'était pas nécessaire.

1992, n°350, p. 393 et 394.

¹ T. REVET., « Les nouveaux biens, La propriété », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Litec, 2006.

² R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°23, p. 326.

³ *Ibid.*

Mais, d'autre part, on peut regretter que le seul article faisant aujourd'hui référence à la naissance d'un bien par la force de travail ait disparu. Il aurait au contraire mérité de plus amples développements.

Les biens nouveaux peuvent toujours frapper à la porte du droit des biens, les rédacteurs de l'avant-projet ne l'ouvriront pas...

Audacieuse est la proposition de définition du bien, mais timide et classique est le contenu de cette définition. Les choses objet d'appropriation et les droits réels et personnels demeurent les seuls à pouvoir être qualifiés de biens.

B.- Les droits

1/ Les droits réels

167. Le droit de propriété et l'objet de la propriété sont des biens. – Selon les rédacteurs de l'avant-projet, la Commission a hésité à ne pas qualifier le droit de propriété de droit réel, ce qui aurait consacré la doctrine du Professeur Zénati, mais ils estiment cependant que « les définitions retenues aboutissent bien à considérer qu'il y a, d'un côté, le droit de propriété et, de l'autre, les droits réels » tout en considérant que « le droit de propriété constitue l'un des droits réels¹ ».

Il est vrai que la définition de la propriété semble distinguer la propriété elle-même de ses objets qui sont « *des choses et des droits* » (cf. article 534 de l'avant-projet). Cela voudrait dire que l'objet de la propriété ne peut pas être la propriété elle-même.

Cependant, il est indéniable qu'aux termes de l'article 522 de l'avant-projet, la propriété est un droit réel. Donc, comme les droits réels sont des biens, la propriété est un bien.

L'avant-projet opère là une confusion entre la chose, objet de propriété, qui est un bien, et le droit de propriété, lui-même qualifié de bien. Il ne règle donc pas la difficulté qui est soulevée depuis bien longtemps à propos du Code civil (cf. *supra*).

168. La confusion du droit et de son objet. – Que penser du maintien de cette confusion même si l'intention des rédacteurs était de la lever ?

¹ F. POLLAUD-DULIAN, in, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 28.

D'un point de vue théorique, il aurait sans doute été plus simple de consacrer la thèse du Professeur Zénati en ne qualifiant pas le droit de propriété, ni de droit réel, ni de droit patrimonial. En effet, le droit de propriété ne serait plus considéré comme un bien, mais uniquement comme l'instrument par lequel une chose devient un bien¹, et seraient des biens toutes les choses appropriées et tous les droits, autres que le droit de propriété.

Cependant, d'un point de vue pratique, on ne pourrait plus parler de démembrement de la propriété donc l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* voleraient en éclat. Ce qui est analysé aujourd'hui comme un démembrement de la propriété, par exemple l'usufruit, devrait être analysé en un droit réel sur la chose d'autrui. Ainsi, toute la pratique notariale devrait être revue à la lumière de cette conception².

169. *Quid* des choses incorporelles et des droits incorporels ? – Ces remarques sont d'autant plus marquantes lorsque l'on compare les choses incorporelles aux droits incorporels. Les premières sont des biens au sens de l'article 520 et les seconds sont également des biens tantôt immeubles (*cf.* article 529) tantôt meubles (*cf.* article 533). Autrement dit, en visant à la fois les choses incorporelles et les droits, l'avant-projet laisse entendre que les deux sont des biens. On serait donc propriétaire d'un droit de propriété sur une invention (brevet) ou d'un droit de propriété sur une œuvre de l'esprit originale (droits d'auteurs). La confusion a atteint son paroxysme...

2/ Les droits personnels

170. La propriété des créances. – Concernant les droits personnels, la question de la propriété des créances doit être soulevée.

On sait que la notion d'obligation se décompose en deux éléments : l'un actif, la créance, l'autre passif, la dette. Or la créance est un bien qui, à ce titre, intègre le patrimoine de son titulaire.

La propriété d'un droit personnel dans la vision classique a suscité des hésitations. En effet, la doctrine classique considérant que le droit de propriété est un droit réel, comment imaginer qu'un droit réel puisse avoir pour objet un droit personnel. C'est pourquoi la pensée classique a isolé depuis longtemps le droit des obligations du droit des biens : il y a eu là « *l'intervention d'une doxa inexprimée selon laquelle les droits ne sont pas des biens ; ils ne font l'objet d'aucune appropriation, mais d'une simple titularité*³ ». Cette idée est tellement ancrée dans

¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°2, p. 90 et s.

² Par exemple, on ne pourrait plus écrire « US + NP = PP »

³ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du*

notre droit qu'il ne sera pas facile de la révoquer. Et pourtant, l'avant-projet tente d'y remédier.

Le mérite des rédacteurs est de mettre un terme à ces hésitations. En incluant les droits personnels dans la définition des biens, l'avant-projet soutient que les droits personnels sont appropriables (*cf.* article 520). Mais la doctrine et la jurisprudence l'avaient fait depuis longtemps. D'ailleurs le Code civil ne l'avait-il pas fait déjà en admettant la cession de créance ?

171. *Quid des droits de la personnalité ?* – Dans l'avant-projet, les droits extrapatrimoniaux sont implicitement exclus des choses qui peuvent être appropriées par les personnes, donc ils sont exclus de la définition des biens¹. Bien que le critère de l'aptitude à la circulation juridique n'ait pas été retenu pour caractériser un bien, sa prise en compte par l'avant-projet aurait peut-être justifié que les droits extrapatrimoniaux ne puissent pas être considérés comme des biens. En effet, étant attachés à la personne, les droits extrapatrimoniaux ne sont pas susceptibles d'aliénation.

Pourtant, cet obstacle n'empêche pas certains auteurs de considérer que les droits de la personnalité sont des droits de propriété et que les attributs de la personnalité tels que l'image, la voix ou encore la vie (la vie en elle-même et la vie privée) sont des biens en ce qu'ils sont, comme « le corps humain », uniques, originaux, donc utiles et rares : « *Il n'y a rien de plus rare et plus précieux que la personnalité parce qu'elle n'existe qu'en un seul exemplaire, et est rebelle à toute fungibilité*² ». Cette conception, pour originale qu'elle soit, méritait d'être discutée.

À vouloir définir l'impossible, les rédacteurs de l'avant-projet ont peut-être été trop audacieux en ne se donnant pas les moyens de cette ambition.

172. Conclusion de la section. – Proposer une définition du bien était assurément une gageure. Les biens sont les choses, corporelles ou incorporelles, qui font l'objet d'une appropriation. Les biens sont aussi les droits, tant réels que personnels. Tous les droits ? Tous, sauf peut-être le droit de propriété dont on ne sait pas très bien, à la lecture de l'avant-projet, s'il est un droit réel comme les autres, donc un bien, ou s'il est un droit à part, qui ne serait pas un bien. Mais que serait-il alors ? Les rédacteurs de l'avant-projet n'ont manifestement pas réussi à surmonter la difficulté d'admettre que le bien est à la fois le droit et la chose sur

bicentenaire, Dalloz-Litec 2004, n°13, p. 313.

¹ F. POLLAUD-DULIAN, *in*, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 25.

² F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1^{ère} éd., Puf, coll. *Droit fondamental*, 2006, n°260, p. 220.

laquelle porte ce droit. En définitive, n'ont-ils pas simplement consacré une définition impossible ?

173. Conclusion du chapitre. – En rendant hommage à la tradition incarnée par Aubry et Rau, les rédacteurs de l'avant-projet ont fait le choix de définir le patrimoine selon leur conception. Ils ont donné une définition classique du patrimoine qui, sans être défini par le Code civil, fait aujourd'hui l'unanimité de la doctrine. Cependant, l'arrivée des patrimoines d'affectation dans notre droit va à l'encontre de la théorie classique du patrimoine. Les rédacteurs de l'avant-projet ont quand même tenu compte de cette nouvelle réalité en y faisant une timide référence.

En faisant preuve d'audace face à la traditionnelle *impossible définition* du bien, les rédacteurs de l'avant-projet ont pris le risque de proposer une définition imparfaite. Loin d'éclaircir les débats, ils ont accumulé les questions sans y répondre. Leur intrépidité s'est arrêtée sur les difficultés qui entourent la notion de bien et qui sont depuis longtemps discutées.

174. Conclusion de la partie. – Tradition ! On peut se demander si ce mot devrait encore être prononcé à l'heure où notre monde s'ouvre à de nouvelles réalités, à de nouveaux concepts et affrontent de nouveaux obstacles. L'avant-projet s'inspire de la tradition, il la confirme et la consacre. Il lui est fidèle là où il prétend vouloir moderniser le droit des biens et l'adapter aux évolutions de la société. Certes les rédacteurs ont supprimé des textes inutiles ou redondants, des termes vieilliss, mais ils ont privilégié les principes ce qui, selon eux, est conforme à la tradition française¹. Ils ont ainsi choisi de rénover le droit des biens sans pour autant le révolutionner.

Modernité ! Tel est un bien rare mot dans une matière demeurée à l'écart de tout changement législatif depuis 1804. L'avant-projet décide donc, dans l'élan des différentes réformes qui nous entourent, de rénover le droit des biens. Il suit la tradition d'un côté, en clarifiant des notions et en proposant des définitions, et de l'autre il développe un air de modernité, en apportant des nouveautés à certaines notions et en procédant à des suppressions. Les rédacteurs de l'avant-projet ont cependant fait obstacle à cet air de modernité en ignorant les multiples biens nouveaux et certains biens incorporels qui parsèment notre droit. Ils les ont délibérément mis de côté par crainte que les spécialistes des propriétés intellectuelles y voient « *un kidnapping mal venu*² ».

¹ H. PÉRINET-MARQUET, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 11.

² *Ibid.*, p. 13.

DEUXIÈME PARTIE – MODERNITÉ

175. Une modernité en contraste. – L'avant-projet apporte une évolution, mais ne constitue pas une révolution. La modernité qu'il incarne est toute relative. Elle est certes perceptible dans de nombreux textes, mais l'on sent que les rédacteurs n'ont pas franchi certaines barrières ni dépassé certaines conceptions. Le rapport de l'avant-projet à la modernité est donc ambivalent. Au titre de la modernité, on relèvera un rajeunissement de la définition de la propriété et une ouverture de l'immeuble vers l'espace. On ne manquera pas d'observer également une modernisation des critères des fruits et une tentative de pacification des tensions autour de l'animal. Mais ces élans de modernité sont rapidement freinés par une certaine frilosité à ouvrir la porte des biens à des valeurs nouvelles, en particulier incorporelles, qui incarnent mieux que les autres les richesses modernes. Les grands débats les concernant ne semblent guère abordés, et l'avant-projet nous apparaît en retrait. La même frilosité, quoique moins critiquable, peut être observée à l'égard du patrimoine qui n'est reconnu d'affectation que si la loi le dispose.

On peut donc y percevoir à la fois un souffle de modernité (chapitre 1) et un frein à la modernité (chapitre 2).

Chapitre 1 : Un souffle de modernité

176. Comment moderniser ? – Même si les rédacteurs de l'avant-projet se sont cantonnés pour l'essentiel à des solutions traditionnelles, ils n'ont pas manqué d'apporter des touches modernes de rénovation et d'ouverture.

Ce souffle de modernité se manifeste tantôt par des ajouts (section 1), le souffle est alors additif ; tantôt par des retraits (section 2), le souffle est alors élusif.

Section 1 : Des ajouts

177. Ajouter et/ou simplifier ? – Les rédacteurs de l'avant-projet ont procédé à des ajouts importants qui témoignent d'une prise en compte de préoccupations modernes. Mais en ajoutant, ils ont bien souvent rendu les solutions plus complexes et parfois brouillé les conceptions les mieux établies.

Ces ajouts concernent d'une part la propriété qui est tiraillée entre plusieurs conceptions entre lesquelles l'avant-projet refuse de choisir et, d'autre part, la définition de l'immeuble qui fait une entrée en trois dimensions dans la loi. La propriété est ainsi éclatée (§1), pendant que l'immeuble est divisé (§2).

§1 – La propriété éclatée

178. Nostalgie ? – L'avant-projet propose de renvoyer dans les manuels d'histoire du droit les célèbres dispositions de l'actuel article 544 du Code civil relatif à la propriété. Ils suggèrent de remplacer la définition qui en découle et qui a tant fait couler d'encre par la suivante, à l'article 534 :

« La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent ».

Les plus nostalgiques verseront peut-être une larme en voyant disparaître ce monument du Code civil, l'un des articles les plus célèbres de notre Constitution civile dont Carbonnier avait livré une magnifique glose et post-glose¹. D'autres apprécieront au contraire le souffle de modernité qu'incarne la nouvelle définition et la clarté dont elle semble faire preuve.

Clarté ? *A priori*, la définition proposée est marquée par la clarté et la simplicité. Mais elle suscite pourtant bien des interrogations, car elle tente de concilier des conceptions souvent opposées ou contradictoires et intègre à la définition des caractères qui n'en font peut-être pas partie. Si l'on reprend la phrase célèbre de Favoreu, le droit de propriété est « *un droit artichaut qui subsiste tant qu'on n'en enlève pas le cœur* ». On peut donc toucher aux feuilles, en enlever, en ajouter. Peu importe si le cœur demeure. Mais n'est-ce pas justement la fonction de la définition que de fournir ce cœur et rien que ce cœur ? Par exemple, fallait-il intégrer à la définition de la propriété sa perpétuité et/ou son absolutisme ? Les rédacteurs de l'avant-projet ont voulu faire preuve de consensus en exprimant dans la définition de la propriété à peu près tout ce que la doctrine associe aujourd'hui au droit de propriété.

Tout d'abord, la définition reprend les attributs traditionnels hérités de Bartole, *usus fructus* et *abusus*, tout en mettant l'accent sur l'exclusivité du droit de propriété qui relève plutôt d'une conception romaine aujourd'hui prônée par des auteurs comme les Pr. Zénati et Revet. C'est l'essence de la propriété qui semble tiraillée entre ces différentes conceptions.

Ensuite, l'avant-projet insiste sur l'utilisation possible de la propriété comme garantie. Même si la réforme des sûretés a déjà intégré dans le Code civil la propriété réservée, la fonction de la propriété semble éclatée.

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n°730, p. 1640 et s.

Enfin, la propriété est présentée comme un droit absolu et perpétuel à l'heure où les prérogatives du propriétaire n'ont jamais été aussi encadrées et où se multiplient les propriétés temporaires, notamment en matière de propriété intellectuelle.

L'avant-projet aboutit à un éclatement de la propriété dans son essence (A), sa fonction (B) et ses caractères (C).

A.- La propriété éclatée dans son essence

179. La propriété reste un droit subjectif. – S'il est un point qui ne change pas entre la définition du Code civil et celle proposée par l'avant-projet, c'est bien la nature de droit subjectif de la propriété.

Cette analyse de la propriété en un droit subjectif a été niée par certains auteurs (notamment Léon Duguit en 1912, à la suite des travaux d'Auguste Comte) qui préféreraient y voir une *fonction sociale*¹. Cette querelle est aujourd'hui dépassée. La propriété constitue un droit subjectif dont on admet toutefois, à des degrés divers, qu'il puisse être limité dans un intérêt social².

L'analyse est parfaitement justifiée lorsqu'on oppose aux droits subjectifs les libertés.

180. Les libertés sont accordées à tous dans un esprit égalitaire. Les libertés s'exercent en concurrence, la limite de la liberté des uns étant celle des autres.

181. Les droits, au contraire, créent une inégalité juridique entre les personnes en accordant à leur titulaire un *domaine réservé*, une *sphère d'exclusivité*. Cette exclusivité conduit à restreindre, au profit du titulaire, la liberté d'autrui.

Cette distinction s'applique parfaitement au droit de propriété. Il suffit de comparer la liberté d'aller et venir au droit de propriété pour s'en convaincre. Si chacun est en principe libre de circuler, sous la seule condition de respecter la liberté des autres, le propriétaire a le droit d'interdire à quiconque l'accès à son terrain : la liberté d'aller et venir cesse à la limite de sa propriété.

182. La propriété reste un droit réel. – Si la propriété est un droit, elle est aussi un droit réel et, sans doute même, le plus complet des droits réels. Bien que cette nature soit parfois discutée en doctrine, en particulier par les Pr. Zénati et

¹ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., n°77, p. 79.

² G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, op. cit., n°26, p. 66.

Revet, il est en général admis que la propriété constitue le droit réel par excellence, la quintessence des droits réels¹.

Par sa nature, tout d'abord, il représente la pleine appartenance d'une chose à son titulaire. La propriété établit ainsi un lien privilégié entre la personne et la chose aboutissant à une certaine fusion entre *l'être* et *l'avoir* qui n'est peut-être pas étrangère au caractère inviolable et sacré de la propriété. Celle-ci apparaît, d'une certaine manière, comme l'avoir de l'être².

Par son régime, ensuite, le droit de propriété bénéficie de l'opposabilité particulière des droits réels et en tire une grande partie de son efficacité. C'est notamment parce que la propriété est opposable à tous, *erga omnes*, que son titulaire peut en obtenir le respect en justice indépendamment de tout préjudice³.

Droit subjectif, droit réel, telle est la nature de la propriété, tant dans le Code civil que dans l'avant-projet. Reste à définir les prérogatives qu'elle confère à son titulaire. C'est ici que la proposition hésite entre deux conceptions et, qu'à défaut de trancher, elle les retient toutes les deux.

D'une part, l'essence négative de la propriété est affirmée à travers son exclusivité (1). D'autre part, ses attributs positifs sont repris de la conception bartoliste (2).

1/ L'essence négative : le rapport d'exclusivité

183. La personne et la chose. – Il existe un lien très fort entre la personne et sa chose. La conception française de la propriété entretient même une confusion entre la maîtrise de la chose qu'est la propriété et la chose elle-même. Le langage courant confirme d'ailleurs cette confusion. On ne dit pas « *j'ai la propriété d'une chose* », mais « *j'ai une chose* ».

Cette confusion entre la propriété et son objet a déjà été rencontrée : le Code civil traite en effet, parmi les biens, des choses (sous-entendu de leur propriété) et des droits (sous-entendu autres que de propriété). Et l'avant-projet ne règle pas le problème.

Si l'on pousse un peu plus loin cette confusion entre le droit et son objet, l'on peut être tenté de définir la propriété, non par les prérogatives positives qu'elle confère à son titulaire sur la chose, mais par le simple droit d'avoir une chose à soi

¹ .L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n°103, p. 109.

² *Ibid.*, p. 81 et 107.

³ *Ibid.*, n°103, p. 109-110.

et de pouvoir, en conséquence, exclure autrui de cette relation. Par essence, la propriété est ainsi un pouvoir d'exclusivité sur la chose (a), ce qui s'articule mal avec la reconnaissance des propriétés collectives (b).

a- La propriété exclusive

184. Lien social. – L'article 534 de l'avant-projet dispose que : « *La propriété est le droit exclusif...* ». Qu'est-ce que cela signifie ?

Comme tout droit subjectif, la propriété n'acquiert de signification que dans ses relations à autrui. Elle est donc moins un rapport entre la personne et sa chose, qu'un rapport entre le propriétaire et autrui, relativement à la chose. La propriété apparaît ainsi comme un « *lien social* »¹, ce que la théorie personnaliste de Planiol (*cf. supra*) avait déjà révélé.

Dans cette perspective, la propriété apparaît comme le droit de retirer une chose de l'usage commun pour reconnaître à une personne un monopole sur cette chose. L'essence de la propriété réside dans l'exclusion des autres qu'elle implique. La propriété est un rapport d'exclusion². Elle l'était déjà en droit romain avec le *dominium* mais celui-ci n'était pas un droit subjectif : « *il est le pouvoir par lequel celui auquel il revient s'assure des choses qui sont placées par le droit en situation de constituer des objets de puissance* »³.

Cette approche n'est donc pas nouvelle. Pothier déjà l'affirmait lorsqu'il définissait la propriété comme le « *droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres* ».

185. Sphère de liberté. – Pour les promoteurs de cette approche de la propriété par le seul rapport d'exclusivité, il n'est pas utile de décrire positivement les pouvoirs du propriétaire : à l'intérieur de cette sphère d'exclusivité, le propriétaire peut tout faire. La propriété délimite un espace de liberté : elle apparaît plus comme un contenant, un espace, que comme un contenu. On ne définit donc pas la propriété par les usages qu'elle procure, mais par le mécanisme qui permet ces usages, c'est-à-dire l'exclusivité.

Mais l'avant-projet pouvait-il se contenter de cette définition et ignorer la trilogie traditionnelle *usus, fructus, abusus* ? Le problème est que l'exclusivité qui caractérise la propriété est le propre de tous les droits subjectifs. C'est cette exclusivité qui permet de distinguer les droits subjectifs des libertés. Par

¹ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 et s.

² F. ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 et s.

³ T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine* n°124, Mars 2004, p. 20 et s.

conséquent, cette définition négative ne permet pas de distinguer la propriété des autres droits subjectifs, ce qui révèle son insuffisance. Il est donc nécessaire de développer une approche positive des attributs de la propriété. C'est ce que font les rédacteurs de l'avant-projet. Mais ils consacrent aussi les propriétés collectives.

b- Les propriétés collectives

186. Exclusivité collective ? – Comment l'essence de la propriété peut-elle être exclusive alors que l'avant-projet reconnaît l'existence des propriétés collectives ? Un chapitre V leur est en effet consacré, des articles 569 à 574 qui traitent de l'indivision et de la copropriété par lots. D'après les rédacteurs de l'avant-projet, ce chapitre « *eut été impensable en 1804* »¹. En toute rigueur, la propriété ne peut être qu'individuelle : le mot de propriété vient de *proprius* qui signifie « propre », « sans partage ». Il n'est donc de propriété que privée, c'est-à-dire individuelle. Parler de propriété publique ou collective, ou même de propriété de l'État revient à méconnaître le sens et l'étymologie du mot.

Les rédacteurs du Code civil ne lui ont guère porté d'intérêt, se bornant à lui consacrer un article unique, l'article 815 pour énoncer la règle selon laquelle « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué* » avant d'admettre, cependant, la possibilité de suspendre le partage pendant un temps limité fixé en principe à cinq ans, sauf renouvellement².

Cette méfiance à l'égard de la propriété collective traduit bien l'état d'esprit de l'époque : la propriété est par nature individuelle. Par conséquent, l'indivision ne peut être que provisoire et n'appelle donc pas d'organisation particulière.

Puis une loi du 31 décembre 1976, complétée par une loi du 10 juin 1978, vient réformer en profondeur le droit de l'indivision. D'une part, l'indivision tend à devenir une structure organisée et éventuellement durable. D'autre part, la réforme opère une distinction entre le régime légal de l'indivision, applicable de plein droit à toute indivision, quelle qu'en soit l'origine, et un régime conventionnel susceptible d'être organisé par les indivisaires.

En 1965, c'est aussi une loi sur la copropriété des immeubles bâtis qui est adoptée pour créer un régime original mêlant indivision, propriété individuelle et personne morale.

¹ P. MALINVAUD, « La propriété », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 47.

² F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°560, p. 448 ; J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, *op. cit.*, n°469, p. 469.

Aujourd'hui les réticences à l'égard de la propriété collective se sont estompées et l'avant-projet le montre bien. Il est pourtant difficile d'admettre qu'un rapport d'exclusivité puisse être exercé à plusieurs. Le propriétaire peut exclure autrui de sa relation avec sa chose... sauf les autres copropriétaires. Que reste-t-il alors du pouvoir d'exclusion ?

2/ L'essence positive : les attributs de la propriété

187. *Usus, fructus et abusus.* – L'article 544 du Code civil énonce deux attributs de la propriété : la jouissance et la disposition : « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses...* ». À ces prérogatives, il convient d'ajouter le droit d'user qui est compris dans celui de jouir¹. Cette précision est apportée par les rédacteurs de l'avant-projet : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits* ».

Usus, fructus, abusus constituent la trilogie traditionnelle par laquelle sont définis, depuis Bartole, les attributs de la propriété.

***Le droit d'usage (*jus utendi*)** a un double aspect :

- Positivement, il correspond à l'usage direct des choses par leur propriétaire qui en retire l'utilité ou l'agrément indépendamment de leur productivité ou de leur exploitation.

- Négativement, le droit d'user de la chose comprend celui de ne pas en user, c'est-à-dire de ne pas l'utiliser, de ne pas occuper son appartement ou de ne pas cultiver son champ. Cette liberté de non-usage subit toutefois des limites, fondées sur des préoccupations tenant à l'intérêt général.

*** Le droit de jouissance (*jus fruendi*)** est le droit de retirer tous les fruits que la chose peut produire.

Ce droit de jouir de la chose peut, dans sa configuration positive, se manifester de deux manières : matériellement ou juridiquement.

Matériellement, tout d'abord, le propriétaire peut retirer lui-même les fruits de la chose et en faire ce qu'il veut. Mais le *fructus* peut aussi être exercé par le biais d'un acte juridique.

Depuis un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 10 mars 1999, le droit de jouissance se prolonge dans le droit d'exploiter

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n°730, p. 1641.

l'image de son bien, permettant ainsi au propriétaire de s'opposer à l'exploitation par un tiers de photographies dont le bien serait le sujet principal¹. Mais cette jurisprudence fut abandonnée quelques années plus tard par un arrêt rendu en Assemblée plénière décidant que « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* »².

La pertinence de cette extension de l'assiette de la propriété à l'image des biens avait été discutée en doctrine.

Examinée sous l'angle du seul droit de propriété, elle se justifie pleinement : le droit d'exploiter son bien et d'en tirer des revenus inclut celui de l'exploiter sous forme de photographies. Le *fructus* d'une chose corporelle doit ainsi s'étendre à sa dimension incorporelle.

***Le droit de disposition** (*jus abutendi*) est aussi une forme d'usage, un usage ultime par lequel on anéantit sa relation avec la chose³. Il constitue l'attribut le plus fondamental du droit de propriété. Le principe de libre disposition est en effet garanti par la Constitution, et le Conseil constitutionnel veille à ce que les lois ne lui portent pas une atteinte telle qu'elles dénaturent *le sens et la portée* du droit de propriété⁴.

Ce droit de disposer comporte, négativement, celui de ne pas disposer, c'est-à-dire de conserver son bien. À cet égard, l'article 545 du Code civil, en écho à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, dispose que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité* ». La formule est reprise à l'article 538 de l'avant-projet.

Positivement, le droit de disposer de la chose peut se manifester de deux manières : par des actes matériels ou par des actes juridiques.

188. Conclusion. – La propriété est éclatée dans son essence par l'avant-projet parce qu'elle est définie par référence au rapport d'exclusivité et par ses attributs positifs traditionnels. Pourtant, cette double référence n'apparaît pas incompatible et l'éclatement de la propriété est plutôt source de clarté.

¹ Civ. 1^{re}, 10 mars 1999, *Bull. civ.* I, n°87 ; *RTD civ.* 1999, p. 859, obs. F. ZENATI ; *D.* 1999, p. 319, concl. J. SAINTE-ROSE ; *JCP* 1999, II, 10078, note P.Y. GAUTIER ; *Defrénois* 1999, p. 897, note C. CARON.

² Ass. plén., 7 mai 2004, *D.* 2004, p. 1545, note J.M. BRUGUIÈRE et E. DREYER ; *RTD civ.* 2004, p. 528, obs. T. REVET.

³ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°210, p. 335.

⁴ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°124, p. 124.

B.- La propriété éclatée dans sa fonction

189. La propriété, une fin et un moyen. – La propriété a pendant très longtemps été conçue uniquement comme un droit naturel de l’homme, un droit fondamental, défendu en tant que tel. Mais depuis une quarantaine d’années, la propriété est utilisée à des fins de garantie¹. Elle n’est plus une fin en soi. L’avant-projet confirme cette évolution en consacrant la propriété à la fois dans sa fonction principale (1) et dans sa fonction accessoire de sûreté (2).

1/ La fonction principale

190. La propriété, droit fondamental. – La finalité principale de la propriété est d’offrir à son titulaire des prérogatives sur l’utilisation et l’exploitation de la chose : *usus* et *fructus*. C’est le souci de réservation étudié à propos de la définition des biens. La propriété assure aussi la commercialisation des biens avec l’*abusus*.

C’est dans cette finalité principale que la propriété est considérée comme un droit fondamental, celui de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen², de la Déclaration Universelle des droits de l’homme de l’ONU³ ou de la Convention Européenne des Droits de l’Homme⁴. La propriété est « *l’âme universelle de la législation* » pour Portalis. C’est aussi au regard de cette fonction principale que la propriété est intégrée au bloc de constitutionnalité depuis la décision célèbre du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 relative à la liberté d’association. Saisi de la constitutionnalité d’une loi relative aux nationalisations d’entreprises, le Conseil constitutionnel a décidé le 16 janvier 1982 la pleine valeur constitutionnelle des articles 2 et 17 de la DDHC.

La Cour de cassation a aussi eu l’occasion d’affirmer le caractère fondamental du droit de propriété. Un arrêt du 22 avril 1823 décide à propos d’un empiètement de quelques centimètres que : « *Les dispositions des articles 544 et 545 du Code civil sont un hommage rendu au droit sacré de propriété, lequel... doit être d’autant plus scrupuleusement respecté qu’y porter atteinte, c’est non*

¹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1992.

² Art. 2 : "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression".

Art. 17 : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique... l’exige évidemment...".

³ Art. 17 : "Toute personne, seule ou en collectivité, a droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété".

⁴ Art. 1 du Protocole additionnel de 1952 : "Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international".

seulement troubler, mais aussi ébranler, la société dont il est le fondement¹ ». On retrouve les propos de Napoléon qui avait dit, au cours des travaux préparatoires : « La propriété, c'est l'inviolabilité dans la personne de celui qui la possède : moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ, car violer le droit de propriété d'un seul, c'est le violer dans tous² ».

L'avant-projet aurait peut-être pu affirmer plus solennellement ce caractère fondamental du droit de propriété... Ce caractère n'a-t-il pas sa place dans la définition même de la propriété ?

2/ La fonction accessoire

191. Propriété - sûreté. – Le droit français a difficilement admis que la propriété puisse être utilisée comme une simple technique de garantie³. Pourtant, la vente à réméré qui existe depuis longtemps constitue un moyen de garantie fondé sur un transfert de propriété. Plus récemment, la consécration de la fiducie en droit français marque une avancée. Mais c'est surtout la réserve de propriété qui apparaît comme le mécanisme le plus typique de cette utilisation de la propriété.

Il ne nous appartient pas dans le cadre de cette étude d'entrer dans le détail des conditions d'efficacité de la clause de réserve de propriété. Observons seulement que l'avant-projet s'y réfère implicitement en disposant à l'article 522 alinéa 2. Puisque le droit de propriété est considéré comme un droit réel (*cf. supra*), ce texte signifie que la propriété peut être utilisée comme accessoire à une créance.

192. Conclusion. – Il n'est plus contestable aujourd'hui que le droit de propriété peut être utilisé comme une technique de garantie. L'avant-projet confirme cette évolution et est en parfaite cohérence avec la réforme des sûretés qui a inséré la réserve de propriété dans le Code civil. L'éclatement de la propriété dans sa fonction est donc parfaitement justifié. Il l'est moins quand on envisage les caractères de la propriété.

C- La propriété éclatée dans ses caractères

193. Deux caractères. – L'avant-projet ne retient que deux caractères de la propriété : son absolutisme et sa perpétuité. L'exclusivité, parfois présentée

¹ Civ., 22 avril 1823, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 11^{ème} éd., Dalloz, n° 64-65, p. 334

² Cité par F. TERRÉ, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, Droits, 1985, n° 1, p. 33

³ P. MALAURIE, L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2008, n° 751, p. 341 et 342.

aujourd'hui comme un troisième caractère, est justement intégrée dans la notion et la définition de la propriété. L'éclatement de la propriété apparaît ici au sein de chacun des caractères restants. L'absolutisme est affirmé pour être immédiatement contredit par des exceptions (1). La perpétuité est affirmée à une époque où les propriétés temporaires se multiplient (2).

1/ L'absolutisme

a- L'affirmation trompeuse d'un pouvoir absolu

194. L'absolutisme apparent. – L'article 534 de l'avant-projet insiste sur le caractère absolu du pouvoir conféré au propriétaire sur sa chose.

Que signifie cet absolutisme réaffirmé solennellement par l'avant-projet ? Le caractère est déjà énoncé dans le Code civil qui dispose que la propriété est un droit qui s'exerce de la manière « *la plus absolue* ». Deux analyses expliquent cette rédaction.

-Les rédacteurs du Code civil ont voulu marquer l'abandon de la distinction féodale entre le « *domaine éminent* » et le « *domaine utile* ». Sous l'Ancien Régime, en effet, la propriété immobilière était divisée entre une propriété éminente du seigneur et une propriété utile du tenancier qui exploitait la terre. Le seigneur initialement propriétaire de grandes étendues de terres en concédait la jouissance à des tenanciers. Ceux-ci avaient une espèce de propriété de fait connue sous le nom de *domaine utile*. Progressivement, les concessions attribuèrent au *domaine utile* toutes les utilités de la terre si bien que le *domaine éminent* finit par ne plus être qu'un simple attribut de souveraineté et de seigneurie. Alors que le *domaine éminent* constituait au départ la véritable propriété, à la fin de l'Ancien Régime, la véritable propriété était constituée par le *domaine utile*. À cette évolution s'ajouta le principe, progressivement dégagé par les légistes officiels, d'un *domaine éminent* du pouvoir royal fondé sur la formule ancienne selon laquelle « *le Roi est seigneur en son royaume* ». Cette propriété supérieure au profit du pouvoir royal permettait ainsi de justifier le pouvoir d'intervention de l'État dans la réglementation de la propriété individuelle en dehors même de toute considération d'intérêt général¹. Ce sont ces propriétés simultanées que les rédacteurs du Code civil ont voulu abandonner en affirmant l'absolutisme du droit de propriété.

- Mais ils ont également voulu marquer la supériorité de la propriété sur tous les autres droits réels et signifier que le propriétaire peut en principe tout faire. Les autres droits réels n'offrent, au contraire, à leur titulaire que des prérogatives

¹ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., n° 64, p. 63-64.

restreintes sur la chose d'autrui. La propriété apparaît ainsi comme la forme la plus complète de tous les droits réels, celle dont découlent tous les autres droits réels¹.

Entre ces deux analyses, c'est sans doute la seconde qui a été privilégiée par les rédacteurs de l'avant-projet. Le risque de propriétés simultanées paraît aujourd'hui lointain. Mais à peine ce principe d'absolutisme est-il posé que l'avant-projet énonce une liste de limites. L'absolutisme apparaît ainsi davantage comme une fiction que comme une réalité.

b- La réalité d'un pouvoir encadré (abus de droit, empiètement, troubles du voisinage...)

195. Contradiction. – N'est-il pas contradictoire d'affirmer le caractère absolu pour en fixer aussitôt les limites ? Ne reprend-on pas d'une main ce que l'on a donné de l'autre² ? Il est vrai que l'absolutisme de la propriété n'a jamais existé. La propriété privée a toujours souffert d'innombrables restrictions, déjà en 1804 et, sans doute, bien plus aujourd'hui³.

Mais la contradiction ressort encore plus clairement dans le texte de l'avant-projet que dans le Code civil d'aujourd'hui, car plusieurs restrictions sont posées, contrairement à ce qu'impose l'article 544 du Code civil, par la jurisprudence et non seulement par la loi.

C'est ainsi que l'avant-projet consacre la théorie de l'abus de droit⁴ et celle des troubles du voisinage déjà étudiée⁵ qui ont aujourd'hui leur source dans la jurisprudence. Plus étonnant encore, l'avant-projet revient sur la jurisprudence traditionnelle qui sanctionne tout empiètement, même de quelques centimètres, par la démolition au nom du caractère fondamental et sacré du droit de propriété (*cf. supra*). L'avant-projet prévoit en effet à l'article 539 une possibilité d'expropriation pour cause d'utilité privée lorsque l'empiètement est minime.

Il est assez paradoxal d'affirmer l'absolutisme du droit de propriété et d'autoriser en même temps l'empiètement sur le terrain d'autrui. La seule cause d'expropriation pour cause d'utilité privée que connaît le Code civil, et que reprend l'avant-projet (*cf.* article 642), est en matière de mitoyenneté (*cf.* article 661 C. civ.). L'avant-projet en consacre une seconde qui vient réduire un peu plus encore le caractère absolu.

¹ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n° 141, p. 136.

² *Ibid*, n° 142, p. 136.

³ F. TERRÉ, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, 1985, n° 1, p. 33.

⁴ Article 535 de l'avant-projet : « *Nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui* »

⁵ Article 629 : « *Nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage* »

Mais l'affirmation du principe d'absolutisme n'est peut-être pas inutile malgré les limites qui sont posées, car il faut admettre que tout ce qui n'est pas défendu est autorisé, que la liberté constitue le principe, les restrictions l'exception.

2/ La perpétuité

Aux termes de l'article 534 de l'avant-projet : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits* ». Bien que traditionnelle, l'affirmation du caractère perpétuel surprend à plus d'un titre. D'une part, elle est aujourd'hui vivement discutée (1), d'autre part, elle est contredite par l'admission de nombreuses propriétés temporaires (2).

a- L'affirmation douteuse du caractère perpétuel

196. L'immeuble et la terre. – La perpétuité est inhérente à la définition classique de la propriété qui s'identifie à la chose sur laquelle elle porte et finit donc par s'y incorporer¹. Par conséquent, le droit de propriété a vocation à durer aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte.

La perpétuité de la propriété doit donc s'entendre dans un sens juridique différent du sens courant. La propriété n'est pas perpétuelle en soi, mais a seulement vocation à durer aussi longtemps que son objet. C'est pourquoi elle n'est pas un droit viager et se transmet par voie successorale. La perpétuité « *révèle, simplement, l'absence de terme extinctif du droit*² ».

En réalité, la propriété n'a vraiment vocation à la perpétuité que lorsqu'elle porte sur un immeuble et, plus particulièrement, un immeuble par nature et, plus spécialement encore, lorsque cet immeuble par nature est le sol, la terre. Car la terre est cette chose qui ne meurt pas, disait Beaumanoir. C'est donc la tradition physiocratique qui a conduit à retenir le caractère perpétuel de la propriété, comme l'est la terre à l'échelle du temps humain.

Lorsqu'en revanche, la propriété porte sur un meuble, sa vocation à la perpétuité est très variable. Certes il existe des meubles durables, mais il en est d'autres dont la durée de vie est extrêmement limitée. Il suffit de songer à toutes les choses consommables telles que les denrées, le gaz, l'électricité... « *Rien n'est moins perpétuel que la propriété des choses qui se consomment par le premier usage* » écrit le Pr. Catala³. La propriété peut être temporaire.

¹ J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n° 97, p. 101.

² J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, n°28, p. 281 et s.

³ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, chron. p. 87.

b- L'admission nécessaire d'une propriété temporaire

197. Propriétés intellectuelles. – L'affirmation du caractère perpétuel de la propriété a conduit la doctrine classique à exclure l'idée d'une propriété temporaire, en particulier à l'égard de ce que l'on appelle les propriétés intellectuelles.

En effet, les droits reconnus à l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ceux reconnus au titulaire d'une invention brevetée sont temporaires. Au-delà d'un certain temps, 70 ans après le décès de l'auteur et 20 ans après le dépôt du brevet, ces monopoles d'exploitation sur la chose incorporelle s'éteignent et celle-ci retourne dans le domaine public. Doit-on pour autant exclure l'idée que ces monopoles d'exploitation sont de véritables droits de propriété ? En réalité ces droits durent aussi longtemps que le droit reconnaît à ces valeurs incorporelles la qualité de bien. Le droit dure aussi longtemps que le bien sur lequel il porte. Par exemple, au bout de 20 ans d'exploitation, l'invention brevetée ne vaut souvent plus rien. Elle n'est plus un bien parce que sa valeur économique a pratiquement disparu. La précarité du droit tient donc avant tout à celle de son objet¹.

198. Conclusion : pour la propriété temporaire. – De manière plus générale, une partie importante de la doctrine soutient aujourd'hui l'idée que la perpétuité n'est pas de l'essence de la propriété et que rien n'interdit de concevoir des propriétés temporaires². Le caractère perpétuel a été dégagé sous l'Ancien Droit par référence à la propriété foncière. Il est nécessaire aujourd'hui d'adapter le droit de propriété aux nouveaux objets sur lesquels il porte. C'est ce que ne fait pas l'avant-projet.

199. La propriété éclatée ? – Dans l'avant-projet, la propriété est tiraillée entre plusieurs fondements, plusieurs conceptions, qui se combinent finalement bien. Admettre l'exclusivité du droit de propriété n'interdit pas de définir les prérogatives positives que peut exercer le propriétaire sur sa chose. La fonction de la propriété s'est également enrichie. La propriété n'est plus toujours une fin en soi, mais est parfois un moyen, le moyen de garantir le paiement d'une créance, donc un droit réel accessoire. L'image peut choquer, mais elle est bien réelle. L'avant-projet, comme la réforme des sûretés, la reconnaît. C'est dans les caractères de la propriété que l'avant-projet semble le plus contradictoire. Comment affirmer que la propriété est un droit absolu en posant immédiatement les limites de l'abus, des troubles du voisinage et des possibilités d'empiétement sur la propriété d'autrui ? Comment, surtout, consacrer le caractère perpétuel de la propriété alors que se multiplient depuis des années les propriétés incorporelles qui sont par nature temporaires ? L'avant-projet veut-il rejeter du droit de propriété les monopoles

¹ J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, n°29, p. 281 et s.

² C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 9^{ème} éd., Litec, 2007, n°122, p. 97.

d'exploitation reconnus aux auteurs d'œuvres de l'esprit ? C'est peut-être ici déjà la marque d'un frein à la modernité (*cf. infra*).

L'immeuble, en revanche, est franchement modernisé, car reconnu dans sa dimension incorporelle. Il est divisé.

§2 – L'immeuble divisé

200. Les nouveaux immeubles. – Le Pr. Périnet-Marquet l'avait annoncé lors du bicentenaire du Code civil : « La question des nouveaux biens est le plus souvent abordée sous l'angle exclusif des meubles, notamment des droits sociaux et des propriétés intellectuelles. Pourtant les immeubles, dont on dit la liste close, évoluent également. De nouveaux immeubles par nature ou par objet ont vu le jour depuis 1804 [...] l'imagination des juristes ne s'est pas arrêtée aux termes de l'article 518 comme le montrent les lots de copropriété et les volumes¹ ». La division de l'immeuble concerne donc les volumes (A) et les lots de copropriété (B).

A.- La division en volumes

201. L'immeuble est un espace. – C'est sans doute sur la définition de l'immeuble que l'avant-projet est le plus novateur en son article 527 relatif aux immeubles par nature.

Cette définition, qualifiée de révolutionnaire par l'un des principaux artisans de l'avant-projet², délimite la propriété immobilière non plus en deux, mais en trois dimensions. Ce sont les parties déterminées de l'espace terrestre. La propriété foncière devient celle de l'espace et non plus seulement celle du sol.

Comment interpréter la notion de « parties déterminées de l'espace terrestre » ?

- Une partie seulement, car personne ne saurait s'approprier la terre entière.

- Une partie déterminée par les opérations de bornage et la référence au cadastre. Mais *quid* en l'absence de cadastre ou, lorsque celui-ci est d'apparition récente comme à La Réunion, à Mayotte ou à Madagascar, la propriété foncière est déterminée de manière approximative ?

¹ H. PÉRINET-MARQUET, « L'immeuble et le Code civil », in 1804-2004, Le Code civil. *Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p. 395 et s., p. 403.

² P. SIMLER, *Meubles et immeubles*, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 34.

- L'espace terrestre n'est plus seulement délimité horizontalement, mais aussi verticalement. Mais si la propriété du sol emporte la propriété du dessus et celle du dessous, jusqu'à quelles limites s'étend-elle ?

202. Les volumes sont immeubles. – Aux termes de l'article 527 de l'avant-projet, les volumes sont des immeubles. Est ici consacrée la pratique, notamment notariale, qui avait « inventé » la vente de volumes afin de permettre la construction par des promoteurs immobiliers sur le domaine public sans porter atteinte au principe d'inaliénabilité de ce domaine. Le sol objet du domaine public reste à l'État, tandis que des volumes, au-dessus ou au-dessous sont cédés à des promoteurs qui vont construire et s'approprier les bâtiments qu'ils édifient. Cette construction en volumes s'appuie sur la possible division horizontale du droit de propriété foncière et la technique du droit de superficie que nous avons déjà évoquée (*cf. supra*).

Tant qu'aucune construction n'est édiflée, la vente porte sur des cubes d'air ou plus exactement sur un espace géographique précisément délimité par des cotes en trois dimensions planimétriques et altimétriques. L'article 562 de l'avant-projet précise d'ailleurs que la division spatiale portant création de volumes suppose l'établissement « *d'un état descriptif de division* », comme en matière de copropriété. Le volume est incontestablement un immeuble parce qu'il est défini par référence au sol et lui emprunte donc son caractère de fixité. Mais cet immeuble est assez particulier en ce qu'il n'est pas véritablement corporel. C'est plutôt un immeuble par nature incorporel.

Une fois les constructions effectuées, le propriétaire du volume devient propriétaire des choses corporelles qui y sont intégrées. Le volume « se remplit » et la propriété initialement incorporelle se matérialise en devenant corporelle. L'innovation que consacre ici l'avant-projet est majeure et constitue le plus fort souffle de modernité qu'il apporte au droit des biens.

Le volume est ainsi clairement consacré comme objet de propriété immobilière indépendamment de son contenu. Selon le Pr. Simler, « *l'on pourrait aller jusqu'à dire que la propriété immobilière est un droit incorporel, en ce qu'il est un contenant, dont l'existence est indépendante de son contenu*¹ ». Ce serait donc un immeuble incorporel jusqu'à ce qu'il soit « rempli » par des constructions.

¹ P. SIMLER, « Meubles et immeubles », in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 35.

B.- La division en lots de copropriété

203. Les lots sont immeubles par nature. – Aux termes de l'article 527 de l'avant-projet, « *sont aussi immeubles les lots de copropriété* ». Là encore, le Pr. PÉRINET-MARQUET l'avait annoncé en 2004. Pour lui, le lot de copropriété, composé subtil d'une pleine propriété (sur une partie privative) et d'une propriété indivise (sur les parties communes), est l'objet d'un pouvoir direct de son propriétaire et se retrouve au rang d'immeuble par nature¹.

La proposition est audacieuse au regard des controverses doctrinales sur la nature juridique de la copropriété des immeubles bâtis. Deux thèses en effet s'affrontent une thèse dualiste et une thèse unitaire.

Pour les partisans, largement majoritaires, de la **thèse dualiste**, la nature des droits reconnus aux copropriétaires repose sur la distinction légale entre les parties privatives et les parties communes de l'immeuble².

Dans l'analyse dualiste des droits du copropriétaire, la copropriété des immeubles bâtis aboutit à une combinaison de différents droits : une propriété individuelle pure et simple sur les parties privatives ; une indivision forcée sur les parties communes de l'immeuble (sol, murs porteurs, voies d'accès, toiture, escaliers...). L'indivision est *forcée* parce qu'elle n'est pas susceptible de partage³.

Chaque copropriétaire reçoit ainsi deux droits réels dans son patrimoine. Il est propriétaire exclusif des parties privatives et copropriétaire indivis des parties communes.

C'est la réunion de ces droits qui forme un tout que l'on nomme le lot de copropriété. Par simplification, l'on évoque couramment la propriété du lot, ce qui comprend de manière indissociable les parties privatives et la quote-part des parties communes (cf. L. 1965, art. 1^{er}). La réunion des deux droits forme une « *entité autonome, objet véritable du droit de propriété*⁴ », « *une association indissoluble*⁵ ». À cela s'ajoute la participation de chaque copropriétaire au syndicat, personne morale⁶.

¹ H. PÉRINET-MARQUET, « L'immeuble et le Code civil », in 1804-2004, Le Code civil. *Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p. 395 et s., p. 403.

² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n° 543 s.

³ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n° 626, p. 517.

⁴ *Ibid.*, n° 638, p. 528.

⁵ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n° 544.

⁶ C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 9^{ème} éd., Litec, 2007, n° 399, p. 265.

Cette conception dualiste traduit sans aucun doute la volonté du législateur,¹ mais a été critiquée par une partie de la doctrine qui soutient une **thèse unitaire**.

Cette thèse, minoritaire, repose sur un constat assez convaincant : l'énumération des parties communes tend à réduire à une peau de chagrin les parties privatives. Tout ou presque, dans l'immeuble est commun : terrain, fondations, murs extérieurs, murs porteurs, toiture, dalles formant le plancher... Seuls demeurent vraiment privatifs quelques cloisons internes à l'appartement, les revêtements muraux et certains équipements.

En définitive, les parties privatives peuvent, sans exagération, être ramenées à de simples cubes d'air délimités par des murs communs. Ces auteurs en déduisent que le droit de propriété individuelle constitue une pure abstraction puisque son assiette matérielle fait défaut. Ils en concluent que l'immeuble devrait être dans son intégralité l'objet d'une propriété collective indivise².

Mais cette conception unitaire de la copropriété, bien que reposant sur un constat irréfutable, est contraire à la fois au droit positif (*cf.* L. 65) et à la réalité sociologique : les copropriétaires ont la conviction d'être pleinement propriétaires de leur appartement. Ces raisons ont probablement conduit les rédacteurs de l'avant-projet à ne pas la retenir et à préférer la conception dualiste, celle qui est incorporée dans la notion de lot de copropriété.

204. Volumes et lots. – Un dernier point mérite d'être abordé, celui de la distinction entre les volumes et les lots de copropriété. Il est en effet possible d'échapper au statut légal impératif de la copropriété des immeubles bâtis en créant des volumes. Faute de propriété commune indivise, il manque l'une des conditions d'application de la loi de 1965 qui se trouve, dès lors, écartée³. Mais rien n'empêche que, à l'intérieur d'un même volume, soient créés des lots de copropriété entre plusieurs copropriétaires. Les deux techniques peuvent se combiner. Deux divisions peuvent ainsi être réalisées : une division primaire en volumes puis une division secondaire des volumes en lots⁴.

205. Conclusion de la section. – L'avant-projet modernise le droit des biens en procédant à des ajouts concernant le droit de propriété et les immeubles. Le premier, par ces ajouts, paraît éclaté à la fois dans son essence, sa fonction et ses

¹ L. 65, art. 2 al. 2 : « les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque propriétaire ». L. 65, art. 4 : « les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ».

² F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 627-628, p. 517-518 ; J.L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n° 538 ets., p. 541 et s.

³ C. ATIAS, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, n° 396, p. 264.

⁴ H. PÉRINET-MARQUET, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier* 2009, p. 16 et s.

caractères, sans que cet éclatement soit nécessairement néfaste. Il est simplement le produit de l'évolution du droit de propriété depuis le Code civil. Les seconds, à savoir les immeubles, sont modernisés par l'approche dématérialisée dont ils font l'objet. Les volumes et les lots de copropriété sont consacrés comme immeubles par nature. C'est une grande innovation. L'immeuble est divisé entre sa dimension corporelle et sa dimension incorporelle.

Mais la modernité de l'avant-projet s'exprime aussi par des retraits.

Section 2 : Des retraits

206. Modernité et prudence. – Tel un braconnier avide de nouvelles proies, l'avant-projet s'est emparé de la nature. Cette traque concerne d'une part les fruits (§1) et, d'autre part les animaux (§2). Les premiers ont été dépouillés de certains de leurs critères, les seconds sont sans statut.

Les rédacteurs de l'avant-projet ont procédé à des suppressions dans le domaine des fruits et sur le statut de l'animal. Ces retraits ont été effectués tantôt dans un souci de simplification et de modernisation, tantôt dans un souci de sagesse et de prudence.

§1 – Des retraits relatifs aux fruits

Les rédacteurs ont considéré que le critère de la périodicité permettant de distinguer les fruits des produits n'était plus utile dans la définition du fruit. Ils l'ont donc supprimé (A). Ils ont également décidé d'abandonner la classification des fruits pour ainsi moderniser la catégorie des fruits (B).

A.- La suppression de la condition de périodicité

207. La définition des fruits. – Le Code civil a donné une définition des fruits par référence à l'usufruit et au regard de la traditionnelle classification des fruits qui est composée des fruits naturels, industriels et civils. Ce sont les articles 582, 583 et 584 qui concernent la définition des fruits.

À partir de ces textes, la doctrine a élaboré une définition des fruits, en mettant en avant deux critères. Les fruits sont ce qu'une chose fournit périodiquement, sans altération ni diminution sensible de sa substance. La notion juridique de fruit se définit donc par deux critères cumulatifs qui permettent de

distinguer les fruits des produits : la périodicité de la production et la conservation de la substance, du capital¹.

En effet, les produits n'altèrent pas la substance de la chose et ne procèdent pas de son exploitation régulière, bien qu'ils soient originaires de la chose.

208. L'embarrassant critère de la périodicité. – La nature juridique des dividendes permet d'illustrer la difficulté que pose ce critère.

Concernant d'abord l'existence des dividendes en tant que fruits, une décision récente de la chambre commerciale a dissipé toute confusion en décidant que les dividendes ne deviennent des fruits que si trois conditions sont remplies : l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence des sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé².

Pour des auteurs, les bénéfices que réalise une société sont les fruits de l'actif social et les dividendes sont les fruits des droits sociaux³. La jurisprudence, elle, a une position ambiguë en considérant que les dividendes versés par les sociétés à ses actionnaires *participent de la nature des fruits*⁴. Le doute est ici permis entre une véritable qualification de fruit et une simple analogie parce que si les dividendes ne portent pas atteinte au capital, il leur manque le critère de la périodicité⁵. En effet, pour certains auteurs, la distribution des dividendes n'est pas régulière. Elle est aléatoire et ne présente pas le caractère certain des loyers et des intérêts⁶.

Pour une partie de la doctrine, l'exigence de périodicité n'est pas indispensable. En effet, selon elle, la périodicité ne devrait même pas faire partie de la définition des fruits. Elle ne serait qu'un indice de la condition de conservation de la substance de la chose⁷. Auparavant, la périodicité des fruits était destinée à caractériser les fruits provenant des exploitations agricoles, des arbres fruitiers car il y a une régularité dans ce type de production. Il n'existait pas de

¹ J. .L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens, op. cit.*, n°82 bis, p. 85.

² Com. 28 nov. 2006, n° 04-17486 ; *D.* 2006, *Cahier de droit des affaires*, 3055, obs. A. LIÉNHARD ou plus récemment Com. 10 février 2009, n° 07-21806 ; *D.* 2009. *AJ.* 560, obs. A. LIÉNHARD.

³ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°124, p. 189.

⁴ V. pr ex. Com., 5 oct. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 163 ; *D.* 2000.552, note G. MORRIS-BECQUET.

⁵ J.B. SEUBE, « Juin-décembre 2006 : Un souffle de fondamentalisation du droit de biens, Classification des biens : nature des bénéfices sociaux », *Droit et Patrimoine*, n°161, Juillet-Août 2007, p. 87.

⁶ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^{ème} éd., Defrénois, coll. *Droit civil*, 2005, n°162, p. 50.

⁷ J.B. SEUBE, « Juin-décembre 2006 : Un souffle de fondamentalisation du droit de biens, Classification des biens : nature des bénéfices sociaux », *Droit et Patrimoine*, n°161, Juillet-Août 2007, p. 87.

sociétés comme il y en a aujourd'hui et *a fortiori* d'assemblée générale qui décidait de la distribution des bénéfices.

209. La définition proposée par l'avant-projet. – L'article 524 de l'avant-projet définit les fruits et règle la question de la périodicité. Peu importe la périodicité, la Commission considère que c'est l'absence d'altération de la substance qui est le critère décisif pour caractériser les fruits. C'est ce critère qui permet de les distinguer des produits. L'avant-projet abandonne donc la périodicité, *critère vieilli des fruits*¹. Ce n'est plus un élément déterminant pour définir les fruits.

210. Conclusion. – On l'attendait, elle est enfin intervenue : la suppression de la périodicité². Les rédacteurs de l'avant-projet procèdent de ce point de vue à une rénovation de la définition des fruits en la modernisant. Ils continuent sur cette lancée et suppriment, mais peut-être avec moins de bonheur, la classification traditionnelle des fruits naturels, industriels et civils.

B.- L'abandon de la distinction des fruits naturels, industriels et civils

211. Abandon d'une tradition. – La classification traditionnelle des fruits, selon qu'ils ont naturels, industriels ou civils, est vivement discutée en doctrine (1), peut-être est-ce la raison pour laquelle les rédacteurs de l'avant-projet l'ont délibérément occulté (2).

1/ Une classification discutée

212. Les trois catégories de fruits. – Dans le Code civil, les fruits sont de trois sortes : les fruits naturels, les fruits industriels et les fruits civils (*cf.* articles 582, 583 et 584).

213. D'où proviennent ces fruits ? – Cette classification traditionnelle n'est pas à l'abri des critiques, car, au fur et à mesure que l'on avance parmi ces catégories, on tend à s'éloigner de la chose, au point de ne plus très bien savoir ce qui est frugifère³.

Les fruits naturels sont des productions spontanées de la chose. Mais la nature n'est pas tout ; en droit, elle est souvent ce qu'en fait l'activité humaine⁴. Ainsi, en est-il des fruits industriels, supposant un travail sur la chose. Sont-ils le

¹ F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, n°12, p. 223.

² Encore que les rédacteurs de l'avant-projet utilisent la formule « *périodiquement ou non* ».

³ R. LIBCHABER, *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Les biens*, 2002, n°61, p. 13.

⁴ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n°160, p. 50.

résultat du travail ou de la chose ? Est-ce la chose ou le travail qui est frugifère ? La question est décisive lorsque le travailleur n'est pas le propriétaire : à qui appartiennent les fruits ? De la même façon, les fruits civils, résultant d'une convention portant sur la chose, procèdent-ils de la chose ou du contrat ?

Prenons l'exemple des fruits industriels : l'article 583 alinéa 2 du Code prévoit que les fruits industriels sont ceux obtenus par la culture. Certes, c'est la terre qui accueille ces fruits, mais de qui relève la culture ? Le Code civil ignore totalement le travail de l'homme qui permet de générer ces fruits. Pour les rédacteurs du Code, la terre est l'élément principal de la production de ces fruits.

Pour certains auteurs, les fruits industriels résultent de la conjonction du capital et du travail de l'homme¹. Les fruits industriels résultent donc du concours de l'homme et de la terre.

Une question gagne donc à être posée : à qui appartiennent les fruits industriels ? Par l'application de la règle de l'accession (*cf.* article 547 du Code civil), les fruits appartiennent au propriétaire du sol parce qu'ils suivent le bien dont ils dépendent, le fonds². De même, si un usufruit est consenti sur le fonds, les fruits reviendront à l'usufruitier qui dispose de l'*usus* et du *fructus*.

En revanche, comment expliquer que le fermier locataire, donc simplement titulaire d'un droit personnel sur le fonds, récolte les fruits de la terre et de son travail ? Plusieurs explications peuvent être avancées.

- Soit on considère que le bailleur devient propriétaire des fruits par accession et, qu'en vertu du contrat de bail il les rétrocède au fermier immédiatement après leur perception.

- Soit on considère, à l'encontre de la tradition, que le fermier est titulaire d'un droit réel sur la terre, en vertu duquel il peut récolter les fruits.

- Soit, enfin, on considère que l'élément principal qui est l'origine des fruits industriels est moins la terre que le travail et il est alors naturel que les fruits du travail reviennent à celui qui l'a fourni. C'est la traduction directe de la force de travail mise en œuvre dans l'appropriation primaire des biens³. La force de travail devient un mode d'acquisition originaire de la propriété. Mais cette approche, pour être admise, suppose que soit écartée la prééminence traditionnelle de la terre dans

¹ T. REVET, *La force de travail, Etude juridique*, préf. F. ZÉNATI-CASTAING, Litec, coll. *Bibliothèque de droit de l'entreprise*, 1992, n°396, p. 443.

² F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°126, p. 192.

³ T. REVET, *La force de travail, Etude juridique*, préf. F. ZÉNATI-CASTAING, Litec, coll. *Bibliothèque de droit de l'entreprise*, 1992.

la conception des biens. Or ce n'est manifestement pas l'option retenue par l'avant-projet.

2/ Une classification occultée

214. La classification ne disparaît pas. – L'avant-projet ne reprend pas la classification des fruits. Cependant, les rédacteurs de l'avant-projet précisent que cette classification traditionnelle n'est nullement abandonnée. Ils ne l'ont simplement pas reprise « *noir sur blanc* »¹. Elle figure, en effet, implicitement dès les premiers termes de l'article. Les fruits naturels sont ce qu'une chose produit « spontanément ». Les fruits industriels sont ce qu'elle génère « par suite de sa mise en valeur ». Quant aux fruits civils, leur observation est moins claire. Elle découle toutefois du fait que les fruits ne sont plus associés à la terre et, qu'ils peuvent être produits par toute espèce de biens, y compris des biens meubles corporels ou incorporels, loués ou placés.

215. La terre reste le principal. – En suggérant que les fruits industriels sont « *ce que génère un bien [...] par suite de sa mise en valeur* », l'avant-projet exprime clairement l'idée que le fruit est produit par le bien, donc le plus souvent la terre. Le travail n'intervient que pour en faciliter l'éclosion. Au fond, il n'y a rien de changé par rapport aux dispositions de l'article 583 du Code civil, qui rattachent les fruits industriels à la terre et ne font de la culture que le moyen de les obtenir. La terre, aujourd'hui comme hier, continue à être l'élément principal, la source des richesses.

La tradition est donc simplement masquée par une modernité apparente. Encore que la classification des fruits opérée par les rédacteurs du Code civil avait au moins le mérite d'exister.

216. Conclusion du paragraphe. – Les rédacteurs de l'avant-projet ont rénové la définition des fruits que les rédacteurs de 1804 avaient conçue à la lumière de la France rurale, en prenant en compte les produits de la terre, de l'agriculture. L'avant-projet a donc modernisé la définition des fruits. Il a, en revanche, maladroitement passé sous silence une classification qui aurait, au contraire, besoin d'éclaircissement.

Il fait également preuve de modernité en refusant de qualifier l'animal.

¹ F. POLLAUD-DULIAN, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 29.

§2 – Des retraits relatifs aux animaux

217. Qualification / Régime. – L'article 521 se contente de soumettre les animaux au régime des choses corporelles (B), mais ne se prononce pas sur la qualification, contrairement à l'actuel article 528, ouvrant ainsi davantage la discussion sur la personnification de l'animal (A). C'est la technique « du grand écart » : la qualification semble ouverte, mais le régime est enfermé dans les bornes infranchissables des choses corporelles.

A.- L'ouverture sur la qualification

218. L'animal, sujet de droit ? – Dès 1909, René Demogue avait posé le problème de la personnalité juridique des animaux et écrivait : « [...] *faire de l'animal un sujet de droit, quelle horreur ! Quelle abomination ! À entendre ces cris, ne semblerait-il pas qu'il s'agit de lui donner quelque décoration et d'imiter Héliogabale faisant son cheval consul ? Mais il ne s'agit pas de cela. Ceux qui font ces critiques ou ont ces sourires placent la question sur un terrain qui n'est pas le sien. Il s'agit simplement de poser une règle technique : est-il commode, pour centraliser des résultats souhaitables, de considérer même des animaux comme des sujets de droit ?* »¹. La question qui se dégage dans ces propos a suscité de nombreuses controverses doctrinales, chaque auteur étant plus ou moins sensible au statut de l'animal. Pris dans l'alternative stricte entre personnes et biens, l'animal occupe une place incertaine².

Le Code civil fait référence à l'animal en son article 528 et considère clairement l'animal comme un bien meuble³. La loi du 6 janvier 1999 distingue bien les animaux des corps. En cela, elle prend en compte la spécificité de l'animal en tant qu'être sensible. Néanmoins, même si la loi, en modifiant la rédaction de cet article, opère une distinction entre les animaux et les objets, les animaux sont toujours placés dans le livre consacré aux biens.

219. La tentation. – Selon plusieurs auteurs cités au soutien des thèses défendant la personnalité de l'animal, la sensibilité de celui-ci le fait tellement ressembler à l'homme qu'elle devrait le rendre semblable aux sujets de droit. Il conviendrait alors de lui accorder *une parcelle de la personnalité humaine*⁴. Le développement de la protection législative des animaux a conduit certains auteurs

¹ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.*, 1909, p. 637 cité par J.P. MARGUÉNAUD, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.

² R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, n°41, p. 344.

³ T. REVET, *chron. de législation*, *RTD civ.* 1999, p. 479.

⁴ *Dixit* Édouard Engelhardt (début du XXème siècle), cité par J.P. MARGUÉNAUD, *La personnalité juridique des animaux*, *D.* 1998, p. 205.

à remettre en cause le classement des animaux parmi les biens¹. Selon eux, les animaux ne devraient plus être traités comme des objets, mais comme des sujets de droit.

Au-delà des bons sentiments qui animent cette doctrine, c'est la technique juridique qui permet ce passage de la chose à la personne. En procédant par analogie avec les personnes morales, le Pr. Marguénaud a en effet démontré que la personnalité de l'animal pouvait être considérée comme une réalité technique, du moins pour les animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité. L'animal dispose en effet d'un intérêt propre, distinct de celui de son maître et est pourvu d'une capacité d'expression pour la défense de son intérêt individuel par le biais des associations de protection animale. Ses efforts restent toutefois sans grand effet en droit positif.

220. La réfutation. – Pour d'autres auteurs, en effet, il faut remettre *l'animal à sa juste place*². Ils considèrent qu'il serait *absurde* et *ridicule* de faire peser sur la tête de l'animal l'avalanche des droits subjectifs qui pèsent sur la tête humaine. Pourquoi ? L'animal est un bien et un être vivant en même temps. D'une part, l'animal domestique est l'objet de propriété de son maître. Celui-ci dispose d'un droit d'usage, d'un droit de jouissance et d'un droit de disposition sur son animal³. L'animal peut aussi être un objet de commerce (boucherie) ou un objet d'exploitation (élevage). D'autre part, l'animal est un être vivant. Il vit, il est en mouvement. À ce titre, il est reconnu comme un « être sensible⁴ » et est protégé.

221. L'avant-projet « renonce à prendre en compte à la fois l'idée de chose et la sensibilité de l'animal⁵ ». – Cette absence de qualification de l'animal a été conduite dans un souci d'« éviter de provoquer une polémique stérile sur une formulation qui, pour choquer la sensibilité du profane, n'en est pas moins le reflet d'une règle de droit indispensable : l'animal n'est pas un sujet de droit⁶ ». Sous couvert de ménager l'affectivité de certains en ne donnant pas de qualification à l'animal, l'avant-projet réaffirme pourtant (quoiqu'implicitement) le statut de chose des animaux, en les soumettant au régime des choses corporelles. Reste que rien n'interdit à l'avenir de rouvrir le débat et de conclure à la personnalité de l'animal. Contrairement au Code civil, l'avant-projet ne tranche pas la question de la qualification.

¹ J. .L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, op. cit., n°453, p. 449.

² G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, op. cit., n°14, p. 36.

³ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, op. cit., n°14, p. 36.

⁴ Loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature.

⁵ F. POLLAUD-DULIAN, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 21.

⁶ *Id.*

222. Conclusion. – Davantage qu’hier, chacun pourra considérer l’animal à sa guise, soit comme une chose, soit comme une personne. En cela, l’animal se retrouve entre choses et personnes. Cependant, comment qualifier l’animal de personne tout en le soumettant au régime des choses ?

B.- La fermeture sur le régime

223. Le régime des choses corporelles. – Les rédacteurs de l’avant-projet expliquent qu’ils ont voulu clairement soumettre les animaux au régime des choses corporelles, sans pour autant donner une définition de l’animal. Pour eux, l’animal est bien une chose, mais une chose sensible. En ce qui concerne l’assimilation de l’animal à une chose, les rédacteurs de l’avant-projet estiment que cet aspect du régime doit être traité par le droit commun des biens.

Mais ils renvoient aux lois spéciales le soin de protéger la sensibilité de l’animal, car ils ne considèrent pas non plus que l’animal est une chose inanimée. « *Si la loi Grammont, votée en 1850, peut être considérée comme un préliminaire à l’idée d’une protection animale, elle ne visait toutefois qu’à protéger la sensibilité humaine contre le spectacle de la souffrance des bêtes*¹ ». Cette loi a été abrogée par un décret du 7 septembre 1959 qui a mis fin à la conception « *humanitaire* » de la protection animale pour lui substituer une conception « *animalière* », qui prend réellement en compte l’intérêt propre de l’animal². L’évolution législative montre que s’est instaurée une protection efficace des animaux, notamment avec la loi du 10 juillet 1976.

Il existe des règles particulières à telle ou telle espèce animale. Un droit animalier s’intéresse à une espèce spécifique. Ainsi, la vente et la détention des animaux de compagnie sont protégées par le droit rural³.

224. Quid des animaux au service des personnes ? – En restreignant le régime des animaux à celui des choses corporelles, l’avant-projet met fin à toute velléité de personnification de l’animal. Ainsi, les chiens guides d’aveugles, qui avaient tendance à être personnifiés au regard de leur mission d’anges gardiens⁴, seraient soumis au régime des choses. Ainsi, ne pourrait-on plus indemniser, comme l’avait fait le TGI de Lille, au titre des dommages à la personne et non des biens, la perte du chien guide dans un accident de la circulation⁵. Est ainsi exclue toute tentation de qualifier ce chien de personne par destination.

¹ S. ANTOINE, « Le droit de l’animal : évolution et perspectives », *D.* 1996, p. 126.

² *Ibid.*

³ G. CORNU, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n°14, p. 37.

⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁵ TGI de Lille, 23 mars 1999, *D.* 1999, p. 350, note X. LABBÉE, qui décide que le chien guide peut être

Par ailleurs, qu'en est-il des xénogreffes, des prothèses animales ? Seront-elles toujours soumises au régime des choses alors même qu'elles sont incorporées à la personne ? Ou faut-il y voir des personnes par incorporation ? La modernité de l'avant-projet semble s'arrêter en chemin...

225. Conclusion sur l'animal. – À la lumière des développements qui précèdent, autant dire que consacrer le régime des animaux et le calquer sur celui des choses corporelles ne donne pas vraiment le choix quant à la qualification de l'animal... Il aurait fallu soit prévoir la qualification de l'animal en tant que chose, purement et simplement, soit laisser libre cours à l'opinion des auteurs sans préciser le régime de l'animal.

L'animal ne saurait être une personne humaine. À quoi lui servirait la personnalité juridique ? À être protégé ? Des lois spéciales le font déjà. Il faut continuer à laisser l'animal du côté du droit des biens, sans pour autant le traiter comme un être sans vie...

226. Conclusion du chapitre. – Est-il possible de conclure de manière optimiste ? Les ajouts auxquels procède l'avant-projet semblent provoquer plus d'incertitudes qu'ils n'apportent de simplification. L'exclusivité du droit de propriété marque l'éclatement de la notion entre plusieurs fondements. La perpétuité paraît appartenir à un autre temps... révolu. D'autres ajouts manquent à l'appel. Le droit de superficie existe depuis Rome, mais aucune définition ne lui est consacrée dans un avant-projet qui se veut porteur de modernité.

Quant aux retraits, celui de la classification des fruits semble vouloir régler une difficulté en la masquant et la porte ouverte à la personnalité de l'animal est aussitôt refermée par son régime calqué sur celui des choses corporelles.

La modernité qu'incarne l'avant-projet ne semble guère être un véritable progrès à la lumière de ces points de vue. Mais le tableau n'est pas si noir. La propriété est modernisée dans sa fonction (réserve de propriété), son absolutisme est vivifié, l'exclusivité intègre son essence, l'immeuble est dématérialisé par son identification aux volumes et aux lots de copropriété, la notion de fruit est clarifiée par la suppression de la vieille et embarrassante condition de périodicité.

L'avant-projet est assurément porteur d'un souffle de modernité. Certes un souffle modéré, parfois tourbillonnant, mais qui a le mérite de porter une petite ouverture vers l'avenir. Car sous couvert de modernité, l'avant-projet dissimule parfois des craintes, des hésitations et des silences qui sont autant de freins à la modernité.

considéré comme une prothèse vivante au service de la personne non voyante.

Chapitre 2 : Un frein à la modernité

227. Timide audace. – Derrière des références à l'immatériel, signe apparent de modernité, l'avant-projet semble au contraire restreindre les possibilités de possession et d'appropriation des valeurs incorporelles (section 2). Les biens nouveaux, autres que les immeubles (*cf. supra*), sont sans doute les grands perdants de cet avant-projet. En revanche, la réticence des rédacteurs de l'avant-projet face à la pluralité de patrimoines est clairement affirmée, malgré le courant législatif récent qui tend à faire du principe d'unicité un principe anachronique (section 1).

Section 1 : L'unicité anachronique du patrimoine

228. Aubry et Rau c/ fiducie, EIRL etc. – En consacrant la vieille théorie d'Aubry et Rau, les rédacteurs de l'avant-projet ont clairement montré leur attachement à une tradition dont l'actualité montre chaque jour davantage l'obsolescence. Les patrimoines d'affectation se multiplient à travers des lois spéciales de plus en plus nombreuses (§1) au point que l'on peut se demander si l'exception ne devrait pas devenir la règle (§2). Bien que le patrimoine d'affectation suscite l'hésitation, il serait nécessaire, selon certains auteurs de définir le patrimoine d'affectation avec précision pour assurer l'intelligibilité de la loi et la sécurité juridique¹.

§1- La multiplication des patrimoines d'affectation

229. La théorie. – À l'opposé de la doctrine des professeurs strasbourgeois, la théorie du patrimoine d'affectation, d'inspiration allemande, part de l'idée que le patrimoine est indépendant de la personnalité. Il doit être considéré de manière objective comme une masse de biens affectés à un but. Et c'est ce but, cette « *communauté d'affectation* », qui soude entre eux les éléments du patrimoine². Si cette théorie était consacrée, deux conséquences majeures en découleraient.

D'une part, un patrimoine pourrait exister sans le support d'une personne. Ainsi il pourrait exister un patrimoine familial composé de tous les biens ayant reçu une affectation familiale.

D'autre part, une personne pourrait avoir plusieurs patrimoines en fonction de l'affectation qu'elle donne aux biens lui appartenant. Ainsi un commerçant, artisan ou professionnel libéral pourraient-ils isoler leur patrimoine professionnel et

¹ A.L. THOMAS-RAYNAUD, « Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine », *Revue Lamy Droit civil*, coll. *Lamy Droit civil*, Juin 2010, p. 65 et s.

² F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 21, p. 27.

ainsi empêcher leurs créanciers professionnels de saisir leurs biens privés et familiaux, relevant du patrimoine privé. Ils pourraient ainsi sauvegarder leur patrimoine personnel d'une éventuelle faillite. Le fonds de commerce, par exemple, constituerait la base d'un patrimoine commercial autonome où ne prendraient place que les dettes commerciales. La même solution vaudrait pour le fonds libéral, le fonds artisanal ou encore le fonds agricole.

230. Les illustrations. – Le droit positif français se montre réticent à consacrer dans sa généralité la théorie du patrimoine d'affectation, sans doute par crainte de fraudes et parce qu'il existe d'autres mécanismes juridiques permettant d'établir une cloison entre la fortune personnelle et les éléments d'actif et de passif affectés à l'exercice d'une activité commerciale : la constitution d'une SA ou d'une SARL permettent, en principe, d'atteindre cet objectif même si, en pratique, la cloison n'est pas toujours étanche en raison des sûretés souvent exigées des établissements bancaires et du risque de faillite personnelle des dirigeants.

231. EURL, SASU... – Ainsi, en permettant la constitution de SARL à une personne, la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL permet la création d'un patrimoine d'affectation par l'intermédiaire d'une personne morale à associé unique. Il en est de même de la possibilité admise par une loi du 23 juin 1999 de créer des sociétés d'exercice libéral à associé unique ainsi que de la loi du 12 juillet 1999 instituant la société par actions simplifiée à associé unique : SASU (société par actions simplifiée unipersonnelle).

232. Protection du logement familial. – De même, la loi du 1^{er} août 2003, codifiée aux articles L. 526-1 et suivants du Code de commerce, permet à une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration doit être reçue par notaire sous peine de nullité et contenir la description détaillée des biens et l'indication de leur caractère propre, commun ou indivis. L'acte est publié au bureau des hypothèques aux fins de publicité. Cette faculté d'isoler la propriété de son logement du reste de son patrimoine ne constitue sans doute pas un véritable patrimoine d'affectation, mais elle y ressemble fortement.

233. Fiducie. – Avec l'entrée de la fiducie en droit français, la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 consacre en revanche clairement la possibilité de créer des patrimoines affectés. L'article 2011 du Code civil donne une définition de la fiducie. Le fiduciaire, comme le *trustee* dans le trust anglo-saxon, devient pleinement propriétaire du bien transmis. Mais son droit de propriété n'est pas absolu. Il est limité à la fois dans le temps et dans sa finalité : la propriété n'est pas transmise au fiduciaire afin de lui procurer les utilités du bien, mais dans l'intérêt

du constituant ou d'un tiers. C'est un droit de propriété affecté assez éloigné des caractéristiques de la propriété classique¹. Le contrat de fiducie est néanmoins un contrat translatif de propriété, même doublement translatif puisqu'un premier transfert s'opère en la puissance du fiduciaire et qu'un second lui succède, en fin de mission, au profit du bénéficiaire. C'est d'ailleurs de ce double transfert que la fiducie tire précisément son originalité en remettant à un patrimoine d'affectation, détenu par le fiduciaire, la propriété de biens dans l'intérêt du bénéficiaire avant que celui-ci en soit à son tour investi². Les biens remis au fiduciaire forment donc un patrimoine d'affectation (L. 19 février 2007, art. 12) qui constitue le gage exclusif des titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine (cf. article 2025 C. civ.). Le patrimoine fiduciaire n'est toutefois pas totalement isolé puisque, en cas d'insuffisance d'actif, le patrimoine du constituant peut constituer le gage commun de ses créanciers (cf. article 2025, al. 2, C. civ.).

234. EIRL. – Enfin, une loi n° 2010-658 du 15 mai 2010 permet aux personnes physiques, professionnel libéral, commerçant ou artisan de créer deux patrimoines³. L'idée déjà ancienne puisqu'elle remonte au moins au rapport Champaud de 1978⁴ a été diversement appréciée en doctrine. Pour certains, elle constitue une fausse bonne idée, voire une calamité⁵, pour d'autres il répond aux vœux des institutions représentatives des entrepreneurs d'obtenir une nouvelle technique d'organisation de l'entreprise... sans risque. Quels que soient les atouts ou les risques de cette nouvelle technique, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, dont la création résulte d'une déclaration unilatérale d'affectation mentionnant le ou les objets de l'activité professionnelle, aboutit à la création d'un patrimoine séparé sans personnalité morale. La personne physique peut désormais créer un patrimoine d'affectation (et un seul) qui sera distinct du fonds de commerce (en ce qu'il peut contenir des immeubles), cessible entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, et transmissible à cause de mort si l'héritier déclare vouloir reprendre l'activité et n'a pas déjà créé son propre patrimoine d'affectation.

À la lumière de ces réformes et de la multiplication des patrimoines d'affectation, était-il judicieux de consacrer la désuète théorie d'Aubry et Rau ?

§2 -La généralisation des patrimoines d'affectation ?

235. Pour une ouverture. – L'avant-projet dispose en son article 519 que « *Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi*

¹ B. MALLEY-BRICOUT, « Le propriétaire fiduciaire ? », JCP, Éd. Notariale et Immobilière, n°6, 12 février 2010, 1073.

² P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Droit et patrimoine*, juin 2008, p. 68 et s.

³ F. MARMOZ, « L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.* 2010, chron. 1570.

⁴ A. LIÉNARD, « Entreprise individuelle à responsabilité limitée : naissance du patrimoine d'affectation », *D.* 2010, Act. Lég., p. 252.

⁵ F.X. LUCAS, « EIRL, de la fausse bonne idée à la vraie calamité », *Bull. Joly* 2010, 311.

en dispose autrement, un seul ». L'article pose clairement le principe d'unicité du patrimoine cher à Aubry et Rau, n'admettant les exceptions que par renvoi aux lois spéciales.

Les rédacteurs de l'avant-projet ont estimé que : « les critiques qui lui avaient été adressées (à la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau) et les besoins auxquels la théorie du patrimoine d'affectation entendait répondre semblent moins convaincants depuis que le législateur a institué des sociétés unipersonnelles et, à moindre degré, la fiducie sûreté¹ ».

Il aurait sans doute été plus opportun, au regard des critiques sur l'unicité du patrimoine, de confirmer, par souci de coordination avec la législation en vigueur, la compatibilité du patrimoine d'affectation avec le régime des biens², plutôt que de codifier la théorie d'Aubry et Rau, théorie aujourd'hui désuète. Sans aller jusqu'à consacrer la théorie du patrimoine d'affectation comme principe du droit commun, il aurait été plus judicieux et surtout plus conforme au droit positif de prévoir que toute personne peut créer plusieurs patrimoines dans les conditions fixées par la loi. Le résultat aurait sans doute, au fond, été le même, mais l'affichage de la loi aurait été différent. Il est inutile de poser que, par principe, une personne n'a qu'un seul patrimoine pour, ensuite, énumérer les exceptions légales. Il est plus moderne de dire que toute personne peut créer, dans les conditions fixées par la loi, un autre ou plusieurs autres patrimoines.

236. Conclusion. – Les rédacteurs de l'avant-projet ont marqué leur attachement à la théorie d'Aubry et Rau et au principe d'unicité du patrimoine à une époque où jamais les exceptions à ce principe n'ont été aussi nombreuses. Affirmer, comme ils le font, ce principe d'unicité semble à la fois désuet et inopportun. La proposition est en tout cas susceptible d'être perçue comme un frein à la modernité. Il en va de même, avec un degré accru, des biens immatériels qui sont délaissés par la réforme proposée.

Section 2 : L'ouverture timide à l'immatériel

237. Un trompe-l'œil. – En plaçant sur un pied d'égalité les choses corporelles et les choses incorporelles, l'avant-projet donne l'illusion d'une ouverture importante en direction des biens nouveaux immatériels. Mais la modernité n'est qu'un trompe-l'œil. Les choses peuvent certes être aussi bien corporelles qu'incorporelles, mais les biens, c'est-à-dire les objets de propriété, ne

¹ F. POLLAUD-DULIAN, in *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, ss. la dir. de H. PÉRINET-MARQUET, Litec, coll. *Carré Droit*, 2009, p. 23.

² F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009

sont incorporels que si la loi le prévoit. L'affirmation se vérifie tant pour la possession (§1) que pour la propriété (§2) des choses incorporelles.

§1 – La possession exceptionnelle des choses incorporelles

238. *Exceptio est strictissimae interpretationis.* – Au regard de l'article 558, les rédacteurs ne pouvaient pas énoncer plus clairement le principe selon lequel la possession des choses incorporelles n'est admise que dans les cas où la loi le prévoit. Par principe, la possession ne concerne donc que les choses corporelles.

Il est vrai que cette solution correspond au droit positif puisque la Cour de cassation n'applique en principe les dispositions de l'ancien article 2279 du Code civil qu'aux seuls meubles corporels individualisés et susceptibles de tradition manuelle¹. Elle refuse par exemple de les appliquer à une licence de débit de boissons². Cette solution repose sur la conception romaniste qui porte exclusivement sur les choses corporelles³, au contraire de la conception romaine qui admet la possession des choses incorporelles.

L'explication généralement fournie tient à l'idée que la possession suppose une maîtrise matérielle de la chose. Cette analyse heurte cependant le droit positif qui admet expressément, en certaines rares hypothèses, la possession d'une valeur incorporelle. C'est le cas à propos des inventions brevetables où le possesseur d'une invention industrielle qui a préféré ne pas la breveter peut continuer à exploiter son invention même si un tiers obtient ultérieurement un brevet sur la même invention. En principe, le titulaire d'un brevet peut interdire à quiconque d'exploiter l'invention brevetée. Par exception, le possesseur antérieur de cette invention peut continuer à l'exploiter s'il prouve le fait de possession (*cf.* article L. 613-7 CPI).

Pourtant, il a été démontré que la possession des meubles incorporels pouvait être admise par principe⁴. Il suffit de considérer que la possession s'exprime dans la maîtrise de la chose, en un pouvoir de fait sur cette chose. Or, la maîtrise matérielle n'est qu'une modalité particulière de ce pouvoir de fait. D'autres modalités sont concevables. Par exemple, le secret d'une invention ou, plus généralement, d'une information constitue une maîtrise de cette valeur autorisant du même coup à parler de possession.

¹ Civ. 1^{re}, 6 mai 1997, *Bull. civ.* I, n° 144.

² Com., 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 62 ; *D.* 2006, p. 2897, note C. KUHN ; *Droit et patrimoine*, nov. 2006, p. 103, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2006, p. 348, obs. T. REVET.

³ F. ZÉNATI-CASTAING, « La Proposition de refonte du livre II du code civil, Étude critique », *RTD civ.* n°2, Avril/Juin 2009, n° 19, p. 229.

⁴ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. CABRILLAC, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, 2001 ; et convaincus par la démonstration, F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 154, p. 147.

Les rédacteurs de l'avant-projet n'ont manifestement pas souhaité consacrer de telles avancées. Il en va de même de la propriété des choses incorporelles.

§2 – La propriété incertaine des choses incorporelles

239. Appropriation par détermination de la loi. – Les développements qui vont suivre ont, pour l'essentiel, été envisagés précédemment au titre des biens, des fruits ou de la propriété. Rappelons que dans l'avant-projet, l'appropriation des choses incorporelles ne s'opère pas aussi naturellement que pour les choses corporelles. Aux termes de l'article 517, les biens intellectuels sont régis par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et selon l'article 558, la possession des meubles incorporels obéit aux lois spéciales qui les régissent. Les choses incorporelles ne sont donc appropriables que sur autorisation de la loi : brevets, marques, droits d'auteurs...

Les rédacteurs de l'avant-projet ont ici clairement consacré la thèse que nous avons qualifiée de « légaliste ».

Les choses incorporelles sont certes reconnues comme *meubles* (cf. art. 530) mais elles ne constituent des *biens* que si elles sont appropriées (cf. art. 520). Or ne pouvant être appropriées que si la loi l'autorise, elles ne le seront que de manière exceptionnelle.

240. Quid des nouveaux biens ? – L'avant-projet apparaît ici en net recul face aux questions qui se posent en droit des biens. C'est en particulier la question des nouveaux biens qui est négligée et, plus spécialement encore, des nouveaux biens mobiliers puisque l'avant-projet consacre au contraire nettement les nouveaux immeubles (volumes et lots de copropriété). Ces nouveaux biens frappent à la porte de la propriété, surtout lorsqu'aucune loi spéciale ne permet leur réservation et leur commercialisation.

Des valeurs telles que l'information, les recettes de cuisine, l'art conceptuel, l'image des biens et des personnes, la voix, les attributs de la personnalité, les produits de l'industrie, la renommée, le savoir-faire non breveté, les fragrances de parfum, les noms de domaine, les numéros de carte bleue, les quotas, les autorisations administratives et autres permis de polluer sont-ils des biens ? Chaque élément de cette énumération non exhaustive mériterait un mémoire à lui seul, donc des réflexions approfondies. Les rédacteurs de l'avant-projet n'auraient-ils pas dû les mener en envisageant de réformer le droit commun des biens ? N'est-il pas un peu trop « facile » de renvoyer la question des biens incorporels aux lois spéciales ? Et à défaut de lois, la jurisprudence peut-elle reconnaître ces nouveaux biens ? Elle l'a fait pour l'image des biens avant de revenir sur sa position. Elle a également fini par le faire à propos des clientèles civiles en 2000. Pourquoi pas demain pour les fragrances, l'information ou l'image des personnes ? En aura-t-elle

encore le pouvoir si la reconnaissance de ces nouveaux biens dépend avant tout d'un choix du législateur ?

À défaut de reconnaissance d'un droit de propriété sur ces valeurs, la jurisprudence les protège bien souvent par le biais de la responsabilité civile et de ses applications particulières (le parasitisme économique, la concurrence déloyale...). Ce fut le cas pour les logiciels avant leur protection par le droit d'auteur en 1985 et c'est toujours le cas des fragrances de parfum que la Cour de cassation persiste à exclure du droit d'auteur, des œuvres d'art conceptuel insuffisamment formalisées, des recettes de cuisine, des noms de domaine, des idées de scénario ou de jeux de société.

Pour certains auteurs, cette protection par la responsabilité civile vaut déjà « reconnaissance d'un droit privatif¹ ». S'agit-il pour autant d'une vraie propriété ou de la « propriété comme modèle² » ? Ces mêmes auteurs n'hésitent pas à fournir l'exemple de la protection de la vie privée qui, avant d'être consacrée par la loi, a été réalisée par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ils considèrent que le droit au respect de la vie privée n'est qu'un droit de propriété sur les informations relatives à l'histoire de la personne et, plus généralement, qualifient les droits de la personnalité de droits de propriété³ (cf. *supra*). Le progrès consiste peut-être à ouvrir progressivement la porte de la propriété en protégeant d'abord ces valeurs par d'autres mécanismes.

Une autre question aurait mérité d'être envisagée par l'avant-projet.

241. *Quid des meubles par destination ?* – Un immeuble par destination est un meuble par nature, qui est économiquement ou matériellement rattaché à un immeuble. Il constitue l'accessoire d'un immeuble par nature avec lequel ils forment une unité dont il est opportun de soumettre tous les éléments au même régime. L'accessoire suit le principal.

Dans la conception classique, traditionnelle, l'immeuble est toujours l'élément principal et le meuble en est l'accessoire : *superficies solo cedit*. Pourquoi ne pas inverser et envisager que l'immeuble puisse être l'accessoire du meuble, qui serait l'élément principal ?

Le fonds de commerce est un meuble incorporel. L'exploitation du fonds de commerce est permise grâce à un immeuble. Si l'on considère que l'immeuble est un accessoire du fonds de commerce, il serait donc un meuble par anticipation et

¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°8b, p. 29.

² J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 281 et s.

³ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°8c, p. 30.

suivrait le régime des meubles. L'élément principal serait le fonds de commerce, le meuble, et l'élément accessoire serait l'immeuble. Il serait économiquement rattaché au fonds de commerce.

Quel est l'intérêt de qualifier l'immeuble permettant l'exploitation du fonds de meuble par destination ?

Aujourd'hui, le propriétaire du fonds de commerce et de l'immeuble, dans lequel il exploite son fonds, qui décide de céder le fonds n'est pas obligé de consentir un bail commercial à l'acquéreur du fonds. L'acquéreur peut ainsi se retrouver propriétaire d'un fonds de commerce qu'il ne peut pas exploiter. En revanche, si l'immeuble était considéré comme meuble par destination, donc accessoire du fonds, il serait en principe transmis avec le fonds de commerce cédé.

242. *Quid des produits de l'industrie ?* – Pour certains auteurs, « *le règne de l'artificiel advient, autrement dit, celui des produits de l'activité humaine*¹ » faisant apparaître une nouvelle référence : le produit.

Outre la consécration de la notion à propos de la responsabilité du fait des produits défectueux, la notion de produit présente un intérêt pour déterminer la naissance des nouveaux biens (*cf.* la querelle des proculiens et des sabinien) et leur mode d'appropriation. L'exemple que nous avons déjà donné concerne les fruits industriels. L'article 583 alinéa 2 du Code prévoit que les fruits industriels sont ceux obtenus par la culture. Certes, c'est la terre qui accueille ces fruits, mais qui cultive ? Le Code civil ignore totalement les biens issus du travail². Pour les rédacteurs du Code, la terre est l'élément principal de la production de ces fruits. À qui appartiennent donc ces fruits industriels ? Par l'application de la règle de l'accession (*cf.* article 547 du Code civil), les fruits appartiennent au propriétaire du sol parce qu'ils suivent le bien dont ils dépendent, le fonds³. Or, pour certains auteurs, il faudrait considérer que les fruits industriels proviennent avant tout du travail humain et que, produits par une personne, celle-ci doit pouvoir se les approprier.

Il est dommage que les rédacteurs de l'avant-projet ne se soient pas interrogés sur ces questions délicates.

243. Conclusion. – En visant indifféremment parmi les meubles les choses corporelles et les choses incorporelles, l'avant-projet donne l'illusion d'une ouverture importante en direction des biens immatériels. Mais la modernité est ici

¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°8c, p. 30

² T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine* n°124, Mars 2004, p. 27

³ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n°126, p. 192.

un trompe-l'œil. Les choses peuvent certes être aussi bien corporelles qu'incorporelles, mais les biens, c'est-à-dire les objets de propriété, ne sont incorporels que si la loi le prévoit. Et cette restriction légale concerne autant la possession que la propriété des choses incorporelles

244. Conclusion du chapitre. – Réticents face à la pluralité des patrimoines, les rédacteurs de l'avant-projet le sont davantage encore à l'égard des biens nouveaux qui n'ont pas encore trouvé de technique d'appropriation. L'avant-projet considère que ces questions doivent être réglées par les lois spéciales et qu'elles n'ont pas à être tranchées par le droit commun. Le risque n'est-il pas de voir le droit commun des biens vidé un jour de sa substance. Ces branches spéciales peuvent-elles à ce point « *se priver de la souche et de la sève nourricière*¹ » du droit des biens ?

245. Conclusion de la partie. – L'avant-projet constitue une évolution, mais n'est pas conçu pour être révolutionnaire. Le souffle de modernité qu'il porte mérite d'être nuancé. Fort pour les nouveaux immeubles, apaisant pour le critère des fruits, il est plus tourbillonnant pour la classification des fruits et contrasté pour la propriété et les animaux. Le vent de modernité est même combattu lorsqu'on envisage le patrimoine et les nouveaux biens autres qu'immeubles.

CONCLUSION GÉNÉRALE

246. Entre tradition et modernité, dans un contexte de mondialisation. – À trop vouloir préserver la tradition, les rédacteurs de l'avant-projet ont sans doute évité la révolution, mais ils ont peut-être manqué une évolution...

L'avant-projet clarifie, simplifie, supprime des références et notions désuètes, consacre les solutions fondées sur un large consensus en reprenant la tradition, teintée de modernité. Mais combien de questions délicates ont-elles été ignorées ? Fallait-il y répondre dans une réforme du droit commun des biens ? Fallait-il seulement poser le débat ? Les rédacteurs ont préféré souvent ne pas y entrer, laissant le soin aux lois spéciales de traiter des nouveaux biens. La sagesse commandait sans doute cette précaution, car ces lois spéciales ne sont pas seulement nationales, mais européennes et internationales. Or on ne peut toucher à la propriété de l'information ou du savoir-faire non breveté sans bouleverser le subtil équilibre des droits de propriété industrielle qui sont organisés au niveau mondial. L'exemple de l'image des biens l'a montré. Étendre la propriété de droit commun à l'image des biens menaçait la cohérence de la propriété littéraire et artistique.

¹ J.B. SEUBE, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif Droit*, 2006, avant-propos.

Définir : l'art est difficile, car il impose des choix. Il expose à la critique, mais à une critique qui se doit d'être constructive, car rien n'est plus périlleux que de proposer une réforme assortie de définitions claires. L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en dépendent pourtant. Mais choisir c'est aussi et surtout, renoncer disait Alain. Renoncer à certaines conceptions et à certaines traditions, renoncer à poser certaines questions et à y répondre, renoncer à proposer certaines définitions, renoncer, parfois même, à choisir entre des courants de pensée. Mais c'est encore choisir que de ne pas choisir.

247. Perspectives ? – Cet avant-projet constitue la première grande proposition de réforme du Livre II du Code civil. D'autres pourraient suivre et ce serait sans doute une bonne chose, car c'est de la confrontation des idées qu'émergent les meilleures d'entre elles. D'autres courants de pensée mériteraient de s'exprimer, peut-être moins attachés à la tradition. Les notaires pourraient également investir davantage la scène de la réforme et souffler, eux aussi, le vent du droit des biens de demain. C'est ce qu'ils ont fait aux côtés de Carbonnier et du Pr. Catala pour le droit des successions et des libéralités. L'expérience mérite d'être renouvelée.