

LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) - C.N.R.S.

--
83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 PARIS
Tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

LA RÉALITÉ DE LA RÈGLE DE L'UNICITÉ DU PATRIMOINE

**Responsables : François TERRÉ
Marie-Anne FRISON-ROCHE**

**RAPPORT SUR L'ÉTAT DES CONNAISSANCES
(ETUDE DOCUMENTAIRE)**

(VERSION PROVISOIRE - FÉVRIER 1993)

**Convention de recherche Ministère de la Justice
n° 91 05 067 00 210 75 021**

LABORATOIRE DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE
UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) - C.N.R.S.

--
83 bis, rue Notre-Dame-des-Champs
75006 PARIS
Tél. 44.41.59.31 ; 44.41.59.32; 40.46.81.64
fax 40.51.01.14

LA RÉALITÉ DE LA RÈGLE DE L'UNICITÉ DU PATRIMOINE

**Responsables : François TERRÉ
Marie-Anne FRISON-ROCHE**

RAPPORT SUR L'ÉTAT DES CONNAISSANCES (ETUDE DOCUMENTAIRE)

(VERSION PROVISOIRE - FÉVRIER 1993)

**Convention de recherche Ministère de la Justice
n° 91 05 067 00 210 75 021**

LA REALITE DE LA REGLE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE
Présentation générale du rapport sur l'état des connaissances

La recherche menée par le Laboratoire de Sociologie Juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) autour du thème *LA REALITE DE LA REGLE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE* a été construite de façon à tenter de cerner cette question essentielle. C'est pourquoi, avant que ne débutent, dans l'enquête de terrain proprement dite, les entretiens qualitatifs, a été menée une vaste étude documentaire sur l'ensemble des connaissances disponibles sur le sujet, et selon la matière considérée. C'est par la confrontation avec ces connaissances que les résultats de l'enquête de terrain devraient prendre tout leur sens.

Le thème, objet de la recherche, se caractérise par les racines qu'il prend dans la théorie fondamentale du droit, à travers notamment la complexité du lien entre la personne, c'est-à-dire l'être, et les biens, c'est-à-dire l'avoir, leur rencontre s'opérant dans ce lieu abstrait et inventé qu'est le patrimoine. Une première étude documentaire a donc été menée en philosophie du droit.

Ces racines sont non seulement philosophiques mais encore historiques. C'est à propos des successions que ce principe a vu le jour, avant d'être généralisé, et il est ainsi notable qu'il semble aujourd'hui mieux "supporté" en droit patrimonial de la famille qu'il ne l'est en droit des affaires : l'histoire affleure toujours au présent et le droit le plus technique reste aujourd'hui encore plus ou moins prisonnier de la théorie classique traduite, avec une part d'invention indéniable, de Zachariae par Aubry et Rau.

Dans ce premier temps de l'étude documentaire, ces derniers continueraient de "régner en maître" sur le droit patrimonial de la famille, dans la mesure où ce serait toujours autour de ce principe que le droit positif actuel, légal ou jurisprudentiel, s'agence, même s'il s'agit d'y porter dérogation. C'est en termes d'exception que les règles qui ne se conforment pas à l'unicité du patrimoine sont présentées. Le principe reste donc, non certes intangible, mais à tout le moins comme une généralité de droit commun, par rapport à laquelle les normes techniques se mesurent.

La situation, lorsqu'elle est abordée sous l'angle du droit des affaires, semble tout autre. A travers les documents écrits, et selon une tendance qui devrait s'accuser aux résultats de l'enquête de terrain, le principe de l'unicité du patrimoine ne semble guère exister ...

Sorte de moulins à vent pour quelques doctrinaires don Quichotte, il est balayé rapidement, lorsqu'il est même abordé.

Le résultat global de cette première étude de notre recherche est très contrasté. L'évolution historique est encore prégnante et les questions philosophiques affleurantes. Mais le droit patrimonial de la famille y semble nettement plus sensible que le droit des affaires.

Esprit de système pour lui et pragmatisme pour l'autre? Présence plus massive de personnes à formation juridique dans l'un et présence plus effective de financiers dans l'autre? C'est l'enquête de terrain, aujourd'hui commencée à travers une grille d'entretien annexé au présent rapport, qui permettra d'aborder, non seulement quelques lignes de réponse, mais encore quelques autres questions sur le sujet essentiel de la réalité de l'unicité du patrimoine.

M.A. - F.R.

Coordination :

Simone GEOFFROY-POISSON

Equipe :

Marion ALBESSARD

Simone GEOFFROY-POISSON

Sophie PETIT-RENAUD

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

SYNTHESE D'HISTOIRE DU DROIT

INTRODUCTION

"Le patrimoine est l'ensemble des biens et des obligations d'une personne envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire un tout, une unité juridique" rappelle le Doyen CARBONNIER ¹. La construction d'une théorie du patrimoine, et en particulier de ses éléments constitutifs, a retenu l'attention des juristes romanisants du XIX^{ème} siècle. Cependant, il faut remarquer l'absence de toute définition précise donnée par le législateur, même si le terme patrimoine apparaît dans plusieurs articles du code civil. Est-ce parce que l'idée de patrimoine semble se comprendre d'elle-même qu'elle peut se dispenser d'une définition ?

L'étymologie latine *patrimonium* vient de *pa* : père ; de la racine sanscrite *pa* qui signifie protéger, avec le suffixe *monium*, formé du radical *men*, qui est en grec *meno*, rester, demeurer, en latin *maneo*, et en persan *manidan*, dont la racine sanscrite *man* veut dire littéralement penser, aimer, désirer et aussi demeurer, rester ².

Dans l'ancien droit, le patrimoine se retrouve dans le terme latin *familia*. Mais c'est avec le droit prétorien que la conception du patrimoine évolue et qu'apparaît l'expression *bona*. La notion d'universalité de droit est érigée en principe, conforté par l'adage "Bona sunt nisi deducto aere alieno". Quant au mot *patrimonium*, il n'apparaît chez les juristes romains que sous l'Empire ³. La théorie juridique du patrimoine et en particulier dans le droit patrimonial de la famille, se met en place. La valeur du bien appréciable en argent et ses caractères de cessibilité et de transmissibilité en soulignent l'importance. Cependant, dans l'analyse historique, le principe d'unicité du patrimoine n'est pas effleurée.

¹droit civil t.III p. 7 PUF coll Thémis droit 1956

²grand dictionnaire universel Larousse t.XII p.407 ,Paris 1875.

³GAIUS, institutes.

La révolution de 1789, après avoir aboli les droits féodaux, va instaurer une égalité des partages des biens transmis dans les successions⁴. Ce sont les économistes modernes, les premiers, qui ont relevé l'importance de la transmission des biens d'un point de vue social et financier. Alexis de TOCQUEVILLE le souligne en ces termes : " Je m'étonne que les publicistes anciens et modernes n'aient pas attribué aux lois sur les successions une plus grande influence dans la marche des affaires humaines. Ces lois appartiennent, il est vrai, à l'ordre civil; mais elles devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression"⁵.

I - LA CONSTRUCTION DE LA THEORIE JURIDIQUE CLASSIQUE DU PATRIMOINE ET LE PRINCIPE D'UNICITE

A- La recherche des éléments constitutifs de la notion d'unicité du patrimoine

La notion d'unicité du patrimoine n'intervient qu'incidemment dans le code civil. Les juristes, praticiens du droit, s'intéressent davantage aux éléments juridiques de la notion de patrimoine qu'à l'élaboration d'une théorie. Dans le titre des successions du code Napoléon, l'ancien article est ainsi rédigé : "Ils (les cohéritiers) peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation des patrimoines du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier"⁶. Ce seront ultérieurement les articles 2092 et 2093 du code civil qui vont donner une base légale à la théorie du patrimoine.

⁴décret du 19 avril 1803 - 29 germinal an XI - qui promulgue la partie du code civil se rapportant au droit des successions.

⁵De la démocratie en Amérique t1 Etat social des anglo-américains p.43 ,Gallimard Coll. Idées 1968

⁶P.A. FENET Recueil complet des travaux préparatoires du code civil t. XII p. 133 ed 1827.

Cette théorie semble être le fruit d'une lente élaboration. Les rédacteurs du code civil se rapprochent du droit romain pour affirmer que "...chaque succession ne formera qu'un seul patrimoine, et l'on n'y distinguera plus diverses espèces de biens pour les distribuer suivant leur nature à diverses lignes ou branches d'héritiers : tous les biens resteront confondus, comme ils l'étaient dans la main du défunt qui pouvait disposer de tous, et ils seront tous également déférés au plus prochain héritier dans chaque ligne, soit de son chef, soit par représentation" ⁷. Ce principe se trouve également affirmé chez MERLIN de DOUAI, MALEVILLE, BUGNET, TOULLIER, ou d'autres rédacteurs du code civil.

B- La notion juridique subjective et abstraite d'unicité du patrimoine chez ZACHARIAE, AUBRY et RAU

ZACHARIAE, le premier, dès 1808, à l'aide des éléments épars dans le code civil français, et s'inspirant des réflexions des auteurs français qui l'ont précédé, va bâtir une théorie du patrimoine juridique dans son cours de droit civil français (Handbuch des Französischen civilrechts).

Mais ce sont AUBRY et RAU qui vont construire une théorie générale du patrimoine à partir de la relation entre l'idée de patrimoine et celle de personnalité. Le patrimoine est l'émanation de la personnalité et donc l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie en tant que telle. Pour ces deux auteurs, chaque personne n'a jamais qu'un patrimoine. Et même si la loi impose des restrictions à ce principe, il faut leur reconnaître un caractère exceptionnel.

⁷supra FENET t. XII p. 189

II - L'EVOLUTION DOCTRINALE ET LA CRITIQUE INTERPRETATIVE OBJECTIVE DE LA THEORIE CLASSIQUE

Cette conception qui considère que tous les biens et toutes les charges forment une masse unique va être l'objet de très vives critiques dès la fin du XIX^{ème} siècle, en raison de son caractère factice, abstrait et abusivement logique.

A- En droit civil

L'inaliénabilité du patrimoine a reçu d'importantes exceptions et il est de nombreux cas où, dans un même patrimoine, une masse autonome de biens apparaissent pour constituer une universalité juridique distincte.

Des théoriciens comme François GENY, Henri GAZIN, Georges PLASTARA ou Olivier JALLU se sont élevés contre une telle confusion entre les notions de patrimoine et de personnalité.

A la fin du XIX^{ème} siècle, une conception, dite objective, a été présentée par des auteurs allemands, comme Aloïs BRINZ, en remplaçant le support du patrimoine par un but, le patrimoine devient d'affectation (zweckvermögen). On élargit ainsi les éléments de l'actif qui concourent à un même but. Avec l'évolution de cette conception, il en résulte que "ce qui crée la cohésion entre les éléments composant les universalités... c'est l'affectation desdits éléments à une destination particulière commune, et non pas la personnalité du titulaire"⁸.

⁸Planiol et Ripert Traité de droit civil français t.II p. 25 Paris 1952.

B- En droit commercial

La doctrine a une approche plus réservée sur le lien existant entre patrimoine et personnalité , alors que les enseignants et rédacteurs d'ouvrage semblent avoir une approche classique quasiment unanime : le principe d'unicité et d'indivisibilité est évident (BOISTEL, LYON-CAEN et RENAULT, LACOUR et BOUTERON, THALLER ou PERCEROU). La jurisprudence, quant à elle, a pris des positions plus contradictoires.

En droit civil, comme en droit commercial, il semble que la conception classique soit l'objet d'attaques sévères portées par le droit positif à l'instar de nombreuses législations étrangères qui ont échappé à l'influence du droit romain : le droit anglais, le droit suisse ou le droit allemand, en particulier.

I. — LA CONSTRUCTION DE LA THÉORIE JURIDIQUE CLASSIQUE ET LE PRINCIPE D'UNICITÉ DU PATRIMOINE.

A. — LA RECHERCHE DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA NOTION D'UNICITÉ DU PATRIMOINE.

Bien que le principe d'unicité du patrimoine reste étranger aux réalités patrimoniales de l'ancien droit français⁹, des juristes romanisants vont tenter de faire revivre la notion d'*universalitas*. C'est ainsi qu'ils vont utiliser indistinctement les termes d'universalité ou de patrimoine pour désigner la réunion de tous les biens, droits actifs et passifs d'une personne¹⁰. Les juristes du XVIII^{ème} siècle, les rédacteurs du Code Civil ne se sont pas attardés à élaborer une théorie juridique du patrimoine. Praticiens du droit, ils se sont intéressés plus au contenu - c'est-à-dire aux biens, aux obligations, à la propriété, qu'au contenant la notion même de patrimoine¹¹. Le Code Civil, qui ne

9- Le droit coutumier distingue les alleux et les tenures, les biens nobles et roturiers, les propres et les acquêts, les meubles et les immeubles. Chaque catégorie a un régime juridique propre.

10- « l'universalité des biens » in MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. VII, 5^{ème} éd. Paris, 1827, p. 375 ; « l'universalité des droits actifs et passifs » in POTHIER, *Oeuvres de POTHIER annotées et mises en corrélations avec le Code Civil actuel par BUGNET*, t. VIII, *Traité des successions*, Paris, 1845, p. 1 ; on trouve également le terme Hérité employé dans le même sens que patrimoine : « Hérité : on appelle ainsi la succession à l'universalité des droits actifs et passifs du défunt » in MERLIN DE DOUAI, *ibid.* p. 362 et ceci d'après le principe de droit romain « Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit » *Dig.* 50, 17, 62.

11

11- D'ailleurs, le terme patrimoine n'a pour ces juristes aucune connotation différente des termes universalité, ou hérité ce n'est que plus tard avec les développements théoriques d'AUBRY et RAU que ce terme prendra une dimension différente : une dimension théorique artificiellement créée. Le terme universalité, d'*universitas*, semble incontournable pour cerner la notion de patrimoine. Le Doyen Carbonnier définit le patrimoine comme « l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit » (in *Traité de droit civil*, t. III : les biens, n°1), de même le Doyen Mazeaud explique en tête de son chapitre sur le patrimoine qu'« en principe le droit français ne reconnaît qu'une universalité de droits : le patrimoine, qui est attaché à chaque personne », et encore le Professeur Terré distinguant les universalités de fait et les universalités juridiques expose que « le droit français ne reconnaît en principe qu'une universalité juridique : celle formée par l'ensemble des droits et des obligations d'une personne, le patrimoine » (in *Les Biens*, p. 6).

mentionne que très rarement le vocable de patrimoine et qui lui préfère celui de biens¹², terme plus concret, en est la preuve. Malgré leurs préoccupations essentiellement pratiques c'est pourtant dans les ouvrages de ces juristes et dans les travaux préparatoires du Code Civil que se trouvent les fondements de la théorie d'unicité du patrimoine. En effet, des réflexions ponctuelles, faites le plus souvent lors de développements sur les successions ou encore sur les donations entre vifs, ont permis au jurisconsulte allemand ZACHARIÆ puis à AUBRY et RAU de dégager les éléments constitutifs de la notion de patrimoine et de mettre l'accent sur son caractère essentiel : l'unité.

En premier lieu, le patrimoine apparaît comme un attribut de la personnalité. Tous les auteurs semblent d'accord sur ce point : MERLIN DE DOUAI mentionne «le patrimoine de chaque individu»¹³ tandis que POTHIER évoque «l'universalité des biens d'une personne»¹⁴ et les travaux préparatoires du Code Civil parlent du «patrimoine d'un particulier»¹⁵. Le patrimoine est indiscutablement lié à la personne. MERLIN DE DOUAI ira plus loin en avançant le fait qu'«un homme qui ne laisse rien en mourant, ne laisse pas d'avoir une hérité comme le plus riche propriétaire»¹⁶. ZACHARIÆ puis AUBRY et RAU en tireront le principe selon lequel toute personne a nécessairement un patrimoine si démunie soit-elle. De plus, il apparaît clair à la lecture des auteurs antérieurs à 1808 — date de la première édition du manuel de ZACHARIÆ— que le patrimoine ne conserve pas une existence propre après la mort d'une personne¹⁷. Le patrimoine se transmet à cause de mort. Trois principes viennent d'être dégagés :

- le patrimoine est lié à la personne,
- toute personne a nécessairement un patrimoine,
- le patrimoine ne se transmet qu'à la mort de la personne.

Ce sont les éléments constitutifs de la théorie classique du patrimoine. Mais l'élément essentiel de cette doctrine classique reste l'unicité du patrimoine. Ce caractère se retrouve également dans les ouvrages des juristes du XVIII^{ème} et dans les travaux préparatoires du Code Civil.

12- O. JALLU, *Essai critique sur la continuation de la personne*, Paris, 1902, p.96.

13- *Ibid.* p. 365.

14- *in Traité des Successions*, p. 206.

15- *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, signé par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU, MALEVILLE, *in FENET*, t. I, p. 509.

16- *Ibid.*; p. 362.

17- «La succession est la transmission des droits actifs et passifs d'un défunt en la personne de son héritier. Un héritier est celui qui succède à tous ces droits par la mort de celui en la personne duquel ils compétaient» *in POTHIER, Traité des successions*, p. 1.

Une personne n'a qu'un seul et unique patrimoine. Ce principe semble évident pour nos auteurs, mais ils ne l'envisagent que dans son aspect civiliste. Ce n'est en effet qu'à l'occasion de leurs développements sur les successions qu'ils mentionnent l'unicité du patrimoine¹⁸. MERLIN DE DOUAI explique que «tout le patrimoine du défunt se confond avec celui de son successeur»¹⁹, tandis que les rédacteurs du Code Civil précisent à l'occasion du nouveau système des successions adopté par la loi du 17 nivose an II²⁰ que «comme chez les romains, comme dans le droit écrit, chaque succession ne formera plus qu'un seul patrimoine [...] tous les biens resteront confondus, comme ils l'étaient dans la main du défunt qui pouvait disposer de tous»²¹.

Ce principe d'unicité semble être bien ancré, à tel point que les premiers commentateurs du Code Civil n'hésitent pas à rappeler que «par l'acceptation l'héritier ne fait qu'un avec le défunt ; que les deux patrimoines sont confondus»²² ou encore mentionnant le bénéfice d'inventaire qui «est d'empêcher la confusion du patrimoine de l'héritier avec celui du défunt»²³. On peut donc retirer de la lecture de ces auteurs que le patrimoine de la personne décédée se fond dans le patrimoine de l'héritier pour ne former qu'un seul et unique patrimoine.

B. — LA NOTION JURIDIQUE SUBJECTIVE ET ABSTRAITE D'UNICITÉ DU PATRIMOINE CHEZ ZACHARIÆ, AUBRY ET RAU.

Les juristes du début du XIX^{ème} siècle sont naturellement très influencés par le Code Civil. Formés à l'école de l'Ancien Droit, sous l'Ancien Régime, ils vont l'interpréter avec les ressources que leur offre leur formation antérieure. C'est le début de

18- ZACHARIÆ, AUBRY et RAU vont théoriser ce principe et ils vont l'étendre au droit commercial de telle sorte que dans leur théorie les biens affectés au commerce ne formeront pas un patrimoine indépendant mais se confondront avec tous les biens de la personne. Théorie à laquelle ils vont devoir très rapidement apporter des exceptions.

19- *Ibid.* p. 362.

20- La règle *paterna paternis, materna maternis* fut abrogée par l'art. 62 de la loi du 17 nivôse an II (06-01-1794) et cette abrogation fut maintenue par l'art. 732 du Code Civil.

21- «Dispositions générales et successions. Communications officielles au Tribunat. Projet communiqué au Tribunat le 22 germinal an IX (12 avril 1803), M.CHABOT en fit le rapport à l'assemblée générale le 26 germinal (16 août)» in FENET, t. XII, p. 189.

22- DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, t. II, Paris, 1808-13, n.3, p. 382.

23- *ibid.* p. 33.

l'École de l'Exégèse. Le culte de la loi est substitué au culte du droit. Les premiers commentateurs se contenteront de paraphraser les dispositions du Code Civil²⁴. Le juriste allemand Karl Salomo ZACHARIÆ VON LIGENTHAL²⁵, dans un ouvrage intitulé *Handbuch des Französischen Civilrechts*, va se détacher de l'ordre du Code Civil et adopter un plan original. Les français Charles AUBRY²⁶ et Charles RAU²⁷ vont pouvoir ainsi, en présentant leur manuel comme une traduction du manuel de ZACHARIÆ, s'éloigner de la tradition française consistant à suivre l'ordre des dispositions du Code Civil²⁸. Seul ZACHARIÆ pouvait leur donner l'opportunité de se détacher de la méthode de commentaire imposée par l'école française. Le modèle de ZACHARIÆ permet de couvrir cette innovation et de faire œuvre originale. L'originalité de son œuvre se situe bien d'ailleurs dans le plan puisque la traduction de MASSÉ et VERGÉ²⁹, présentant cet ouvrage selon l'ordre du Code Civil, n'aura aucun succès. Si la spécificité du manuel d'AUBRY et RAU résulte de tout évidence de sa forme qu'en est-il sur le fond ?

AUBRY et RAU vont très rapidement affirmer leur indépendance par rapport à ZACHARIÆ. Dès le quatrième volume de la première édition, celui concernant justement le patrimoine, les deux auteurs annoncent dans la préface que leur manuel est une œuvre personnelle dont ils assument l'entière responsabilité. Ce n'est pourtant que dans leur quatrième édition (1869-1879) qu'ils vont se détacher complètement de l'ouvrage du juriste allemand. C'est dans cette édition que leur théorie du patrimoine va prendre toute son ampleur. La théorie de l'unicité du patrimoine, déjà existante dans le manuel de ZACHARIÆ, va devenir de plus en plus abstraite.

24. « L'École de l'Exégèse a été la résultante forcée de la codification », J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, Paris, 1924, p. 11.

25. Carl Salomo ZACHARIÆ VON LIGENTHAL (1769-1843) : juriste et publiciste allemand. Né à Meissen le 14 septembre 1769. Il fait ses études à l'université de Leipzig, puis suit les cours du romaniste Haubold. Docteur en droit en 1796, il est nommé professeur à Wittenberg en 1798, et devient membre du tribunal arbitral établi à la faculté. En 1806, il est nommé professeur à la faculté de droit de Heidelberg. Dès 1808 il entreprend l'étude du Code Napoléon et publie la première édition d'un manuel de droit civil français. Trois refontes successives de ce manuel ont lieu et dès la seconde édition il passe de deux à quatre volumes in-8°. En 1825 il est élu député. Il meurt le 27 mars 1843. Cf. MICHAUD, *Biographie universelle*, t.45, (article rédigé par C. AUBRY)

26. Charles AUBRY (1803-1883).

27. Charles RAU (1805-1883).

28. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand C.S. ZACHARIÆ revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur, Strasbourg, 1839-1846.

29. MASSÉ et VERGÉ, *Le droit civil français par C.S. ZACHARIÆ*, traduit de l'allemand sur la cinquième édition annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon, Paris, 1855.

Le caractère essentiel du patrimoine est son rattachement à la personnalité : «l'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité»³⁰. Cette théorie du patrimoine, dite classique, comprend trois caractères :

- «les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine»
- «toute personne a nécessairement un patrimoine»
- «la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine»³¹

Tout le système d'AUBRY et RAU repose sur le lien qui existe entre la personnalité et le patrimoine, celui-ci n'étant qu'un attribut de la personnalité. Ainsi fondée sur une considération purement théorique, la notion de patrimoine est beaucoup trop étroite et apparaît comme une gêne importante au développement des relations juridiques. En effet il résulte de cette théorie que le patrimoine comme tout attribut de la personnalité (nom, état...) non seulement est indivisible mais qu'il est aussi intransmissible entre vifs.

Indivisible, c'est-à-dire que selon la théorie classique un commerçant ne pourrait affecter à son entreprise une masse de biens déterminés de façon à préserver son capital contre les risques d'une faillite... Sur le plan pratique le système d'AUBRY et RAU aboutit à des résultats qui le condamnent : la théorie du patrimoine d'affectation ! L'indivisibilité du patrimoine est une limitation fâcheuse.

Si on accepte toute les conséquences de la théorie d'AUBRY et RAU, le patrimoine lié à la personnalité devrait disparaître avec lui. Une fois de plus il faut accepter un tempérament à ce principe. Le patrimoine va subsister en se fondant dans celui de l'héritier. Mais encore faut-il laisser à l'héritier la possibilité d'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

On peut donc remarquer que la théorie du patrimoine fixée par AUBRY et RAU et inspirée de ZACHARIÆ est purement abstraite. Ils vont devoir multiplier les exceptions afin de la rendre viable juridiquement. Ils ont conduit à une certaine immobilisation du droit qui va elle-même entraîner quelques années plus tard des critiques virulentes remettant complètement en cause la théorie du patrimoine, dite classique.

30- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, § 573, vol.6, p. 229, (4^{ème} éd.)

31- *ibid.*

II . - L'EVOLUTION DOCTRINALE ET LA CRITIQUE INTERPRETIVE OBJECTIVE DE LA THEORIE CLASSIQUE

A - En droit Civil

En 1899, parait le livre de François GENY "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif". Cet ouvrage a eu beaucoup d'impact, de nombreuses études critiques lui ont été consacrées; les deux autres thèses étudiées (G. PLASTARA, La notion juridique du patrimoine et H.GAZIN, Essai critique sur la notion du patrimoine dans la doctrine classique) en font largement référence.

Le livre de GENY est une critique générale de la méthode d'interprétation juridique traditionnelle; sur 600 pages, il n'en consacre que 2 à la théorie classique du patrimoine à titre d'exemple de sa démonstration. GENY expose les excès d'une méthode apparue avec la codification instituant la suprématie de la loi, de la volonté du législateur à laquelle toute solution juridique doit se rattacher directement ou indirectement: "l'ensemble des actes législatifs promulgués et encore en vigueur doit suffire à nous révéler toutes les règles juridiques nécessaires aux besoins de la vie sociale en matière de droit privé."

Mais tout en affirmant la nécessité de s'en tenir à une pure interprétation de la loi, les tenants de cette doctrine ont été amenés à dépasser cette interprétation pour dégager de la loi des principes supérieurs, idéaux et autonomes et déduire de ceux-ci de nouveaux principes, de nouvelles notions souvent inconciliables avec les besoins de la pratique. "Ici la déduction est nécessaire et la logique y triomphe. On admet en effet, comme une loi nécessaire de notre méthode traditionnelle, que tout principe juridique, reconnu et justifié, doit être poursuivi jusqu'au bout de ses effets à l'aide de la conception qui l'a inspiré, et suivant les règles d'une logique rigide et serrée." La théorie classique du patrimoine d'AUBRY et RAU est un exemple de l'excès de cette méthode, de "l'emploi de conceptions pures, développées par une logique toute abstraite" et complètement détachées des réalités. Excès de l'emploi de postulats, du rôle de la déduction, abus des abstractions logiques et des constructions juridiques, tels sont les défauts de cette conception classique du patrimoine.

Ces abus ont consisté "à envisager comme douées d'une réalité objective permanente, des conceptions idéales provisoires et purement subjectives de leur nature." AUBRY et RAU ont admis, à priori, comme vrai, la notion de patrimoine émanation de la personnalité dont ils ont déduit "trois principes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie": le patrimoine est un et indivisible, il est inaliénable entre vifs et ne peut se transmettre qu'avec la fiction de la continuation de la personne du défunt par l'héritier. Ces principes étant "l'expression de la plus pure vérité juridique", AUBRY et RAU ont été amenés à en considérer les atteintes qu'ils ne peuvent s'empêcher de constater dans la loi, comme de pures anomalies. Ainsi, alors qu'une telle construction aurait du rester à l'état d'hypothèse, elle est présentée comme l'expression nécessaire de toute réalité, comme issue de la nature même des choses. Elle s'impose à l'interprète malgré ses contradictions avec les besoins économiques et sociaux et devient alors un obstacle pour l'interprétation progressive du droit positif, empêchant "maints développements que sans ces idées préconçues la jurisprudence pourrait et devrait réaliser d'elle-même."

Ainsi, si les raisonnements, les abstractions logiques, l'emploi de principes généraux ont un rôle capital dans la science du droit, il est nécessaire de n'en tirer que de simples hypothèses, toujours dominées par les faits. Il ne faut pas perdre de vue le caractère subjectif des conceptions "prenant celles-ci pour ce qu'elles sont, c'est à dire de purs instruments techniques, aucunement prédéterminés dans leur essence, toujours souples et mobiles." Ces conceptions doivent donner "satisfaction aux principes de justice et d'utilité sociale qui, placés bien au-dessus d'elles, restent les seules réalités objectives, dans le grand fond des besoins et des intérêts humains d'ou surgissent tous les problèmes et d'où doivent surgir aussi toutes les solutions de la jurisprudence positive." En d'autres termes, il est essentiel que la théorie juridique se plie aux transformations économiques et sociales, aux exigences de la vie et même cède sans résistance à l'évidence du but pratique qui la contredirait. Toute solution doit être décidée suivant la raison et l'utilité sociale sans considérer aucune conception comme objectivement nécessaire. Comme l'a montré IHERING, les règles juridiques et les solutions qu'elles consacrent sont essentiellement déterminées par le but pratique et la fin sociale des institutions.

Georges PLASTARA et Henri GAZIN rappellent dans leur thèse l'essentiel des critiques faites par GENY. Ils constatent que les nécessités pratiques ne peuvent se plier aux codes anciens trop rigides que l'on croyait définitifs. La démarche de ces deux auteurs est la même, ils présentent une série de situations juridiques concrètes allant à l'encontre des principes d'unité et d'indivisibilité et proposent de substituer à la conception classique du patrimoine, la théorie du patrimoine d'affectation inspirée par la

doctrine allemande (BRINZ). Il faut admettre selon PLASTARA, la conception de patrimoines spécialisés et dominés par l'idée de but auxquels ils se trouvent affectés. "Ce qui donne à un ensemble de biens le caractère d'un tout organique ou d'un patrimoine est simplement la communauté d'affectation, une personne (peut) avoir plusieurs patrimoines ayant des destinations différentes." Le patrimoine a en quelque sorte une vie juridique qui lui est propre, soumise à la loi générale de l'évolution. "Devant marcher de pair avec le progrès économique et juridique, (cette) notion ne doit en aucune façon être postulée."

Le principe d'indivisibilité du patrimoine est pour GAZIN un principe beaucoup trop général qui ne peut donner qu'une explication incomplète du droit positif. L'examen des hypothèses dans lesquelles AUBRY et RAU reconnaissent qu'une division du patrimoine s'opère, ainsi que l'étude d'autres situations juridiques qui se traduisent par la distinction dans un même patrimoine de plusieurs masses de biens affectées à des buts séparés, montrent que l'affirmation a priori d'un principe tel que l'indivisibilité peut ou ne pas permettre de bien comprendre les solutions légales et unanimement admises ou faire obstacle à une interprétation progressive du droit.

Quand AUBRY et RAU sont obligés d'avouer que le droit reconnaît certaines universalités juridiques -le bénéfice d'inventaire, les biens objets d'un droit de retour légal, le patrimoine de l'absent après l'envoi en possession provisoire ou définitif, les biens compris soit dans un majorat soit dans une substitution fidéicommissaire- cet aveu renferme, selon GAZIN et PLASTARA, la condamnation du principe lui-même. Comment le législateur peut-il rendre divisible quelque chose qui de par sa nature est indivisible? Admettre l'exception démontre que ce principe n'a pas la valeur qu'AUBRY et RAU lui attribuent.

D'autres groupes de biens peuvent être séparés, affectés à un but déterminé, soumis à des règles propres et être ainsi considérés comme de petits patrimoines inclus dans le patrimoine d'une même personne. Le droit en reconnaît certains tels que la dot, le patrimoine réservé de la loi du 13 juillet 1907 constitué par les produits du travail personnel de la femme ou encore en droit maritime le navire, ses accessoires et son frêt. L'affectation de masses de biens à un but déterminé existe selon les auteurs dans de nombreuses autres situations juridiques mais cette affectation n'est pas consacrée par la loi : le patrimoine de fondation; le patrimoine de corporation ou patrimoine social; le patrimoine du failli; le patrimoine commercial ou fonds de commerce. Tous ces patrimoines devraient être considérés comme subsistant par eux-mêmes et jouissant d'une vie juridique propre et autonome.

B - En droit commercial

Alors que sont apparues en droit civil des thèses critiquant la théorie classique du patrimoine, une convergence s'est établie chez les auteurs de droit commercial de la fin du XIX^{ème}, début XX^{ème} siècle. Si des articles de doctrine apparaissent pour réfléchir sur la notion de patrimoine d'affectation³². Aucun des auteurs sur la quinzaine de traités cours ou manuels examinés ne met la théorie classique du patrimoine en doute. Seuls cinq d'entre eux mentionnent expressément le principe de son unité et de son indivisibilité: BOISTEL, LYON-CAEN et RENAULT, LACOUR et BOUTERON, THALLER et PERCEROU. Face à ce consensus chez les auteurs, la jurisprudence pose une note discordante: en matière de fonds de commerce et de faillite, des arrêts ont semblé contredire le principe de l'unité du patrimoine. Les auteurs ont alors réagi en s'accordant au contraire à présenter ce principe comme étant évident, fondamental, unanimement reconnu par le droit moderne.

Ainsi, de nombreuses décisions judiciaires ont employé l'expression d'universalité juridique pour qualifier le fonds de commerce. Selon les auteurs, cette idée d'universalité est "inexacte et en contradiction avec la réalité", elle créerait un patrimoine commercial d'affectation, soumis à un régime distinct de celui des biens dits civils et gage exclusif "de ceux qui deviennent créanciers à l'occasion de son exploitation... Cette solution est incompatible avec le principe unanimement reconnu dans notre droit de l'unité du patrimoine et de l'universalité de la faillite".³³

Le principe d'une double déclaration de faillite admis par la jurisprudence lorsqu'un même commerçant a eu deux commerces différents dans des lieux différents, est lui aussi l'occasion de la réaffirmation par les auteurs du principe de l'unité du patrimoine: "Bien des raisons paraissent s'opposer à cette solution, l'ensemble de l'actif est affecté à l'ensemble du passif (C.Civ 2093). C'est le failli qui est mis en faillite, c'est à dire sa personne et tout son patrimoine et non pas un établissement déterminé"³⁴. L'hypothèse, fréquemment rencontrée dans les arrêts, d'une nouvelle déclaration de faillite après la clôture d'une première est considérée par certains comme contraire au principe de l'unité de la faillite et du patrimoine³⁵ alors que d'autres, comme LACOUR et

³²Comme celui de P.Magnin "Essai sur le nantissement des fonds de commerce et le résultat de la loi du 1er mars 1898", annales de droit commercial 1899 p384.

³³Lacour et Bouteron n°134 et s. Voir Thaller n°86 et s.

³⁴Boistel n°899. Voir Thaller n°1759

³⁵Lyon-Caen et Renault n°81. Percerou n°268 et s.

BOUTERON affirment ici au contraire la nécessité d'une nouvelle déclaration de faillite et cela au nom même de ce principe d'unité du patrimoine, principe selon eux méconnu par les auteurs qui l'invoquent pour contester la possibilité d'une deuxième faillite. Ces derniers en effet, en considérant les biens nouveaux comme formant une universalité juridique, dans laquelle le passif est inséparable de l'actif (c'est seulement quand le passif aura été acquitté que l'actif pourra profiter à l'ancienne masse) accordent aux nouveaux créanciers un droit de préférence sur l'actif de la seconde faillite, solution qui "est en contradiction manifeste avec le principe de l'unité du patrimoine et avec la disposition fondamentale de l'article 2093 du code civil."

BIBLIOGRAPHIE

GENY (F) - Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 1899.

PLASTARA (G) - La notion juridique de patrimoine. thèse Paris 1903.

GAZIN (H) - Essai critique sur la notion du patrimoine dans la doctrine classique. Dijon 1910.

ALAUZET (I) - Commentaire du code commerce et de la législation commerciale . 8 vol in 8°, 3è éd 1879.

BEDARRIDE (J) - Droit commercial. Commentaire du code de commerce. Des faillites et des banqueroutes . 5è éd, 3 vol in 8°, 1874.

BOISTEL (A) - Manuel de droit commercial. 3è éd in 8°, 1899.

BRAVARD-VEYRIERES (P) - Traité de droit commercial, publié et annoté par C.DEMANGEAT. 2è éd, 6 vol in 8°, 1886-1892.

DELAMARRE (E) et LE POITEVIN - Traité théorique et pratique de droit commercial. 2^e éd, 6 vol in 8°, 1861.

FREMERY - Etudes de droit commercial ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants. in 8°, 1835.

LACOUR et BOUTERON - Précis de droit commercial. 3^e éd, 2 vol in 8°, 1925.

LOCRE- Esprit du code de commerce. 4 vol in 8°, 1829.

LYON-CAEN et RENAULT - Traité de droit commercial. Tome VII: Des faillites, banqueroutes, liquidations judiciaires. 4^e éd, 2vol in 8°, 1914 -1915.

PARDESSUS (J) - Cours de droit commercial, 6^e éd, 4 vol in 8°, 1857.

PERCEROU (J) - Des faillites, banqueroutes, liquidations judiciaires. 2 vol in 8°, 1907-1914. (Dans la collection THALLER : Traité général théorique et pratique de droit commercial.)

PITTOIS (A) - Droit commercial terrestre. in 12°, 1917
- Principes de droit commercial. 3^e éd in 8°, 1911.

RENOUARD (A-C) - Traité des faillites et banqueroutes. Tome I, 1857.

THALLER (E) - Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime. 7^e éd revue par Percerou. in 8°, 1925.

VALABREGUE (E) - Nouveau cours de droit commercial. in 8°, 1898.

WAHL (A) - Précis théorique et pratique de droit commercial. in 8°, 1922.

Coordination : Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE
Monsieur le Professeur François TERRÉ

Equipe : Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE
Monsieur Daniel GUTMANN
Monsieur Gaultier MARTIN
Madame Diane THIBERGHIE

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

SYNTHESE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

La doctrine du droit de Kant et la théorie du patrimoine

par Daniel GUTMANN

LA DOCTRINE DU DROIT DE KANT ET LA THEORIE DU PATRIMOINE

REMARQUES PRELIMINAIRES

1) Absence d'une théorie explicite du patrimoine chez Kant.

La notion de patrimoine au sens où l'entend le juriste français est, à notre connaissance, absente de son oeuvre. L'auteur de la *Doctrine du Droit* n'entend d'ailleurs nullement raisonner en tant que juriste de droit positif, toute entreprise de description et d'analyse d'un droit particulier à des fins concrètes lui étant étrangère.

2) Pourtant, critique par GénY de la doctrine classique du patrimoine en termes anti-kantiens.

On lit chez GénY que la doctrine traditionnelle isole des éléments de la réalité et "les jette dans le moule de la construction juridique, pour en tirer des entités, indépendantes des faits, et se mouvant dans l'abstraction pure(...) La logique prétendue, qui féconde ces entités, n'est autre chose que le développement autonome d'une conception *a priori*, qui a servi à les former"¹.

Ailleurs, il reproche à la méthode traditionnelle de faire tenir "*a priori*, tout le système du droit positif en un nombre de *catégories* logiques" ².

3) Doit-on conclure à l'établissement d'un lien de filiation entre philosophie kantienne et doctrine classique du patrimoine?

La question doit être dédoublée: il apparaît en effet que si les critiques précitées s'adressent bien, indirectement, au philosophe de Königsberg, elles visent plus une *méthode* de réflexion et un *esprit* philosophique que la *substance* même de la philosophie kantienne (II).

¹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 129.

² *Ibid.*, p. 115. On retrouve la même critique, formulée dans des termes proches, dans d'autres travaux (cf. p. ex. la thèse de Georges PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, Paris, 1903). Cf. les travaux de l'équipe d'Histoire de la Pensée Juridique.

Pour autant, le contenu de la *Doctrine du Droit* n'est pas sans présenter d'intérêt pour la construction d'une théorie du patrimoine dont on dégagera les lignes directrices (I)³.

1) L'APPROCHE KANTIENNE DES TERMES CONSTITUTIFS D'UNE THEORIE DU PATRIMOINE.

A) Personne et patrimoine.

1°) Les caractères de la possession juridique kantienne.

La possession juridique kantienne ne se conçoit *qu'individuelle* et *intelligible*.

Le processus de répartition des biens tel que le conçoit Kant redouble en effet le processus juridique d'*aménagement de l'ensemble des libertés individuelles*. Or, seul l'être humain peut jouir de la liberté: seul droit inné de l'homme, c'est elle qui le différencie de l'animal, de la chose, en tant qu'elle rend possible l'imputation d'un acte à un individu.

Cette liberté humaine n'a pas pour vocation de demeurer une pure disposition interne au sujet, mais doit pour se réaliser se manifester extérieurement: or, la manifestation de cette liberté, celle qui lui donne sa réalité concrète, c'est la *possession*. Posséder une chose, c'est affirmer sa liberté en la réalisant. La possession ne devient juridique, au sens kantien, que dès lors qu'elle se distingue de la simple possession physique (ou détention). *Posséder de manière juridique, c'est posséder de manière intelligible*.

2°) Pluralité de patrimoines et possession juridique.

Le problème: Le rattachement personnel du patrimoine implique-t-il son unicité?

³ Il ne pourra s'agir de la description de la philosophie kantienne du patrimoine puisque celle-ci est inexistante. On tentera plutôt de dégager, à partir des prémisses présentes dans l'oeuvre de Kant, ce que pourraient être les caractéristiques prégnantes d'une théorie du patrimoine s'en inspirant..

Réponse de la théorie classique: la personne humaine étant indivisible, le patrimoine étant l'émanation sur le terrain économique de la personne humaine, il en résulte que la relation entre l'ensemble des personnes et l'ensemble des patrimoines ne peut être que bijective⁴.

Eléments kantiens de réponse

Comme chez Aubry et Rau, la personne "est une *unité absolue*"⁵, insusceptible de division: "acquérir" par le mariage une partie d'une personne, c'est nécessairement acquérir la personne toute entière.

L'existence du lien unité de la personne/unicité du patrimoine n'existe cependant pas chez Kant, d'où la controverse suivante:

Arguments pour l'unicité du patrimoine

- a) *L'unicité et l'indivisibilité du fondement de la possession humaine* : tout individu ne possède qu'en vertu de sa liberté; or, *la liberté paraît elle-même indivisible*, dans sa nature (on ne saurait concevoir plusieurs types de liberté), comme dans son exercice (on est libre ou on ne l'est pas). A la liberté intégrale de l'homme devrait donc répondre une masse de biens et une seule trouvant sa cohérence dans la soumission de ces biens à l'empire d'un même homme.

- b) *Le caractère abstrait du fondement kantien de la possession* conforte le premier argument: en faisant de la propriété une conséquence de la liberté humaine, *Kant s'opposait explicitement aux théoriciens d'une légitimation de la propriété par le travail*, qui permettrait de relier divers patrimoines à diverses activités d'une même personne. Ses arguments sont les suivants:

* La possession d'un accident ne peut fournir un fondement valable à la possession juridique de la substance, en application de la règle *accessorium sequitur suum principale*.

⁴ Cf. l'article de R.SEVE, "Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau", *Archives de Philosophie du Droit*, 1979, pp. 247-258.

⁵ *Métaphysique des Moeurs*, in *Oeuvres Complètes*, tome 3. Ed. Pléiade, 1986, p. 537. Les citations de Kant seront le plus souvent extraites de la *Doctrine du Droit*, mais certaines proviendront de l'introduction à la *Métaphysique des Moeurs*. On utilisera donc systématiquement l'abréviation M.M.

* Il serait absurde et archaïque d'imaginer que quelqu'un, par le travail qu'il consacre aux choses, obligerait en quelque sorte celles-ci envers lui, comme s'il s'agissait de personnes⁶.

Arguments contre l'unicité du patrimoine.

- a) *Le rejet par Kant de la légitimation de la propriété par le travail ne débouche pas sur l'unicité du patrimoine*: ce que rejette Kant, c'est l'idée que le travail puisse constituer le fondement *originaire* de la propriété, qu'il puisse donner un titre de propriété sur un bien auparavant non approprié.

On peut néanmoins considérer que *l'activité*, se différenciant en cela du travail, *suppose une propriété préalable des biens*, propriété qu'à l'instar de Kant on admettra fondée sur la liberté humaine. Il s'agirait alors *d'affecter, non pas un patrimoine à une activité, mais une activité à un patrimoine*, selon le schéma suivant:



- b) *La définition kantienne du "mien en droit" ne repose pas sur une caractéristique formelle intrinsèque (son indivisibilité), mais sur une condition relative à l'exercice du droit d'usage: "le mien en droit (meum juris) est ce à quoi je suis lié de telle sorte que l'usage qu'un autre pourrait en faire sans mon consentement me lèserait"*⁷. Cette définition du mien en droit illustre bien la conception kantienne du droit en général: "le droit est (...) le concept de l'ensemble des conditions auxquelles l'arbitre de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre d'après une loi universelle de la liberté"⁸.

Je possède légitimement dès lors que les droits légitimes de mes semblables (donc l'exercice par eux-mêmes de leur liberté) ne sont pas lésés. On voit mal ce qui, dans l'admission de la pluralité de patrimoines, contredit l'objectif kantien de coexistence des libertés.

La *finalité* comme les termes de la philosophie du droit kantienne

⁶ M.M, p. 525.

⁷ M.M, p.494.

⁸ M.M, p. 479.

ne paraissent donc pas s'opposer à la réunion sur une seule tête d'une pluralité de patrimoines⁹.

B) La classification kantienne des droits de l'individu.

1°) Typologie.

Kant considère que l'homme peut être titulaire¹⁰ de trois sortes de droits:

- les *droits réels* , qui sont les droits portant sur une chose corporelle (*res corporalis*) exclusivement;
- les *droits personnels* , que nous avons à l'encontre d'un autre être humain en vue de l'accomplissement d'une prestation (découlant du contrat);
- les *droits personnels à modalité réelle* , portant sur des individus que l'on considère dans certains cas comme des choses. Le droit de suite du maître de maison sur ses domestiques en fuite, le droit du mari sur sa femme, des parents sur leurs enfants, fournissent des exemples de tels droits.

2°) Kant et la notion d'universalité juridique.

a) *Hétérogénéité des objets de la possession et universalité juridique.*

Michel Villey¹¹ dénonça en termes vifs le soubassement théorique de cette classification: par souci de regrouper *toutes* les prérogatives de l'individu dans une classification de nature juridique, Kant se trouvait contraint, ainsi que l'exprime J-L. Gardies, "de devoir faire entrer tout droit subjectif pensable, quel qu'il soit, en particulier *qu'il soit ou non patrimonial* , dans cette définition *possession intelligible d'un objet* , et de

⁹ On objectera qu'assimiler le "mien en droit" kantien à la notion de patrimoine telle que dégagée par la doctrine classique repose sur une confusion entre l'objet particulier de propriété et la notion englobante de patrimoine. Nous n'ignorons pas que Kant, en traitant du "mien en droit", ne traitait nullement du patrimoine ainsi entendu. En l'absence de telles considérations, c'est au regard de la finalité du système juridique kantien qu'il faut interroger la légitimité de la pluralité de patrimoines.

¹⁰ L'homme ne *possède* pas de droits, puisque le droit est déjà la possession intellectuelle de l'objet. On ne possède pas une possession.

¹¹ M. VILLEY, préf. *Doctrine du Droit* , trad. PHILONENKO, Vrin, 1971.

raccorder par ce biais, tant bien que mal, les notions juridiques courantes aux concepts de sa philosophie"¹².

Kant avait peut-être l'intuition d'une universalité juridique, que l'inclusion des droits extra-patrimoniaux rendait encore plus audacieuse que celle des auteurs classiques français: *tout* ce qui est en mon pouvoir formerait *une* masse du seul fait que je le possède¹³.

Cette thèse paraît excessive:

b) Arguments contre une universalité juridique kantienne.

Envisageons le schéma suivant pour comprendre les différences entre théorie classique et théorie kantienne:

(I) INDIVIDU - (II) NATURE DU LIEN I/III - (III) PATRIMOINE.

Dans la conception kantienne, l'unité caractérise l'homme (I) et le rapport de l'homme au monde (II). Le système d'Aubry et Rau postule plutôt l'unité dans les tenants et les *aboutissants* de la relation homme/monde (I et III), une projection sur les choses de l'indivisibilité humaine à l'échelle de chaque individu.

Tel n'est pas le cas dans la doctrine kantienne: celle-ci ne prend pas parti sur l'éventuelle unité des biens possédés par un individu, elle se borne à établir l'indivisibilité de l'être humain et l'indivisibilité de la possession comme mode de rapport au monde. Elle ne franchit pas le pas de la causalité entre indivisibilité humaine et indivisibilité des objets de sa possession.

Nous pouvons à présent résumer les propositions essentielles qui pourraient fonder une théorie du patrimoine relevant d'une authentique inspiration kantienne:

- Tout patrimoine serait nécessairement lié à une personne.

¹² J-L. GARDIES, "La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant", *Archives de Philosophie du Droit*, 1979, p.144.

¹³ On ne possède pas une personne à proprement parler puisque tous les humains sont égaux et que ce serait déshumaniser une personne que d'en faire un objet de possession. Dans le cadre du droit personnel, on possède l'arbitre d'une personne en vue de l'accomplissement d'une prestation; dans le cadre du droit personnel à modalité réelle, c'est bien la personne que l'on possède, mais en vertu d'une fiction selon laquelle elle est appréhensible en certaines situations comme une chose. Le caractère fictif de la réification permet à Kant de sauvegarder la base de sa théorie, à savoir la liberté inhérente à chaque homme.

- La personne est indivisible.
- Le rapport de la personne aux objets (au sens large) est constitué par la possession.
- La philosophie kantienne ne paraît pas s'opposer à l'attribution à une personne de plusieurs patrimoines.
- La réfutation du travail comme fondement originaire de la propriété n'implique pas l'impossibilité d'affecter un patrimoine à l'activité d'une personne.
- L'indivisibilité de la personne n'implique pas l'indivisibilité du patrimoine.

II) PORTEE PRATIQUE D'UNE THEORIE KANTIENNE DU PATRIMOINE.

Aubry et Rau confèrent à leurs développements sur le patrimoine un tour volontairement abstrait: à propos des *biens*, on lit dans l'édition 1839 de leur *Cours* que "ce terme n'exprime qu'une abstraction"; quant au *patrimoine*, il "n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction". Faut-il voir là une inspiration kantienne?

A) La théorie kantienne fondée en raison pure.

1°) Droit privé et droit civil.

a) *Notions.*

L'ensemble des considérations relatives à la possession relèvent de ce que Kant appelle le "*droit privé*", c'est-à-dire le droit où l'homme se trouve en l'absence d'état civil.

Ce droit privé n'exclut nullement l'existence d'une société, puisqu'y prospèrent les groupements naturels que sont les groupements conjugaux, domestiques etc. Il se différencie cependant de l'état civil, ou droit public, en ce que ce dernier suppose une structure politique organisée, dotée d'une force de contrainte qui assure une pérennité à des droits qui en l'état de nature ne peuvent qu'être provisoires.

La question qui se pose est de savoir si le droit public, positif, reçoit nécessairement la structure du droit privé.

b) Rapports entre ces notions.

La réponse de Kant se démarque de la traditionnelle justification du droit positif par le droit naturel, proposée par les jusnaturalistes. Si l'on en croit les analyses de MM. Philonenko et Gardies, il faudrait plutôt comprendre le droit public chez Kant comme fondant et justifiant le droit naturel en le réalisant. Nulle primauté ontologique ou chronologique ne caractérisent donc la relation droit privé/droit public chez Kant.

Droit public comme droit privé participent de la même structure rationnelle du droit naturel, Naturrecht ¹⁴.

2°) Application à une théorie du patrimoine.

La division des droits kantienne, relevant du droit privé, est une *division purement rationnelle*.

Les termes de la classification rejoignent d'ailleurs explicitement les catégories exposées dans la *Critique de la Raison Pure* : au droit personnel répond la catégorie de substance, au droit personnel la catégorie de causalité, au droit personnel à modalité réelle la catégorie de communauté¹⁵.

La distinction des droits émanant de la raison pure, elle revêt un caractère d'universalité auxquels les droits positifs ne peuvent échapper. Si théorie du patrimoine il y a chez Kant, il faut lui reconnaître la prétention à l'objectivité absolue. On cerne alors mieux la critique essentielle de Gény à l'esprit kantien: qu'on batisse une théorie du patrimoine, soit, qu'on la considère comme la vérité absolue parce qu'ancrée dans la raison pure, c'est aller trop loin.

**B) Les limites de l'entreprise rationnelle
kantienne: la nécessité d'une pratique juridique.**

1°) L'objectif de la Doctrine du Droit.

Dès sa préface à la *Métaphysique des Moeurs*, Kant fixe les bornes du possible en philosophie: il ne s'agira pour lui que de comprendre les

¹⁴ Le *Naturrecht*, qui repose sur de purs principes a priori, se divise en *natürliches Recht* (droit privé, droit de l'état de nature) et en *bürgerliches Recht* (droit civil). L'ensemble du *Naturrecht* se distingue du *positives Recht* (ou droit statutaire procédant de la volonté du législateur).

¹⁵ M.M, p. 497.

"premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit"¹⁶, parce qu' "on ne peut espérer parvenir qu'à l'approximation du système, non au système lui-même"¹⁷.

Kant est bien conscient que "le concept de droit, en tant que pur, est cependant un concept tourné vers la *pratique* (application aux cas offerts par l'expérience), que par conséquent un système métaphysique du droit, afin que le découpage en soit exhaustif (...) devrait prendre également en considération la *diversité empirique* de ces cas"; or, "(...) d'un autre côté, un découpage exhaustif de l'empirique est *impossible* et (...) quand bien même on le tenterait (au moins approximativement), les concepts ainsi obtenus ne pourraient pas rentrer dans le système comme parties intégrantes (...) "¹⁸"

2°) Commentaire.

Le reproche de Gény semble perdre une partie de son fondement (en tant qu'il s'adresse indirectement à Kant): car si Kant prétend échafauder un système purement rationnel, ce n'est qu'à l'intérieur de limites qu'il détermine très clairement dès le départ. Notamment, il admet fort bien que l'empirie juridique échappe dans sa diversité à l'appréhension systémique!

Il y a donc un motif supplémentaire à nuancer l'héritage kantien d'une théorie du patrimoine trop immobiliste et insensible à la réalité.

CONCLUSION

Une conclusion simple se dégage d'une lecture contemporaine de la *Doctrine du Droit* : alors que nombre de postulats philosophiques sont communs à Kant et aux théoriciens classiques du patrimoine (possession individuelle, liberté humaine, indivisibilité de la personne etc.), les raisonnements que l'on peut mener à partir de ces bases sont susceptibles de diverger fortement.

Notamment, le dogme de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine n'apparaît que comme un résultat *possible* , non comme une nécessité. Le remettre en cause ne signifierait donc pas l'abolition des fondements philosophiques du droit français, mais simplement une autre

¹⁶ M.M, p. 450.

¹⁷ M.M, p. 450.

¹⁸ M.M, p. 449.

interprétation de ceux-ci. A moins de confondre la cause et l'effet, et de promouvoir la théorie classique du patrimoine au rang de nouveau fondement...

**BREFS ELEMENTS DE BIBLIOGRAPHIE
SUR LA DOCTRINE DU DROIT.**

EDELMAN, B. "La transition dans la Doctrine du Droit de Kant", *La Pensée* , 1973, n° 167.

GILSON, B. *L'essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit* , Vrin, 1991.

GARDIES, J-L. "La chose et le droit sur la chose dans la Doctrine du Droit de Kant", *Archives de Philosophie du Droit* , 1979.

GOYARD-FABRE, S. *Kant et le problème du droit* , Vrin, 1975.

KANT, *Oeuvres Complètes* , Ed. Pléiade, 1986, tome 3.

RENAUT, A. SOSOE, L. *Philosophie du droit* , PUF, 1991.

VILLEY, M. pref. *Doctrine du Droit* , trad. et introd. PHILONENKO, Vrin, 1971.

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

Hobbes, Locke et Rousseau.

Par Gaultier MARTIN

Hobbes, Locke, Rousseau

- I. Présentation synthétique de la pensée de ces trois auteurs au regard des composantes de la notion de patrimoine

- II. Mise en perspective de cette synthèse avec la théorie du patrimoine chez Aubry et Rau.

I.

1. Genèse du droit de propriété

Pour Hobbes, l'individu à l'état de nature jouit d'un droit illimité sur toute chose. Au détail de ce droit, on reconnaît bien sûr celui de s'approprier certains biens. Là-dessus, Hobbes rencontre l'opinion de Locke comme celle de Rousseau. Pourtant, il convient de souligner déjà une divergence entre les trois auteurs. Elle porte sur l'importance, la valeur accordée respectivement par eux au droit de propriété existant à ce niveau. Locke se montre d'emblée le plus large. Il est le seul en effet à reconnaître à l'appropriation individuelle réalisée à l'état de nature un caractère définitif. Contrairement à Hobbes et Rousseau, il considère que le passage à l'état social ne doit affecter en rien le droit de propriété apparu à l'état de nature.

A cet égard, Hobbes est celui à qui revient la position intermédiaire. Pour lui, le passage à l'état social entraîne l'aliénation totale de l'individu et de ses droits à l'Etat. Sans doute chacun a-t-il vocation à récupérer finalement les droits ainsi aliénés. Sans doute la force de Léviathan assortira-t-elle ces droits de garanties jusque là inconnues. Mais les droits restitués le sont aussi avec une portée plus restreinte que par le passé. De là, évidemment un statut plus précaire du droit de propriété chez Hobbes que chez Locke.

Rousseau est sans nul doute celui des trois auteurs chez qui la genèse du droit de propriété est la plus laborieuse. Moins austère que Hobbes sur les conditions de la restitution à tout homme des droits aliénés par lui - parmi lesquels le droit de propriété - il semble retarder jusqu'au dernier moment la reconnaissance de l'existence d'un tel droit. On peut mentionner, à preuve, son obstination à employer l'expression "faits de possession", là où d'autres parlent, sans complexe, de "propriété". Mais rien n'est plus explicite que ce témoignage, rencontré sous sa plume : "L'idée de propriété n'a pu naître que successivement. Elle est le dernier terme de l'état de nature".

2. Fondements du droit de propriété

a) Fondements éthiques

Il s'agit de déterminer ici s'il existe entre l'homme et les biens extérieurs un rapport ontologique assez puissant pour justifier une appropriation de

ceux-ci par celui-là. On pourrait attendre de philosophes qui postulent un droit illimité de tous sur toute chose un traitement rapide de la question. Ainsi en va-t-il de Hobbes, pour qui toute considération éthique est absorbée dans le principe : "nécessité fait loi". Un effort de justification plus concret sera fourni par Locke. Il trouve en effet un premier fondement éthique au phénomène de l'appropriation dans le postulat que l'individu est titulaire d'un droit de propriété sur lui-même, tenu directement de Dieu. Il adjoint bientôt un nouveau fondement au premier tiré de l'interprétation a contrario - désormais classique - du huitième commandement : "tu ne voleras pas". A contrario, cette interdiction signifie clairement que la propriété privée est non seulement possible, mais légitime. La troisième justification lockienne est plus complexe : elle commence par déclarer l'homme "propriété de Dieu". Puis elle invoque ce fondement pour expliquer l'obligation qu'a l'homme d'exécuter les ordres reçus de son maître. Au nombre de ceux-ci, qui nous intéresse au premier chef, le devoir de conservation. Ce devoir induit à son tour un droit, lui aussi de conservation. Le dernier maillon de la chaîne, le droit de propriété, trouve ainsi dans le droit de conservation sa légitimité immédiate.

Il nous reste à parler de Rousseau. Le discours éthique prend avec Rousseau une tout autre couleur. Cela tient aux divergences très profondes qui l'opposent aux deux auteurs précédents sur la valeur de la propriété. La pensée de Rousseau est simple : la propriété engendre l'inégalité. Or l'inégalité constitue une atteinte à la liberté, le bien le plus précieux de l'homme. Il faut se rappeler cette phrase de Rousseau "vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne". De tels propos excluent la possibilité de fournir à la propriété une justification d'ordre éthique. Pourtant, Rousseau n'est pas en mal de trouver à ce phénomène des raisons d'ordre pratique, empirique. La contradiction ici n'est qu'apparente. En effet, dans le deuxième cas, Rousseau part d'un état de fait, "la possession" et en déduit la nécessité d'accorder à ce comportement civil une assise juridique en rapport avec ses proportions. Son argumentation se situe donc sur un plan différent du précédent. Aussi laisse-t-elle intactes les raisons de son hostilité de principe à la propriété.

b) Fondements empiriques

Il s'agit désormais de décrire les principes selon lesquels, une fois établie la légitimité (théorique ou pratique) de l'appropriation individuelle, celle-ci va s'opérer "in concreto". Hobbes se montre ici le plus laconique des trois. D'ailleurs, cette brièveté est due pour beaucoup dans la rigidité de sa position. En effet, comme nous l'avons signalé plus haut, Hobbes met le tout du droit de propriété dans la dépendance de la puissance publique. Il va même jusqu'à affirmer : "là où il n'y a pas de pouvoir coercitif, il n'y a pas de propriété". Ainsi que nous le verrons plus loin, la force du lien ontologique posé par Hobbes entre droit de propriété individuelle et Léviathan est aussi la cause de la précarité de ce droit.

La position de Locke apparaît comparativement comme beaucoup plus nuancée. Pour lui, le pouvoir coercitif n'intervient en rien dans la constitution du droit de propriété. Au contraire même de Hobbes, le passage à l'état social n'est justifié que par la nécessité d'assurer aux hommes la conservation d'une propriété acquise dès l'état de nature. On peut donc parler ici de "lien ontologique inversé" où ce n'est plus l'Etat qui est à l'origine du droit de propriété, mais les exigences de protection du droit de propriété qui président à la création de l'Etat. Locke exclut donc l'Etat comme source empirique du droit de propriété. D'où la nécessité de se tourner vers d'autres fondements. Il en trouve un, demeuré célèbre depuis : le travail. La thèse, fort claire, tient en quelques mots : "Sur les terres communes, le fait générateur du droit de propriété, sans lequel ces terres ne servent à rien, c'est l'acte de prendre une partie quelconque des biens communs à tous et de la retirer de l'état où la nature l'a laissée". Bien sûr, la reconnaissance d'un fondement individualiste au travail ne va pas sans celle de limites, qui devraient prendre la forme, au moins, d'un contrôle étatique. C'est ce que nous examinerons là aussi ultérieurement.

La position de Rousseau emprunte à la fois aux thèses de Hobbes et à celles de Locke. C'est donc à son tour d'être qualifiée de médiane. De Hobbes, d'abord. On se souvient qu'il n'envisage le droit de propriété qu'émanant de la puissance de l'Etat. Il n'y a pas loin de là à situer le surgissement du droit de propriété, comme le fait Rousseau, au "dernier stade de l'état de nature". A vrai dire, ils se rejoignent tous les deux sur la théorie de l'aliénation-restitution de la personne et de ses biens, d'un côté, et de l'Etat, de l'autre. Mais alors que chez Hobbes la restitution semble livrée à

l'arbitraire de l'Etat, elle s'enracine chez Rousseau dans des critères plus objectifs : la valeur et la quantité des biens possédés individuellement avant leur aliénation constitue pour Rousseau les bases objectives de leur restitution. L'accord de principe des deux auteurs n'en est pas moins grand. Une phrase du Contrat social le résume exactement : "Il faut distinguer la possession, qui n'est que l'effet de la force ou le droit de premier occupant, de la propriété, qui ne peut être fondée que sur un titre positif conféré par l'Etat". Mais par certains aspects, la position de Rousseau se rapproche aussi de celle de Locke. Rousseau, d'accord avec Locke, assigne au pouvoir étatique la tâche essentielle de renforcer et de garantir le lien entre la personne et ses biens. L'idée implicitement contenue dans une telle conception est que l'Etat n'est pas une instance fondatrice du droit de propriété. D'où, là encore, la nécessité de trouver d'autres fondements empiriques à l'existence de ce droit. Mais ces fondements sont en nombre restreint. Aussi, on ne s'étonnera pas de voir se développer sur ce nouveau terrain de recherche un prolongement de l'analogie avec Locke. Ainsi peut-on lire chez Rousseau que "c'est le seul travail qui, donnant droit au cultivateur sur le produit de la terre qu'il a labourée, lui en donne par conséquent le fonds". Variante sur l'idée très lockienne du passage progressif de la propriété des fruits à la propriété des fonds. Surtout, c'est dans le rôle de fondateur qu'il attribue au travail que Rousseau se fait l'écho de Locke. Ainsi en témoigne cette phrase du Contrat social : "De la culture des terres s'ensuit nécessairement leur partage". Enfin, Rousseau désigne comme source de l'appropriation privative le phénomène de la répartition, ou de la division du travail : "dès l'instant qu'un homme eut besoin du secours d'un autre, la propriété s'introduisit". Il faut voir, là encore, la reprise d'un thème développé par Locke.

3. Limites au droit de propriété

La réflexion sur les fondements du droit de propriété aboutit chez Hobbes, Locke et Rousseau, on l'a vu, à des conclusions assez mélangées. Quant aux limites qu'il convient d'apporter au droit de propriété, nos trois auteurs tombent immédiatement d'accord sur le fait qu'elles existent. Mais ce consensus est de courte durée. Dès qu'il s'agit de préciser le contenu de ces limites, les opinions à nouveau divergent.

Comme nous l'avons dit à propos de Hobbes, l'unique source qu'il

admette au droit de propriété, à savoir l'Etat, est aussi la cause globale de la précarité de ce droit, cause globale, en effet, parce que renfermant un double aspect. Si le droit de propriété sort fragilisé des théories de Hobbes, c'est non seulement parce qu'il repose sur l'Etat, mais aussi parce qu'il ne repose sur rien d'autre. D'où, pour Léviathan, un pouvoir souverain de répartir le domaine appropriable entre ses sujets. D'où, également, un pouvoir souverain de remettre en cause la répartition initiale. Laissons ici la parole à Hobbes : "Toutes les propriétés privées procèdent originellement de la distribution arbitraire du souverain". "A la souveraineté est attaché l'entier pouvoir de prescrire les règles par lesquelles chacun saura de quels biens il peut jouir. C'est ce qu'on appelle la propriété". Enfin, "La propriété qu'un sujet détient entre ses mains consiste dans un droit d'exclure tous les autres sujets de l'usage de celle-ci..." et là nous soulignons, "... à l'exception de son souverain". Ces exemples le montrent, Hobbes développe le thème de la sujétion du droit de propriété à l'Etat beaucoup plus loin que Rousseau, et que Locke assurément. Mais à y regarder de près, ce statut du droit de propriété n'est que le pâle reflet de celui que, dans l'Etat toujours, il affecte à la personne humaine.

Au fondement massif du droit de propriété chez Hobbes, il est clair que Locke et Rousseau opposent des fondements plus subtils. On peut en dire autant des limites. Il faudra donc, chez les deux auteurs qui nous restent à étudier, introduire une distinction selon qu'on se place du point de vue de l'acquisition du droit de propriété ou de l'usage de ce droit.

Chez Rousseau, les limites à l'appropriation légitime apparaissent sous forme de conditions fixées par lui. Ainsi, "pour autoriser sur un terrain quelconque le droit du premier occupant, il faut : 1) que ce terrain ne soit encore habité par personne, 2) qu'on n'en occupe que la quantité dont on a besoin pour subsister, 3) qu'on en prenne possession, non par une vaine cérémonie mais par le travail et la culture...". Ces thèmes évoquant de très près les thèmes lockiens on en fera le détail quand il sera question de cet auteur. Mais on se rappelle la description quasi hobbesienne que Rousseau nous donnait de la fondation empirique par l'Etat du droit de propriété. Il reste donc, au plan des limites de ce droit, quelque chose du pouvoir extravagant de l'Etat. Écoutons Rousseau : "de quelque manière que se fasse cette acquisition, le droit que chaque particulier a sur son propre fonds est toujours subordonné au droit que la communauté a sur tous...". Les limites au droit de propriété rencontrées jusqu'à présent comportent donc, à des degrés

différents, une part de menace pour la survie même du droit de propriété. C'est pour conjurer ce danger que Locke élaborera sa théorie des limites.

Des trois auteurs étudiés, Locke est le champion de la théorisation des limites au droit de propriété. Ses distinctions portent en effet l'empreinte d'une subtilité jamais atteinte - parce que sans doute jamais visée - par Hobbes et Rousseau. La première limite envisagée par Locke concerne l'acte d'appropriation. Elle comporte une double dimension, quantitative et qualitative : "aucun homme autre que le travailleur", nous dit Locke, "ne peut avoir un droit sur les biens auxquels ce travail s'applique, au moins tant qu'il en reste assez pour les autres, en qualité comme en quantité". Ce principe de limitation est désigné par les commentateurs sous le nom de principe de suffisance. Il correspond chez Rousseau à un concept de même nature, à cette nuance près que Rousseau laisse de côté l'aspect qualitatif. Quoi qu'il en soit, et c'est là l'essentiel, Locke et Rousseau s'accordent pour reconnaître l'exigence d'une proportionnalité équitable dans la répartition des biens entre les hommes. Après l'acquisition du droit de propriété, c'est à l'usage de ce droit que Locke juge nécessaire d'imposer des limites. Cette nouvelle application de la restriction du droit de propriété donne lieu elle aussi à une formalisation doctrinale : on parle alors du principe de non-gaspillage. L'illustration qu'en donne Locke est éloquente : Tout ce qu'un homme peut utiliser de manière à en retirer un avantage quelconque pour son existence sans gaspiller, voilà sa propriété. Tout ce qui va au-delà excède sa part et appartient à d'autres". Le principe de non-gaspillage reste à tout point de vue la création originale de Locke. L'impasse de Hobbes sur ce sujet n'est pas pour nous surprendre. On le savait engagé depuis longtemps dans une conception très différente du droit de propriété et de ses limites. Plus étonnant est le silence de Rousseau à l'égard d'une idée qu'il s'agissait pour lui non d'inventer, mais seulement de reprendre.

Le moment est venu d'une digression, toujours à propos de Locke, sur le traitement du droit de propriété par l'autorité étatique. Les détails qui vont être apportés touchent à un degré de précision qui ne leur permettraient pas de trouver place, ou difficilement, dans le plan suivi jusqu'ici. Toutefois, le clivage désormais familier acquisition/usage du droit de propriété nous semble pouvoir faire à nouveau la preuve de son efficacité. La nécessité se fait ici sentir d'un bref rappel. Comparée à celles de Hobbes et de Rousseau, la théorie de l'appropriation individuelle de Locke brille, avons-nous dit, par l'absence de rôle joué par l'Etat. Il convient de nuancer légèrement ce propos.

Précisons d'abord que celui-ci garde toute sa force à l'égard de l'acquisition effectuée au stade de l'état de nature. Elle est en effet de loin la plus courante, et c'est pourquoi sans doute Hobbes et Rousseau n'envisagent qu'elle. Mais Locke, toujours épris de distinction, ne se contente pas d'une telle approche. Il précise : "les conditions de l'appropriation sont différentes dans l'état social de ce qu'elles étaient dans l'état de nature". La nouveauté dont il est question tient précisément à l'intervention de l'Etat dans le processus d'appropriation : "Les terres communes ... personne ne peut s'en approprier une partie sans le consentement de tous ses compatriotes, parce que ces terres sont laissées communes par l'autorité de la loi étatique qu'il n'est pas permis de violer". L'Etat, pour Locke, exerce donc une fonction de distribution de la propriété, mais seulement à l'égard des biens qui n'appartiennent à personne, et à un niveau de développement social où on aurait mal compris qu'il n'ait toujours pas son mot à dire.

Cette place faite à l'Etat dans le processus d'appropriation est bien tardive et bien mince. On peut même parler à ce propos de cantonnement. On voit mal en tout cas comment, à partir d'une telle conception, l'Etat pourrait remettre en cause une répartition des biens réalisée par lui, et a fortiori avant lui, par d'autres que lui. On se souvient que la répartition initiale de l'état de nature est soumise à une exigence de proportionnalité. Qu'à moins du respect de cette exigence, tout homme qui serait lésé dans sa part est en puissance de faire valoir ses droits sur celle d'un plus fortuné que lui, quand bien même ledit fortuné l'aurait acquise à la sueur de son front. On se situe par hypothèse dans l'état de nature. Le pouvoir étatique n'a donc rien à voir encore avec une éventuelle révision de la répartition initiale. Mais transplantons ce cas de figure dans une société civile. Comment, et surtout par qui le problème sera-t-il traité ? Est-il envisageable que l'Etat s'interdise d'intervenir ? Certes non. Pourtant, Locke n'entend pas que le pouvoir civil remette en cause trop facilement le lien existant entre l'individu et sa propriété. C'est pourquoi, dans un premier temps, notre auteur refuse de laisser à l'Etat le pouvoir souverain de modifier une répartition même inique. Il choisit pour cela de faire confiance à la monnaie. L'un des avantages de la monnaie, pour Locke, est qu'elle permet de compenser les inégalités de répartition de la propriété par une régulation "en douceur". Si ce procédé s'avérait inefficace, mais alors seulement, Locke accepte l'idée d'une intervention de l'Etat. Intervention qui passerait cette fois par une réelle redistribution des parts, selon le principe de juste mesure.

II.

Comme le souligne R. Sève, une masse de biens ne peut être amenée à constituer un patrimoine qu'à travers le rapport juridique qui lie ces biens à une personne, dont elle est le titulaire. Pure construction théorique à fin opératoire, la notion de patrimoine se présente donc aussi comme une émanation de la personnalité. Mais nul n'ignore que l'élément "biens" est aussi essentiel que l'élément "personne", à la notion du patrimoine. Du moins est-ce là l'idée centrale de la théorie d'Aubry et Rau. Si donc les liens qui unissent la notion de propriété à celle de patrimoine n'échappent à personne, peut-être faut-il insister sur le fait qu'il existe plusieurs approches de l'idée de patrimoine. Dans l'esprit d'Aubry et Rau, une seule est en mesure d'atteindre les fins qu'elle poursuit : celle de "l'ordo ad duces". Il s'agit d'une conception du patrimoine qui n'envisage l'unification de la réalité multiple constituée par les différents biens d'une personne que par référence au principe d'unité que se trouve être la volonté de cette personne. Depuis le traité d'Aubry et Rau, d'autres doctrines de l'unification, telles que celles de "l'ordo ad finem" et de "l'ordo ad invicem" ont vu le jour. Les œuvres de Hobbes, Locke et Rousseau, on le sait, ne sont pas entrées dans ces détails. Mais peut-être est-il possible de déterminer, à partir des développements de ces auteurs sur le droit de propriété, si ces développements proposent des tendances indicatives en vue d'une théorie du patrimoine.

1. Hobbes

La philosophie moderne, depuis Descartes, considère l'homme comme sujet. Elle renonce par là à ne voir en lui qu'un élément nécessaire d'un ordre qui le dépasse. Par là aussi elle souligne le rôle de la raison dans la constitution des identités individuelles, et atténue par contraste l'importance du monde extérieur, dans lequel le corps humain lui-même se trouve rejeté. Les philosophes dont nous traitons s'inscrivent sans conteste dans cette tradition de la modernité. Ce qui vient d'être dit leur est donc applicable, au moins à titre de dénominateur commun de leurs doctrines. Mais une telle convergence n'exclut pas pour autant des nuances, dont la portée peut

s'avérer utile dans le cadre d'une réflexion sur le patrimoine.

Y a-t-il place chez Hobbes pour la notion de patrimoine ? La question prend un sens dès lors qu'on cherche à déterminer non pas si la doctrine de Hobbes traite explicitement de cette notion mais si elle ne l'exclut pas.

La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau explique R. Sève est celle qui lie le plus étroitement la personne à la chose. Elle se rattacherait par là à une conception classique du droit de propriété, exprimée comme suit par Mme Frison-Roche : "par le droit de propriété, la chose participe à la personne de celui qui la possède". Le lien ainsi établi entre la personne et la chose est donc très fort. Aussi une conception qui viendrait à remettre en cause l'étroitesse de ce lien, voire son existence-même, ne pourrait qu'entraîner un bouleversement de la notion de patrimoine conduisant à sa disparition à terme. Revenons à Hobbes. Nous savons que pour lui, le passage à la société civile entraîne l'aliénation totale à l'Etat de l'individu et de ses droits. Bien sûr, les droits aliénés par chacun ont vocation à être récupérés. Mais ce détour ne va pas sans une altération de leur nature : de droits naturels qu'ils étaient ils deviennent des droits purement civils. Or, il n'est pas sûr qu'un tel mécanisme permette de préserver la conception quasi-ontologique de la relation bien-personne consacrée par la tradition classique. D'autre part, cette tradition présente une dimension esthétique-éthique bien éloignée de celle de Hobbes. Dans la conception classique en effet, le lien bien-personne est si fort que lorsqu'une personne regarde une chose qui lui appartient, elle y voit un reflet d'elle-même. D'où une fonction esthétique du droit de propriété. Mais cette représentation qui fait du droit de propriété le miroir de la personne est aussi la condition de la liberté individuelle de celle-ci. De là également une fonction éthique du droit de propriété. Chez Hobbes au contraire, si fonction éthique de ce droit il y a, 1° elle est limitée à l'état social et donc absente de l'état de nature, 2° elle ne se fonde pas sur une union particulièrement étroite de la personne et de ses biens mais sur la force publique que l'Etat met au service de la garantie des droits du propriétaire. Une conclusion s'impose : les prémisses du raisonnement hobbesien sur le droit de propriété sont bien éloignées de celles de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. Or, si on considère celle-ci comme l'emblème d'une conception de type "ordo ad ducem", il en résulte l'impossibilité pour la doctrine de Hobbes d'accueillir la notion de patrimoine, du moins dans ce cadre épistémologique. Pour autant, dire que le discours hobbesien exclut absolument la notion de patrimoine serait excessif. En effet, comme nous l'avons rappelé, il existe d'autres

théories du patrimoine que celle d'Aubry et Rau (de type *ordo ad finem*, *ordo ad invicem*) qui ne présentent aucune incompatibilité de principe avec la doctrine de Hobbes.

2. Locke

On trouve chez Locke une conception du droit de propriété beaucoup plus compatible avec une éventuelle assimilation de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau que celles de Hobbes et Rousseau. Mais n'allons pas trop vite ! On ne peut pas fonder une conclusion sur de vagues tendances. Dans un second temps, la recherche de confirmations apparaît comme un complément indispensable de la démarche. Pour commencer, nous savons que Locke reconnaît un caractère définitif à l'appropriation individuelle réalisée à l'état de nature. Or, cette vision des choses tend à privilégier une conception étroite de la relation bien-personne. En effet, à la différence de chez Hobbes, l'Etat ne peut plus remettre en cause un droit de propriété constitué avant son apparition. C'est alors nécessairement au nom pour l'individu de sa qualité de titulaire et pour la chose de sa qualité de bien qu'une telle immunité d'atteinte peut se trouver reconnue.

Cependant, nous l'avons dit, Locke est acquis à la tradition moderne. Il en résulte de sa part une adhésion à des schémas de pensée fort éloignés de la représentation de la chose comme miroir de la personne. Au contraire Locke est le premier à postuler l'existence d'un droit de propriété de l'individu sur lui-même. Ce faisant, il reprend à son compte le clivage cartésien entre l'âme et le corps, et, loin de constituer l'individu comme pôle d'unification d'une réalité extérieure, il rejette son corps dans l'ordre de la diversité phénoménale.

L'étude de la pensée lockienne dévoile une autre source de dissension de l'unité de l'être et de l'avoir. Il s'agit du travail. On se souvient de la place donnée par Locke au travail dans le processus d'accession à la propriété. Mais cette focalisation sur le travail se ramène, en dernière analyse, à créer un intermédiaire entre le propriétaire et son bien. La propriété n'apparaît plus alors comme la projection directe ou le miroir de la personne. Elle n'est que le produit de l'activité de celle-ci. Une telle conception diverge clairement d'avec les présupposés de la théorie d'Aubry et Rau. Mais, à visée plus lointaine, elle rejoint aussi les conceptions fonctionnalistes du droit de propriété, dont elle

constitue le préambule. Une fois le travail établi comme seul facteur d'appropriation légitime, il est en effet facile de glisser à une subordination de la conservation de la propriété à des exigences d'exploitation et de rentabilité. Quoi qu'il en soit, une conception fonctionnaliste du droit de propriété suppose le refus de reconnaître à celui-ci un statut éthique. Elle s'oppose donc essentiellement à la notion d' "ordo ad ducem" qui fonde la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. En revanche, cette conception coïnciderait sans doute avec une théorie de l'unification "ad finem", laquelle propose d'organiser la synthèse d'une réalité multiple autour du critère de la finalité poursuivie. Une conception utilitariste du droit de propriété n'est donc pas a priori hostile à toute approche patrimoniale. Simplement, il ne faut pas en chercher l'écho dans la théorie d'Aubry et Rau. Telles sont les conclusions que l'on peut tirer de la doctrine de Locke.

3. Rousseau

Les réserves de Rousseau à l'égard du droit de propriété sont bien connues. "L'idée de propriété" dit-il "est le dernier terme de l'état de nature". Il n'existe auparavant que des "faits de possession". De plus, il fait sienne la thèse de Hobbes sur l'aliénation à l'état de l'individu et de ses droits. Comment dès lors imaginer un seul instant trouver chez lui un fondement éthique au droit de propriété ? Cela, comme nous l'avons montré, n'existe pas. Quant aux fondements empiriques du droit de propriété, nous avons vu que Rousseau empruntait simultanément ses arguments à Hobbes et à Locke. Les conclusions que nous avons tirées à propos de ces deux auteurs relativement à la notion de patrimoine et plus précisément de la théorie d'Aubry et Rau sont donc parfaitement transposables ici.

Hobbes, Locke et Rousseau se rattachent tous les trois à un schéma de pensée philosophique qui est celui de la modernité. Ils admettent donc par principe que l'homme doit parvenir à se penser à partir de ce qui le distingue du reste de l'univers, et le caractérise en propre, à savoir sa pensée. Le corps humain étant assimilé à un monde de l'immanence auquel il s'agit d'échapper, toute représentation ontologique du lien entre la personne et son corps - a fortiori entre la personne et le reste des biens extérieurs - est

condamnée comme constituant une atteinte fondamentale à sa liberté. Nous nous trouvons ici aux antipodes de la conception antique. L'osmose qu'elle suggère entre l'être et l'avoir a été balayée. Le résultat de cette rupture est notamment de rendre hétérogène les doctrines de Hobbes, Locke et Rousseau avec la conception française actuelle du patrimoine, dépendante de la théorie d'Aubry et Rau. Plus précisément, c'est la règle de l'unicité du patrimoine, développée par ces deux auteurs, qui se trouve directement mise en cause. Cette règle se définit en posant une relation réciproque nécessaire entre une personne et un patrimoine. Ainsi, toute personne est sensée avoir un patrimoine et un seul, et tout patrimoine, un titulaire et un seul. Mais la règle de l'unicité n'est pas le corrélat commun à l'ensemble des théories du patrimoine. Au contraire, elle appartient en propre à une conception "ad duces" du patrimoine, laquelle ne peut prétendre à l'exhaustivité. Parallèlement à ce principe d'unification de la réalité existent en effet ceux de l' "ordo ad finem" et de l' "ordo ad invicem". Les pôles d'unification retenus deviennent alors la fin poursuivie ou la structuration interne de la réalité elle-même. Ils ne laissent pour ainsi dire plus de place à la notion de personne. Or ces critères ont révélé leur caractère opératoire dans plusieurs pays pourvus d'un système différent du nôtre. Ainsi, au Canada par exemple, ils ont permis une admission en douceur de la fiducie. Ailleurs, c'est le mécanisme de la société unipersonnelle qui s'intègre avec facilité. Comme on voit, l'implosion de la règle de l'unicité du patrimoine n'est pas nécessairement suivie d'effets dévastateurs. Son opposition fondamentale avec les doctrines de Hobbes, Locke et Rousseau permet donc de suspecter en celles-ci de réelles puissances de réponse aux nouveaux enjeux de la vie économique française.

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

Analyse des biens et de leur utilité chez Platon et Aristote

Par Diane THIBERGHEN

ANALYSE DES BIENS ET DE LEUR UTILITE CHEZ PLATON ET ARISTOTE .

A/ ANALYSE : Platonicienne des biens.

Platon classifie les hommes en trois catégories. De même, il opère une classification des biens dans les LOIS (livre 1, 631.633, p645/647, ed la Pléiade). Celle-ci ne correspond en rien à une quelconque réalité économique. La notion de patrimoine y est étrangère.

En effet Platon distingue deux catégories de biens: les biens divins et les biens humains. Les biens divins sont la pensée, la sagesse, la justice et le courage. Les biens humains sont la santé, la beauté, la richesse et enfin la richesse en tant qu'il existe entre elle et la pensée réfléchi. Une concomitance. L'Ensemble des biens qu'ils soient humains ou divins, doit s'orienter vers l'Intelligence qui en est le chef. Le législateur hiérarchise les biens et son but est la modération et la justice et non la richesse et l'ambition. Les hommes ne peuvent pas disposer librement de leurs biens. Le législateur surveillera la manière dont les citoyens acquièrent et dépensent.

Dans la philosophie de Platon, nous sommes très loin de la notion du patrimoine. En effet cette notion n'est pas statique; or chez Platon, il n'existe aucune dynamique d'entrée et de sortie qui caractérise le patrimoine. La philosophie Platonicienne met en place un système où le spirituel et l'humain sont totalement indissociables, un système utopique.

Pour Platon, les biens ont une utilité qui n'a rien à voir avec le commerce et l'enrichissement qu'il méprise. (Les LOIS, ch5, 743.744, p802 à 804, la Pléiade). Selon lui, trop de biens provoquent des dissensions dans le corps social. En revanche, le manque de biens provoque l'asservissement; la proportion doit être harmonieuse afin d'atteindre le but ultime à savoir la recherche de la Vertu. Platon pense que valeur morale et richesse ne coïncident pas (les LOIS, ch 5 743.744 p802.804) la richesse étant une source de discorde et de procès.

Dans le GEORGIAS, Platon explique encore que l'utilité des biens n'est pas l'enrichissement mais le bonheur. Les biens ne sont pas fait pour s'accroître mais pour que la communauté puisse vivre. Le profit est banni du langage platonicien. L'Intérêt personnel, le profit est l'ennemi de l'Etat car il entraîne la division, il est l'ennemi de l'unité.

C'est pour cela que Platon crée une communauté de biens sur laquelle il reviendra que dans son dernier ouvrage: les LOIS.

Sa théorie des biens est fondée sur l'élimination par tous les moyens de la propriété privée. Tout doit devenir commun pour que l'unité soit réalisée au plus haut degré possible dans la Cité.

B/ ANALYSE Aristotélicienne des biens.

Aristote envisage les biens et leur utilité dans "les POLITIQUES" et dans "l'ETHIQUE à NICOMAQUE".

Aristote s'il distingue comme Platon diverses catégories d'hommes, critique la classification des biens de Platon. Lui, voit, dans les biens trois finalités qui sont l'autosuffisance, l'achèvement et le caractère fonctionnel.

Mais comme chez Platon, la notion de patrimoine n'apparaît pas et il critique également le commerce et la richesse. Cependant, il distingue deux types de richesses; l'une est liée à l'administration de la famille et n'est pas condamnable; l'autre n'a pas de but qui puisse la limiter car son objet est la richesse et la possession de valeurs. Celle-ci est critiquable car contrairement à la première où l'homme se sert de la propriété en vue de la famille heureuse qu'il pourra donner aux membres de sa famille, l'autre ne se sert

la propriété qu'en vue de son pur et simple accroissement. Ici Aristote condamne sans la nommer la notion de patrimoine et la dynamique qui la caractérise. La richesse est considérée comme quelque chose de répréhensible. Il va plus loin en soutenant que le patrimoine ne doit pas provenir de l'argent lui-même car il n'a pas été inventé pour cela. Selon lui l'argent a été créé pour l'échange alors que l'intérêt ne fait que le multiplier. Il critique ceci et dit que: "le métier d'usurier est à haïr". Ici encore, la conception de bien n'a rien à voir avec la notion de patrimoine, le but étant en l'espèce la recherche du bonheur que l'on ne peut acquiescer ni par la richesse ni par le commerce qui sont deux notions méprisées par Aristote.

DECONSIDERATION DES BIENS, DE LA PROPRIETE ET DU COMMERCE COUPANT LA VOIE
A PLUS DE CONSTRUCTION.

A/ Platon comme Aristote refusent l'exploitation des biens pour l'enrichissement, de la propriété privée ainsi que du commerce. Les auteurs distinguent l'être et l'avoir. Ainsi, dans le GEORGIAS (489.4 (499/501.p448à453 ed la PEIADE) Platon montre que l'attrait du bien apparent c'est à dire de la chose terrestre préférée par ignorance au bien véritable (équité, justice) entraîne un divorce entre le service des vrais besoins et flatte les désirs déréglés et lucratifs. Il y a donc divorce entre le service et le profit d'où résulte la corruption de toutes les techniques, la dégradation des métiers, le désordre dans les mœurs et l'économie. Une telle situation ne peut être évitée que si les activités économiques sont confiées à une classe de citoyens étrangère aux activités économiques au service des besoins particuliers et vouée au bien commun, à la défense de l'Etat. Pour cela, les citoyens ont renoncé à la famille et au patrie. Platon rejette la notion de patrimoine en bannissant l'intérêt personnel, l'esprit de famille; il condamne la propriété privée.

Aristote distingue également l'être et l'avoir. Les propriétés doivent, selon lui, revenir à ceux qui possèdent force et prudence, c'est à dire aux militaires et aux citoyens; eux seuls ont la vertu. La propriété ne peut pas être commune mais devenir commune par son usage entre amis. Aucun des citoyens ne doit manquer de moyens de subsistance; il faut, pour cela, diviser le territoire en deux parties:

- l'une commune

- l'autre appartenant aux particuliers

Ainsi, dans LES POLITIQUES (17, 10, 1329b, p481, 482) il prend l'exemple de la terre et de ceux qui la cultivent.

Si ceux qui cultivent la terre sont différents de ceux qui la possèdent, le problème sera différent et plus facile à résoudre, mais quand les paysans travaillent pour leur propre compte, la question de la propriété soulèvera plus de problèmes. En effet, Aristote pense que si profits et peines sont répartis inégalement, ils s'élèveront forcément des récriminations à l'encontre de ceux qui reçoivent beaucoup de profits au prix de peu de peine, de la part de ceux qui reçoivent moins, pour plus de peine.

Selon Aristote, la meilleure solution, serait le cumul des avantages des deux systèmes (propriété commune et privée)

"Il faut qu'en un sens les propriétés soit communes mais que fondamentalement elles soient privées"

Chacun administrant ses propres biens, aucune récrimination ne surgira des uns contre les autres. Au contraire, la situation s'améliorera du fait que chacun s'occupera avant tout de ses affaires. Ensuite, selon Aristote "grâce à la vertu, il en sera concernant l'usage des biens comme suit: à savoir que tout est commun entre amis"

"Chacun possédant personnellement son bien fait en sorte d'en rendre une partie utile à ses amis et se sert d'une autre partie comme d'un bien commun". La meilleure solution est donc que la propriété des biens soit privée et qu'ils soient rendus communs par leur usage.

Il critique la théorie platonicienne de la communauté: "ceux qui possèdent les biens en commun et en partagent la jouissance ont beaucoup plus de différends que ceux qui ont un patrimoine propre". L'étendue de la propriété doit être assez grande pour qu'on puisse mener une vie tempérée et digne d'un homme libre. Selon lui il y a une contradiction chez Platon qui accepte qu'on augmente tout patrimoine jusqu'au quintuple de sa valeur initiale et ne tolère pas la propriété de la terre mais uniquement sa possession.

B/Les deux auteurs rejettent l'activité de commerce
Ils condamnent le commerce qui aurait pour seul but le profit, en tant qu'il sert à accroître la richesse d'un particulier; ils considèrent, le commerce comme une activité avilissante, dégradante. Selon eux les biens ne sont pas fait pour s'accroître; le commerce est d'ailleurs laissé à la catégorie la plus servile de la population, celle qui est guidée par l'oeipitumia, c'est à dire l'instinctle désir, et qui correspond aux marchands, laboureurs, artisans; ces derniers ne seront jamais citoyens car la raison et le courage leurs seront étrangers (la République, 2, 357à383, p108à133, coll GF)
La notion de profit, de commerce est condamnée chez Platon car elle est contraire à la vertu et à la mesure de toute chose
Elle l'est chez Aristote car elle est contraire à la recherche du bonheur.

C/Ceci explique l'inutilité de penser le patrimoine car tout l'univers des auteurs antiques s'en éloigne et le condamne.
Leur vision de la société est utopique et fait appel à d'autres valeurs ~~cependant~~, dans son dernier ouvrage, LES LOIS, Platon prend conscience qu'il lui faut réviser certaines de ses positions. Ainsi, il propose une nouvelle Constitution qui repose sur les mêmes principes que celle élaborée dans LA REPUBLIQUE, mais plus pratique. En particulier, il fait une concession en renonçant à la communauté totale des biens, femmes et enfants. Il admet également l'existence d'un certain patrimoine comme nécessaire mais en limite beaucoup la portée.
Ainsi, il réglemente la monnaie, les dots, les cautions.
Un particulier n'a le droit de posséder aucun or ni aucun argent. Le but de la monnaie est, pour lui, cet échange qui à lieu au jour le jour et qu'il est forcé d'avoir pour vivre. Pour le reste, la monnaie commune est destinée aux travaux de l'Etat.
De même, il est interdit de prêter à un intérêt usuraire
Enfin Platon réglemente le droit de tester. Il admet ce droit, mais il faut le réglementer sans quoi, il y aurait une multiplicité de dispositions testamentaires individuelles différentes les unes des autres et aussi bien en opposition avec les lois qu'avec la conscience morale des vivants.
Pour Platon, ni l'homme ni les biens ne s'appartiennent à eux même; l'homme et ses biens sont la propriété de leur famille toute entière, de celle qui l'a précédé comme de celle qui suivra. Encore plus, c'est à l'Etat qu'appartient toute la famille et tout le bien.

Coordination : Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE
Monsieur le Professeur Philippe SIMLER
Monsieur le Professeur François TERRÉ
Monsieur Hervé LÉCUYER

Equipe :

Mademoiselle Véronique BOUTTEAU
Monsieur Carlo BRUSA
Madame Dominique FENOUILLET
Monsieur Eric GÓMEZ
Monsieur Hervé LÉCUYER
Mademoiselle Hélène NICO
Mademoiselle Sophie SCHILLER

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

SYNTHESE DE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

RESUME

La théorie classique résiste-t-elle à l'épreuve du droit patrimonial de la famille, son prolongement naturel ?

Elle est à l'évidence, contrariée dans sa dimension synchronique. La loi spéciale promeut, en maintes circonstances l'idée d'affectation, celle-ci n'étant qu'un moyen d'assurer certaines fins : la protection d'intérêts collectifs ou de certains intérêts particuliers, jugés particulièrement dignes d'être pris en considération.

L'analyse s'enrichit d'une appréhension de la dimension diachronique du principe d'unicité du patrimoine. Celle-ci, dont l'étude est souvent délaissée, est sérieusement affectée dans le droit patrimonial de la famille. L'indivisibilité temporelle et les conséquences qui y sont attachées relativement au droit de gage général des créanciers est particulièrement contrariée par le droit des régimes matrimoniaux et de l'indivision. L'indifférence à l'égard du temps rejaillit-elle, (exception à l'exception), elle est justifiée par des fins (poursuite ou satisfaction d'un intérêt commun, affectation des biens de la famille à un intérêt particulier) qui guident l'analyse à nouveau sur les rives de l'affectation.

Contrariée, la théorie classique est-elle annihilée ? L'importance quantitative et qualitative des dérogations qui lui sont apportées n'affecte pas la permanence de sa vocation de principe. Cette idée, présente dans les textes, imprègne toujours les esprits. Les vertus que l'on peut reconnaître au principe d'unicité (valeur didactique, explicative, gage de sécurité et de stabilité, surtout au plan du passif) assurent de la pertinence du maintien de sa vocation résiduelle. La loi peut, à loisir et légitimement, y déroger. Il ne semble pas souhaitable de reconnaître cette prérogative à la jurisprudence ni aux volontés individuelles.

La réalité de l'unicité du patrimoine Droit patrimonial de la famille

Rapport de synthèse

I- LA RECEPTION PAR LE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE DES PRECEPTES DE LA THEORIE CLASSIQUE DU PATRIMOINE : L'UNICITE CONTRARIEE

§ 1. Analyse diachronique

A. La prise en considération de principe du moment de l'engagement

*a. Moment de l'engagement et assiette théorique du
gage*

*b. Le moment de l'engagement, cause de préférence au
profit du créancier*

*B. L'indifférence ponctuellement marquée à l'égard du moment de
l'engagement*

a. Les illustrations du retour aux préceptes communs

b. Les justifications du retour aux préceptes communs

§2. Analyse synchronique

A. L'affectation, instrument de protection d'un intérêt collectif

a. L'affectation dans l'intérêt de la famille

1. En droit des successions

2. En droit des régimes matrimoniaux

b. L'affectation dans l'intérêt collectif du groupe d'indivisaires

B. Affectation et prise en considération d'intérêts particuliers

a. Affectation et prise en considération d'intérêts particuliers dans le droit des successions

b. Affectation et prise en considération d'intérêts particuliers dans le droit des régimes matrimoniaux

II- LA RECEPTION PAR LA THEORIE CLASSIQUE DU PATRIMOINE DES SOLUTIONS DU DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE : L'UNICITE PRESERVEE

§1. La permanence du principe d'unicité du patrimoine

A. Dans les textes

B. Dans les esprits

§2. La pertinence du principe d'unicité du patrimoine

Droit de synthèse, le droit patrimonial de la famille agrège le droit des biens et le droit des obligations, bases du droit commun du patrimoine. Il constitue le prolongement de ce dernier.

C'est ainsi à l'analyse des rapports obligés - naturels - que le droit patrimonial de la famille entretient avec la théorie du patrimoine qu'il convient de se livrer.

Le doute s'insinuerait-il encore sur la pertinence du rapprochement, il suffirait, pour l'apaiser, de contempler la lettre du Code civil. Celui-ci use avec extrême parcimonie du vocable de patrimoine ¹. La quête est pourtant féconde dans le *corpus* du droit patrimonial de la famille : quinze dispositions usent expressément de ce terme ².

Le lien avec la théorie du patrimoine est tissé. L'est-il aussi aisément avec la théorie classique du patrimoine ?

Systematisée au XIXe siècle par AUBRY et RAU, elle embrasse deux propositions distinctes et complémentaires : Le patrimoine constitue une universalité juridique ; il est l'émanation de la personne ³. " Projection de la personne sur le terrain des intérêts matériels " ⁴, il emprunte à celle-ci son caractère indivisible ⁵. Une personne n'a qu'un patrimoine.

Si les réflexions contemporaines s'articulent autour des questions de réception ou de refoulement par le droit patrimonial de la famille de ce principe d'unicité du patrimoine, (réception par le droit spécial d'une théorie générale), l'histoire enseigne que la théorie générale du patrimoine est le fruit d'une généralisation, d'une systématisation des solutions du droit spécial (réception par la théorie générale du droit spécial). Le lien

¹ JALLU, *Essai critique sur la continuation de la personne*, thèse Paris, 1902, p. 96 ; SEVE, " Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau ", *Arch.Philo.droit* 1979, p. 247.

² v. les articles 272, 288, 878, 881, 1411, 1435, 1469, 1499, 1501, 1569, 1570, 1572, 1573, 1574, 1575 du code civil.

³ TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1991, n° 333 et s. ; CORNU, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 1988, n° 856 et s.

⁴ TERRE, *ibid.*

⁵ AUBRY et RAU, *Droit civil français*, tome IX, p. 574 : " Le patrimoine est un et indivisible comme la personnalité même. " v. également GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, L.G.D.J. 1976, n° 383 ; PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, thèse Paris, 1903, p. 55 ; CARBONNIER, *Droit civil, les biens*, PUF, 1983, n° 3 ; SEVE, *op.cit.*, p. 249 ; MEVORACH, " Le patrimoine ", *Rev.trim.dr.civ.* 1936, p. 811, spéc., p. 812.

intime qui unit cette théorie à AUBRY et RAU ne peut masquer la lente maturation qu'elle connut préalablement ⁶ et le fait que certaines des suites nécessaires qui y sont attachées puisent leur origine dans le droit romain. Or, c'est essentiellement dans le droit patrimonial de la famille que jaillirent ces prémices ⁷.

La matière des successions et des donations sera empreinte des mêmes caractères dans l'Ancien droit ⁸, de sorte que, à la veille de la promulgation du Code civil, le principe d'unicité imprégnait déjà fortement les esprits ⁹.

L'éclairage apporté par le droit patrimonial spécial à la théorie générale du patrimoine ne peut être ignoré. Peut-être le premier est-il aujourd'hui encore susceptible, par les solutions qu'il apporte, d'enrichir la théorie générale.

L'analyse du principe de l'unicité du patrimoine dans le droit patrimonial de la famille ne peut être amputée de cette dimension. On ne peut se satisfaire de l'étude de la réception par le droit spécial du principe général. Il convient de la compléter par celle de la réception par la théorie générale des solutions du droit spécial.

De cette approche naît un paradoxe : la première démarche impose l'idée d'une importante dérogation à la théorie générale. Dans le droit patrimonial de la famille, le principe de l'unicité du patrimoine est contrarié (I). La seconde conforte la théorie classique : l'analyse du droit patrimonial de la famille la confirme à son rang de principe. L'unicité du patrimoine est préservée (II).

⁶ v. rapport sur l'histoire de la pensée juridique.

⁷ La notion de patrimoine évoluera, à Rome, au gré des mutations des structures familiales. Si, dans un premier temps, le patrimoine familial n'était que l'expression d'une forte solidarité familiale, sous l'autorité du maître de maison, et que l'existence du pécule, fraction du patrimoine de ce dernier dont la gestion était par lui confiée à un esclave ou à un fils, faisait surtout penser à la théorie du patrimoine d'affectation, la désagrégation de cette solidarité consacra, dans un second temps, l'existence de patrimoines individuels envisagés comme formant une universalité et attachés à la personne. Ces idées étaient reçues en matière de succession. v. PLASTARA, *op.cit.*, p. 8 et s.

⁸ L'affirmation appelle la nuance. L'Ancien droit (au moins l'ancien droit coutumier) admettait en matière de succession, la division du patrimoine en plusieurs masses - meubles, immeubles ; biens paternels, biens maternels ; propres ou acquêts etc... - v. TERRE et LEQUETTE, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 1988, n° 56.

⁹ v. communication officielle faite au Tribunat, en 1803 : " Comme chez les romains, comme dans le droit écrit, chaque succession ne formera plus qu'un seul patrimoine, et l'on n'y distinguera plus diverses espèces de biens pour les distribuer suivant leur nature à diverses lignes ou branches d'héritiers : tous les biens resteront confondus, comme ils l'étaient dans la main du défunt qui pouvait disposer de tous ", citée par Hélène NICO, " la réalité du l'unicité du patrimoine en droit des succession ", rapport en annexe.

I- LA RECEPTION PAR LE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE DES PRECEPTES DE LA THEORIE CLASSIQUE DU PATRIMOINE : L'UNICITE CONTRARIEE.

L'unicité du patrimoine s'entend d'une indivisibilité dans l'espace : chaque individu est à la tête d'un seul patrimoine, universalité juridique embrassant l'ensemble de ses droits et obligations. Mais elle doit également s'épanouir dans une autre dimension : le temps. De ce principe d'unicité temporelle, AUBRY et RAU, tiraient une conséquence quant à la détermination du droit de gage général des créanciers : " les biens qui font partie du même patrimoine... sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes les obligations qui pèsent sur le propriétaire du patrimoine dont ils font partie, quelle que soit d'ailleurs l'époque où ces obligations ont pris naissance " ¹⁰.

Le droit patrimonial de la famille contrarie le principe d'unicité du patrimoine tant dans sa dimension diachronique (§1) que synchronique (§2).

§1. Analyse diachronique

On est *a priori* tenté d'illustrer la contrariété au principe d'unicité temporelle du patrimoine par les dispositions légales consacrées au régime de participation aux acquêts. Elles usent, en effet, des expressions " patrimoine originaire " et " patrimoine final ". L'idée jaillit, compte tenu des adjectifs retenus, d'une cristallisation du patrimoine des époux à deux époques : au jour du mariage, à sa dissolution ¹¹. L'entreprise manque pourtant de pertinence. Le patrimoine originaire agrège, certes, les biens qui appartiennent à l'époux au jour du mariage, mais aussi d'autres acquis en cours d'union.

¹⁰ AUBRY et RAU, *op.cit.*, § 575 ; v. également, § 578 : " l'homme ne perd son patrimoine qu'en perdant sa personnalité ".

¹¹ Plus précisément, au jour de la liquidation de la créance de participation. Celle-ci peut être concomitante à la dissolution du mariage, elle peut aussi la précéder (hypothèses du changement conventionnel de régime matrimonial ou de la liquidation anticipée de la créance de participation).

Contrairement aux apparences, c'est à une divisibilité dans l'espace, non dans le temps, que le législateur procède ¹².

La principale conséquence attachée par ses auteurs au principe d'unicité dans le temps avait trait au droit de gage général des créanciers ¹³ : la date de naissance de l'obligation n'influe en rien sur celui-ci. Elle n'interfère pas sur la détermination de l'assiette théorique du gage ; elle ne peut asseoir un droit de préférence au profit du créancier. La lettre de l'article 2092 du Code civil conforte cette assertion : " Quiconque **s'est obligé** personnellement..." La proposition est à dessein lapidaire. La concision extrême sert l'universalité du propos. L'emploi du passé composé révèle suffisamment **l'intemporalité de la règle** : le moment de l'engagement importe peu. L'article 2093, quand il nie toute cause de préférence, tout ferment d'inégalité entre créanciers, renforce cette idée : **l'antériorité n'emporte pas priorité**.

Cette indifférence quant au moment de l'engagement est-elle cultivée par le droit patrimonial de la famille ?

Dans le droit des régimes matrimoniaux, cette attitude est peu affectée par le mariage, lorsque les époux optent pour une organisation patrimoniale de type séparatiste. La distinction préservée des patrimoines des deux conjoints implique que " chacun d'eux **conserve** l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels " ¹⁴ et que " chacun d'eux **reste** seul tenu des dettes nées en sa personne, **avant ou pendant le mariage** ¹⁵...

Le moment de l'engagement importe dès lors peu : chaque conjoint sera tenu en toute hypothèse de le remplir sur son patrimoine personnel.

La rupture est par contre prononcée lorsque les conjoints sont soumis à une organisation patrimoniale de type communautaire. L'adjonction d'une troisième masse de biens perturbe le schéma initial. Il n'est alors plus indifférent de tenir compte de la date où l'obligation éclôt (A).

¹² v. *infra*, p. 31

¹³ v. *supra*, p. 5

¹⁴ art. 1536 alinéa 1 C.civ.

¹⁵ art. 1536 alinéa 2 C.civ. Les verbes " conserver " et " rester " constituent bien l'expression formelle de cette continuité.

Il est pourtant parfois procédé, même en régime communautaire, à un dépassement de ces contingences temporelles, à un retour sur ce point au droit commun (B).

A. La prise en considération de principe du moment de l'engagement.

De ce que la théorie classique du patrimoine encourage à négliger le moment de l'engagement, on en déduit que celui-ci n'interfère pas sur la détermination de l'assiette théorique du gage du créancier ni ne permet de conférer à ce dernier un droit de préférence¹⁶. Il convient de mettre ces deux éléments à l'épreuve.

a. Moment de l'engagement et assiette théorique du gage

La détermination de l'assiette du gage du créancier est opérée par la loi, dans le régime de communauté légale, de manière non linéaire. On peut, à sa suite, opérer une distinction en trois périodes, selon que la dette est née antérieurement au mariage, pendant la communauté ou après sa dissolution.

Dans le premier cas¹⁷, le droit de gage du créancier embrasse les biens propres et les revenus du débiteur¹⁸. L'adjonction de ces derniers aux biens propres a

¹⁶ v. *supra*, p. 6

¹⁷ La détermination du caractère antérieur au mariage (mais cela vaut également pour la détermination de son caractère postérieur au mariage ou à la dissolution de la communauté) repose sur la considération de la date du fait générateur de la dette - v. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, p. 396 et 399 ; TERRE et SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, n° 392 ; PONSARD, sur AUBRY et RAU, n° 178, p. 319.

La question a pu être controversée notamment pour la détermination de la date de naissance d'une dette délictuelle. Convient-il de choisir comme critère la date de condamnation ou celle de la commission des faits délictueux et de la réalisation du dommage ? v. CHAMPENOIS, obs. sous Civ. 1re, 7 mars 1989, *Rép.not.Déf.* 1989, art. 34570, n° 79, p. 931 (arrêt rapporté également au *J.C.P.* 1989, II, 21309, obs. SIMLER) ; obs. sous Civ. 1re, 17 février 1987, art. 34016, p. 948. Dans l'arrêt précité du 7 mars 1989, la cour prend très nettement parti en faveur de la première branche de l'alternative.

Rappr. pour la date de naissance d'une dette de cautionnement : Civ. 1re, 17 juin 1986, *Rép.not.déf.* 1987, art. 34004, n° 46, p. 858, obs. AYNES ; Civ. 1re, 16 décembre 1986, *Rép.not.Déf.* 1987, art. 33933, n° 30, obs. CHAMPENOIS ; Civ. 1re, 14 mai 1991, *Bull. Civ. I*, n° 152 ; *D.* 1992, somm. comm., p. 222, obs. LUCET.

¹⁸ art. 1411 alinéa 1 C.civ. Sous la réserve d'une extension de gage, envisagée *infra*, p.

Il convient, bien sûr de postuler que le conjoint débiteur n'avait pas rempli son engagement avant son mariage. Il s'agirait sinon d'une hypothèse relevant simplement de l'article 2092 C.civ.

été réalisée par la loi du 23 décembre 1985. Elle répondait au vœu de fortifier, par souci d'équité, un gage jusqu'alors dépouillé¹⁹. Le législateur n'a pas été insensible aux critiques nourries émanant d'une doctrine apitoyée par le sort sévère réservé aux créanciers présents²⁰. La manne supplémentaire accordée à ces derniers annihile le principe de concordance entre obligation et contribution à la dette²¹, ainsi que tout vestige de passif exclusivement propre, quant à l'obligation.

Leur situation reste cependant moins enviable que celle de la plupart²² des créanciers dont la créance naît pendant la communauté. Ces derniers jouissent d'un droit de gage désormais généreusement ouvert sur l'ensemble des biens communs. La communauté dans son ensemble répond, avec ses biens propres, des dettes de celui qui s'engage²³. Cette " gestion passive concurrentielle généralisée " ²⁴, nouvellement promue, profite aux créanciers et affermie corrélativement le gage de chacun des époux.

La naissance de la créance pendant la communauté suffit à conférer un même niveau de protection au créancier agissant postérieurement à sa dissolution²⁵. Autorise-t-

¹⁹ Du moins depuis 1965. Avant cette réforme, les créanciers des dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de leur mariage pouvaient saisir, outre les biens propres de leur débiteur, les biens de la communauté, à la condition, pour les dettes de la femme, qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage ou qu'elles aient acquis date certaine avant la même époque. SCHROEDER, " La ruine des créanciers organisées par la loi ", *J.C.P.* 1969, I, 2291, spéc. n° 3 ; TERRE et SIMLER, *op.cit.*, n° 439, p. 392, note 1. Il convient de ne pas omettre qu'alors, le régime légal était celui de la communauté de meubles et acquêts.

²⁰ SCHROEDER, *loc.cit.* ; DESOUS, *La question de l'emprunt dans les régimes matrimoniaux*, th. Paris, 1982, p. 76 et s. Pour une synthèse des critiques adressées à cette disposition : TERRE et SIMLER, *op.cit.*, n° 390.

Une doctrine autorisée, consciente du caractère inéquitable de la solution, prônait l'extension du gage aux revenus des biens propres et aux gains et salaires. CORNU, *op.cit.* p. 397 ; PONSARD, *op.cit.*, n° 178, note 36 ; MARTY et RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1985, n° 278, p. 229 ; SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, *op.cit.* n° 122 et 123 ter. Le débat, conjugué à l'exemple de la loi belge du 14 juillet 1976 (sur laquelle, v. DESOUS, *op.cit.*, p. 172 et s.) a constitué une source d'inspiration pour le législateur contemporain.

²¹ TERRE et SIMLER, n° 391.

²² Bénéficiaire de cautionnement et prêteur exceptés.

²³ Certains biens communs sont néanmoins dissociés de la communauté et échappent aux poursuites des créanciers d'un conjoint. v. *infra*, p.24.

²⁴ CORNU, p. 380.

²⁵ Cela ressort de la combinaison des articles 1482 et 815-17 du code civil.

Article 1482 : " Chacun des époux peut être poursuivi pour la totalité des dettes existantes, au jour de la dissolution, qui étaient entrées en communauté de son chef ".

Article 815-17 : " Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision... seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. "

elle une extension de gage ? La question peut légitimement se poser depuis que la loi du 23 décembre 1985 s'est emparée avec maladresse du § 3 de la section III du chapitre II du Titre V du livre III du Code civil, désormais intitulé " De l'obligation et de la contribution au passif après la dissolution ".

Ce titre, combiné aux dispositions de l'article 1483 alinéa 1 C.civ. constituerait un support suffisant au principe de poursuite d'un époux pour la moitié des dettes entrées en communauté du chef de son conjoint. La Cour de cassation, à plusieurs reprises, a entériné cette acception ²⁶.

Il n'est nul besoin de s'attarder sur les critiques fortement motivées, formulées à l'encontre de cette solution. Cette extension de gage est " en droit contestable " et " en équité fâcheuse " ²⁷.

Une créance naît-elle après la dissolution de la communauté, la loi détermine son sort en fonction de son objet. Consiste-t-il en la conservation ou la gestion des biens indivis, ces derniers seront inclus dans le gage du créancier ²⁸. Sinon, la masse indivise échappe au créancier. Il jouit seulement de la faculté de provoquer le partage ²⁹.

La prise en considération du moment de l'engagement s'avère ainsi déterminante et conditionne l'étendue du gage des créanciers. Peut elle asseoir un droit de préférence au profit de certains d'entre eux ?

Les créanciers d'un conjoint participant sont également protégés, lorsque, à la suite de la dissolution du régime de participation aux acquêts, il est procédé à un règlement de la créance de participation en nature. (art. 1576 alinéa 4 du code civil).

²⁶ Civ. 1re, 1er mars 1988, *Bull.civ.* I, n° 53, p. 35 ; *J.C.P.* 1988, éd. N, II, p. 318, obs. ARRAULT et CORNILLE ; *J.C.P.* 1988, éd. G., II, 21158, obs. SIMLER ; *Rép.not.Déf.* 1988, art. 34289, p. 923, obs. CHAMPENOIS ; Civ. 1re, 31 janvier 1989, *Rép.not.Déf.* 1989, art. 34469, p. 352, note MORIN, *D.* 1989, p. 288, même note ; 7 mars 1989, *J.C.P.* 1989, éd. N, II, p. 180, obs. SIMLER ; *J.C.P.* 1989, éd. G., II, 21309, obs. SIMLER ; *Rép.not.Déf.* 1989, art. 34570, n° 79, p. 931, obs. CHAMPENOIS : " vu l'article 1483 alinéa 1er du code civil, attendu qu'il résulte de ce texte que dès la dissolution de la communauté, chacun des époux ne peut être poursuivi que pour moitié des dettes entrées en communauté du chef de son conjoint ... "

²⁷ CORNU, p. 618 et 619. v. également SIMLER, " Le droit de poursuite des créanciers communs pendant la période d'indivision post-communautaire ", *J.C.P.* 1988, éd. N, I, n° 749, p. 617.

²⁸ Article 815-17 alinéa 1 du code civil.

²⁹ Article 815-17 alinéa 3 du code civil. v. Civ. 2e, 17 février 1983, *Bull.Civ.* II, n° 42, p. 29 : " L'interdiction édictée par l'article 815-17 alinéa 2 du code civil à l'encontre des créanciers personnels d'un indivisaire, de saisir la part indivise de leur débiteur, ne restreint pas leur droit de prendre des sûretés sur cette part indivise ". En l'espèce, un créancier sollicitait l'autorisation de prendre une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire sur un immeuble indivis de son débiteur.

b. Le moment de l'engagement, cause de préférence au profit du créancier.

L'article 2093 du Code civil consacre l'égalité de principe entre les créanciers. Il n'envisage que deux causes légitimes de préférence : les privilèges et hypothèques ³⁰.

Le droit des régimes matrimoniaux respecte de manière générale cette neutralité. Dans le régime légal, les créanciers présents ne jouissent d'aucune priorité sur les éléments de leur gage, ni l'un par rapport à l'autre, ni à l'égard des créanciers dont la dette est née pendant la communauté. Ces derniers connaissent une situation identique et, de plus, sont désormais soumis au concours des créanciers personnels sur une fraction des biens communs ³¹.

Il demeure néanmoins, situation exorbitante, une hypothèse où le moment de l'engagement engendrera pour le créancier une situation privilégiée.

Le droit de l'indivision confère aux créanciers dont les droits sont nés avant la dissolution de la communauté non seulement le droit de saisir les biens indivis ³², mais également un droit de préférence sur le prix de ceux-ci : ils sont payés par prélèvement sur l'actif avant le partage ³³. Cette disposition bienveillante leur permettra d'échapper au concours des créanciers personnels, s'ils font preuve de diligence.

Dérogeant manifestement au principe d'unicité temporelle du patrimoine, le droit des régimes matrimoniaux attache une importance extrême au moment de l'engagement dans les régimes communautaires. De celui-ci dépend l'étendue du droit de gage des créanciers et découle parfois un droit de préférence.

Il arrive pourtant que, ponctuellement, le droit spécial rejoigne la théorie générale dans son indifférence à l'égard de la date de naissance de l'obligation.

³⁰ Article 2094 du code civil.

³¹ Les gains et salaires et revenus des biens propres. v. VIRFOLET, " Liberté, égalité, amour ", *J.C.P.* 1986, I, 3232. L'auteur propose que les créanciers personnels ne bénéficient que d'un droit de poursuite subsidiaire sur les gains et salaires.

³² v. SIMLER, obs. sous Civ. 1re, 31 janvier 1989, *J.C.P.* 1989, éd. N, II, p. 182 ; SENECHAL, " Indivision et redressement judiciaire ", *Rép.not.Déf.* 1992, art. 35265, p. 609, spéc. n° 2. La solution était admise avant 1976. v. Aix, 6 juillet 1971, *Rép.not.Déf.* 1972, art. 30074, p. 341, note PONSARD : " tant que le partage n'a pas été fait, les créanciers de la communauté conservent le droit de saisir les biens communs et de les poursuivre pour la totalité de leur créance ".

³³ Article 815-17 alinéa 1 du code civil. v. TERRE et SIMLER, n° 626, p. 548.

B.L'indifférence ponctuellement marquée à l'égard du moment de l'engagement.

On a quelque peine à concevoir que, relativement aux régimes communautaires, le droit puisse parfois négliger les considérations de temps alors que le corps de dispositions réglant les questions d'obligation à la dette est assis sur une conception tripartite tranchée du temps. Il convient de rechercher les illustrations de ce retour aux préceptes communs avant d'en saisir la justification.

a. C'est parfois la scission - période précédant le mariage- période du mariage - qui est remise en cause ; parfois celle opposant la seconde à la période post-communautaire.

En certaines hypothèses, il importe peu que la créance soit née avant que le débiteur n'entre dans les liens du mariage : le tiers jouira d'une protection similaire à celle dont jouissent les créanciers dont la créance est née pendant la communauté.

Parfois, **la nature de l'engagement prime le moment de son éclosion.** Le caractère alimentaire d'une dette doit permettre d'éviter la question de la date de sa naissance. La question est, en doctrine, controversée. Le doute vient notamment du fait que nulle disposition légale n'envisage la question de l'obligation à la dette d'aliments. *Quid*, dès lors, lorsque la dette n'est due que par un seul des époux, ce qui implique³⁴ que celui-ci était engagé au jour de la célébration du mariage ? Doit-elle être régie par les articles 1410 et 1411 C.civ.³⁵, ou par les articles 1413 et 1414³⁶? Les auteurs hésitent à trancher la question de manière définitive. Ils tentent, du moins, d'atténuer sensiblement l'enjeu de sa résolution³⁷.

³⁴ Sauf pension due à un enfant adultérin.

³⁵ Qui règlent le sort des créances antérieures au mariage.

³⁶ Qui règlent le sort des créances nées pendant la communauté.

³⁷ TERRE et SIMLER, n° 406. Pour ces auteurs, il paraît " plus juste de considérer que le fait générateur de l'obligation alimentaire n'est pas, par lui-même, le lien de parenté ou d'alliance (sous réserve de l'hypothèse des subsides), mais plutôt l'état de besoin du créancier. Ainsi les dettes alimentaires qui continuent d'être dues après le mariage peuvent-elles être considérées comme nées pendant sa durée, dès lors qu'à tout moment les aliments ne sont réellement dus que si l'état de besoin subsiste " ; et note 1 : " ne sont alors des dettes antérieures au mariage que les arrérages d'aliments échus et non payés

La généralité des termes employés par l'article 1409 du Code civil doit apporter une contribution décisive au débat. Nulle distinction n'est opérée selon que les aliments sont dûs par les deux époux ou par un seul, ni selon la date de naissance de l'engagement. La dette est, en toute circonstance ³⁸, **commune à titre définitif** ³⁹.

Du caractère commun, au plan contributoire, d'une telle charge, doit découler, par induction ⁴⁰, l'inclusion dans le gage du créancier des biens de la communauté, ce, quelque soit la date de naissance de son droit. Admettre une solution contraire, retenir la qualification de dettes présentes quant à l'obligation, lorsque l'engagement éclôt antérieurement au mariage, emporterait nécessairement application de l'article 1410 C.civ. pour la résolution des questions de contribution.

Les créanciers présents de l'article 1410, qui jouissent par principe d'un droit de gage limité ⁴¹, bénéficient par exception d'une extension de celui-ci à l'ensemble des biens communs ⁴². Le mobilier propre confondu dans le patrimoine commun, la loi " redonne du champ à leur gage " ⁴³. L'antériorité au mariage de leur dette n'est plus un facteur discriminant. Leur protection est semblable à celle qui entoure les tiers dont la créance naît pendant la communauté ⁴⁴.

au moment du mariage. Mais la règle " aliments ne s'arrangent pas " réduit sensiblement la portée pratique de cette précision ". v. cependant, DEKEUWER-DEFOSSEZ, " Familles éclatées, familles reconstituées ", *D.* 1992, Chron. XXVII, p. 133.

³⁸ A l'exception, peut-être, de celle représentant les aliments dûs à l'enfant adultérin.

³⁹ Cette solution est motivée par l'idée selon laquelle le conjoint de l'époux débiteur, en épousant celui ou celle qui avait déjà créé une famille, admet que les finances du ménage soient amputées de ces sommes et accepte, indirectement d'y contribuer sur sa part de communauté . v. également CORNU, p. 374

⁴⁰ Pour un raisonnement identique, par induction, mais sur le fondement de l'article 214 du Code civil, v. MASSIP, note sous Civ. 1re, 7 juin 1989, *D.* 1990, p. 21.

⁴¹ v. *supra*, p. 7

⁴² Meubles et immeubles. CORNU, p. 378 ; PATARIN et MORIN, n° 227 ; TERRE et SIMLER, n° 394 ; *contra*, PONSARD, n° 179, note 47 ; MAZEAUD par DE JUGLART, n° 228.

⁴³ CORNU, *ibid.* Sur la preuve de non confusion du mobilier propre, v. REMY, *Des présomptions légales dans les régimes matrimoniaux*, thèse Poitiers, p. 377 ; SCHROEDER, *op.cit.*, n° 19 ; CORNU, p. 398 ; TERRE et SIMLER, n° 393, PONSARD, n° 179.

⁴⁴ Est-elle supérieure ? Les créanciers présents qui bénéficient de cette protection accrue peuvent-ils saisir les gains et salaires du conjoint de leur débiteur ? La question n'est pas envisagée par la doctrine. Celle-ci, par contre, s'est prononcée sur cette éventualité dans le cadre de l'article 1415 du Code civil, lorsque le conjoint a expressément consenti au cautionnement ou à l'emprunt. Elle est divisée sur ce point. GUERRIERO, " La loi du 23 décembre 1985... " *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, tome XXX, 1985, p. 91, spéc. n° 32 ; SIMLER, " loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 ", éd. Techniques, n° spécial des J.Cl.civ., 1986, n° 73 ; " La mesure de l'indépendance des époux dans la gestion de leurs gains et salaires ", *op.cit.*, n° 34 ; CORNU, p. 388 ; TERRE et SIMLER, n° 423, note 1, p. 377. Il nous semble que, dans le cadre de l'article 1411 alinéa 2 comme de celui de l'article 1415 C.civ., les gains et salaires du conjoint du débiteur doivent échapper aux poursuites du créancier. La formulation restrictive de l'article 1414 C.civ. encourage à l'adoption d'une telle solution.

C'est parfois le régime même choisi par les époux qui annihile ou nuance la distinction opérée entre les périodes antérieures et postérieures à la célébration du mariage.

Optent-ils pour la communauté universelle, celle-ci supportera " définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures " ⁴⁵.

Retiennent-ils la communauté de meubles et acquêts, le passif présent, s'il n'est pas assimilé au passif né pendant la communauté, n'est pourtant pas abandonné au sort commun. La distinction assise sur le moment de l'engagement est ici fortement nuancée. La communauté élargie supporte " une fraction des dettes dont les époux étaient déjà grevés quand ils se sont mariés ", fraction " proportionnelle à la fraction d'actif qu'elle recueille " ⁴⁶. La détermination arithmétique de cette fraction constituera le montant jusqu'à concurrence duquel les créanciers pourront poursuivre leur paiement sur les biens communs ⁴⁷.

Il y a plus. La loi se montre soucieuse de la préservation de son gage par le créancier présent. L'adoption du régime de communauté de meubles et acquêts " ne peut préjudicier aux créanciers " ⁴⁸. Ils conservent l'opportunité de saisir, après le mariage de leur débiteur, les biens qui formaient auparavant leur gage, la fraction préalablement déterminée dut-elle être dépassée ⁴⁹.

En une circonstance, la distinction opérée selon que la dette est née pendant la communauté ou postérieurement à sa dissolution n'est pas efficiente. Les tiers dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis sont assimilés, quant à l'étendue de leur gage, aux créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision ⁵⁰.

⁴⁵ Article 1526 alinéa 2 du code civil. De façon marginale, quelques éléments passifs seront situés en dehors du patrimoine commun. TERRE et SIMLER, n° 454, p. 403.

⁴⁶ Article 1499 al. 1 et 2 C.civ.

⁴⁷ Pour un exemple chiffré, v. CORNU, p. 665 ; RIEG et LOTZ, *Technique des régimes matrimoniaux*, LITEC 1984, n° 286 ; LUCET, " L'avantage matrimonial, retranchement ou révocation (à propos de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 1990), *J.C.P.* 1992, éd. N, I, p. 145, spéc., n° 14.

⁴⁸ Article 1501 du code civil.

⁴⁹ En une hypothèse, c'est à une extension de gage que l'on assiste, en cas de confusion du mobilier propre au patrimoine commun. art. 1501 C.civ. *in fine*.

⁵⁰ Article 815-17 du code civil. Sur l'opportunité de l'extension de la jurisprudence *Frécon* à ces créanciers dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, v. l'analyse critique menée dans le cadre du droit des successions par LEQUETTE, " Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du code civil, *Mélanges WEILL*, 1983, p. 371.

Il est ainsi parfois procédé au dépassement de l'approche tripartite du temps, dans la détermination du droit de gage des créanciers. On doit en saisir la justification.

b. Il est concevable de dégager un principe explicatif commun aux différents cas d'élision des considérations de temps. **Cette dimension semble négligée, sur le plan passif, toutes les fois que, activement, un intérêt commun est poursuivi ou satisfait.**

C'est à l'évidence le cas lorsque l'engagement a pour objet la conservation ou la gestion des biens indivis.

Un même raisonnement peut être adopté dans le cadre des régimes conventionnels de communauté de meubles et acquêts et de communauté universelle : le patrimoine commun s'enrichit de tout ou partie des biens qui resteraient propres sous le régime légal. Il est normal que, corrélativement, il ait à supporter tout ou partie des dettes qui grevaient les époux quand ils se sont mariés.

Le rattachement à ce principe explicatif paraît *a priori* plus difficile à envisager pour asseoir l'exception de confusion du mobilier propre dans le patrimoine commun⁵¹. On est tenté d'alléguer la sanction d'une négligence ou d'une fraude du débiteur⁵². Ce n'est pourtant pas la seule explication plausible. La confusion emporte enrichissement objectif du patrimoine commun par adjonction du mobilier propre. Que la communauté soit constituée en gage des créanciers présents n'est qu'une légitime contrepartie à l'accroissement de ses forces⁵³.

Demeure, isolé, le sort des dettes alimentaires. Il n'est guère envisageable de justifier l'indifférence du droit quant au moment de l'engagement de manière identique. L'accroissement de la charge pesant sur la communauté ne s'accompagne nullement d'un enrichissement corrélatif. **C'est ici le poids des solidarités familiales, l'état de nécessité caractérisant le créancier, qui légitiment cette neutralité bienveillante. Emerge l'idée d'un patrimoine familial affecté à un but qui lui est propre.**

⁵¹ Articles 1411 alinéa 2 et 1501 du code civil.

⁵² PONSARD, n° 179 ; PATARIN et MORIN, n° 227.

⁵³ CORNU, p. 396.

La prise en considération de principe du moment de l'engagement, malgré certaines nuances, dans la détermination du droit de gage du créancier en régime communautaire, constitue une dérogation sensible à la théorie classique de l'indivisibilité du patrimoine. Sourde sous l'ensemble de ces développements l'idée selon laquelle l'on tiendra compte de la date d'éclosion de l'engagement pour des considérations étrangères à l'analyse classique. De même, le retour parfois opéré aux préceptes de cette dernière ne veut pas dire que le droit spécial, à nouveau, embrasse la théorie classique. Cette situation est justifiée par des fins, (poursuite ou satisfaction d'un intérêt commun, affectation des biens de la famille à un intérêt particulier, jugé particulièrement digne de protection) qui nous guident, à l'évidence, sur les rives du patrimoine d'affectation. Ce constat est amplifié par l'analyse du principe d'unicité du patrimoine, dans le droit patrimonial de la famille, dans sa dimension synchronique.

§2. Analyse synchronique

Le patrimoine, " unification d'un divers " ⁵⁴, est indivisible dans l'espace. La théorie classique ne saurait tolérer une quelconque parcellisation, un compartimentage : l'affectation de tels biens à un but spécifique ne pourrait engendrer une scission au sein du patrimoine. La contrariété au principe traditionnel de l'unicité spatiale sourd à l'évidence sous maints mécanismes propres au droit patrimonial de la famille. Le législateur promet, en diverses circonstances, l'idée selon laquelle il peut exister des universalités détachées de manière plus ou moins prononcée de la notion classique de patrimoine ⁵⁵. Il consacre l'autonomie patrimoniale de certaines masses, incluses dans un patrimoine global ⁵⁶. C'est la destination particulière qu'il entend assigner à ces ensembles de biens qui justifie l'isolement de ces derniers.

Ces affectations répondent, pour l'essentiel, à deux finalités distinctes. Elles ont pour objet d'assurer la protection d'un intérêt collectif (A) ou de prendre en considération certains intérêts particuliers (B). ⁵⁷

⁵⁴ SEVE, *op.cit.*, p. 248.

⁵⁵ TERRE, *Introduction générale au droit, op.cit.*, n° 335.

⁵⁶ TERRE, *ibid.*

⁵⁷ La loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement, dite loi Neiertz, opère une scission passive du patrimoine qui heurte le principe d'unicité du patrimoine. v. *infra*, p. Elle ne peut être analysée au sein

A. L'affectation ⁵⁸, *instrument de protection d'un intérêt collectif.*

L'intérêt collectif que l'on entend préserver par la technique de l'affectation est parfois celui de la famille, parfois celui du groupe d'indivisaires.

a.) L'affectation dans l'intérêt de la famille.

La faveur pour la famille, le souhait d'assurer la promotion et la protection de l'intérêt collectif familial a encouragé à l'adoption de la loi du 12 juillet 1909 sur " la constitution d'un bien de famille insaisissable ". La constitution d'un bien de famille, moyennant respect des conditions légalement déterminées, autorise la distraction de celui-ci des biens affectés en garantie des droits du créancier ⁵⁹

Le droit des libéralités offre certains exemples d'affectation à une utilité collective d'ordre familial. Il en est ainsi de la constitution de dot ⁶⁰. Ce sont, pour l'essentiel, le droit des successions et le droit des régimes matrimoniaux qui contribuent à l'analyse féconde de la technique de l'affectation, dans le droit patrimonial de la famille.

1. L'affectation dans l'intérêt de la famille en droit des successions.

L'affectation des biens à la famille justifie l'existence d'un droit de retour légal, caractère anomal d'une succession ⁶¹. Définie comme " portant sur des biens

des développements à venir, car cette scission ne répondait qu'à un souci de cohérence entre divers textes législatifs.

⁵⁸ Sur cette notion, et son importance en droit public, v. rapport de droit public.

⁵⁹ La " toilette " opérée par la loi de 1985, ayant pour fin de gommer toute discrimination dans le statut pécuniaire des époux n'a pas été très minutieuse. L'article 3 de la loi du 12 juillet 1909 continue de disposer que " la conclusion est faite : par le mari sur ses biens personnels, sur ceux de la communauté ou avec le consentement de la femme, sur les biens qui appartiennent à celle-ci et dont il a l'administration ; par la femme, sans l'autorisation du mari ou de justice sur les biens dont l'administration lui a été réservée ... v. également les articles 1676 C.civ. ; L. 451.2 du code rural. Il a fallu attendre la loi n° 92-597 du 1er juillet 1992, relative au code de la propriété intellectuelle pour que disparaisse la référence aux biens réservés faite à l'article 25 alinéa 4 de la loi du 11 mars 1957 (v. art. L. 121.9 du code).

⁶⁰ v. GUINCHARD, *op.cit.*, n° 154.

⁶¹ v. rapport H. NICO, préc.

déterminés dont la loi règle la dévolution ", la succession anormale engendre une universalité distincte de la succession ordinaire ⁶². Le patrimoine du défunt est scindé " en deux universalités de droit " ⁶³.

L'atteinte portée au principe d'unicité du patrimoine est cependant limitée. Le domaine d'épanouissement du droit de retour a été amputé par la loi du 3 janvier 1972 ⁶⁴. La scission ainsi opérée n'est, de plus, pas fortement prononcée. Il ne coexiste pas deux patrimoines hermétiquement clos : l'héritier anormal est indigne, se désiste, la succession anormale disparaît.

La réserve héréditaire représente la fraction de l'hérédité affectée à certains membres de la famille. " Toute succession se divise en deux masses, dès lors que des libéralités ont été consenties en présence d'un réservataire : la réserve...le disponible " ⁶⁵. La préservation de la masse réservée est obtenue par une limitation du droit pour le *de cuius* de disposer de ses biens à titre gratuit.

La scission opérée dans le patrimoine du *de cuius* est nette : deux masses s'y conjuguent dont l'une est affectée à l'intérêt de l'institution familiale. Cette affectation emporte amputation des prérogatives du *de cuius* sur ses biens.

2. L'affectation dans l'intérêt de la famille en droit des régimes matrimoniaux.

L'idée d'affectation familiale des biens des époux sourde dans l'ensemble des régimes matrimoniaux, qu'ils soient de type communautaire ou séparatiste. L'article 214 C.civ., inséré au cœur du régime primaire impératif, impose en effet, quelque soit l'organisation patrimoniale de leurs biens, à chacun des époux de contribuer aux charges du mariage " à proportion de leurs facultés respectives ".

⁶² " Le reprenneur est un successeur à titre universel ; bien que reprenant un bien particulier, il supporte une partie des dettes du *de cuius*, proportionnellement à l'actif qu'il reçoit. " Hélène NICO, rapport en annexe.

⁶³ BEUDANT et LEREBOURS PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, tome 4, 1938, par VOIRIN, n° 30 ; GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, p. 244.

⁶⁴ Le droit de retour de l'ascendant donateur et le droit de retour des frères et sœurs légitimes ont été supprimés par la loi du 3 janvier 1972. Seul demeure le droit de retour dans l'adoption simple (art. 368-1 C.civ.)

⁶⁵ TERRE et LEQUETTE, *op.cit.*, n° 619. Sur ces points, v. Rapport Hélène NICO, préc.

Cette idée s'exprime cependant avec une vigueur accrue dans le régime de communauté ⁶⁶. Ce type de régime agrège trois masses de biens distinctes : deux patrimoines propres et une masse commune. Cette dernière constitue une véritable universalité juridique ⁶⁷. Doit-on la comprendre comme un patrimoine, au sens classique du terme ?

Cette qualification emporterait, en amont, reconnaissance de la personnalité morale de la communauté. Cette thèse bénéficie de la caution d'une doctrine autorisée ⁶⁸. Celle-ci, seule, permettrait de conjuguer harmonieusement principe communautaire et unicité du patrimoine.

Jurisprudence et doctrine majoritaire s'opposent néanmoins à son admission. L'idée selon laquelle la communauté doit être envisagée comme une " masse de biens affectée à l'intérêt de la famille " est souvent retenue ⁶⁹.

Que l'on opte pour l'une ou l'autre de ces acceptions, la notion d'universalité juridique demeure le tronc commun ⁷⁰. De la reconnaissance, dans la communauté, d'un ensemble cohérent, d'un " tout qui n'est pas altéré par les modifications qui se produisent dans le nombre ou l'importance des éléments qui le composent " ⁷¹, découle deux propositions :

⁶⁶ Elle s'épanouissait auparavant également dans le régime dotal.

⁶⁷ TERRE, *op.cit.*, n° 335.

⁶⁸ CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932 ; CORNU, *op.cit.*, p. 295 et s. 402 ; LANGLADE, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1976 ; BLANC, " De l'idée d'association comme fondement du pouvoir des époux communs en biens ", *Rev.trim.dr.civ.* 1988, p. 32. v. également GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, *Economica*, 1986. Bien que plutôt hostile aux tentatives multiples de personnification de l'entreprise comme de la famille, en raison de l'hétérogénéité des intérêts qu'elles agrègent, l'auteur entérine cependant l'analyse du doyen CARBONNIER, et accepte l'idée d'une personnification du ménage : " le ménage paraît donc satisfaire la condition d'homogénéité des intérêts sans laquelle la personnification risque de masquer la réalité des intérêts qu'elle est supposée traduire ". n° 305, p. 204.

Sur cette question, v. le rapport de Véronique BOUTTEAU, " La nature juridique de la communauté ", en annexe.

⁶⁹ PLANIOL et RIPERT, par BOULANGER, tome VIII, p. 317 ; MAZEAUD, tome IV, n° 906.

⁷⁰ Seulement, pour les partisans de la thèse personnificatrice, cette universalité est liée à une personne, pour les autres, c'est son affectation à une destination familiale qui l'engendre.

⁷¹ TERRE, *op.cit.*, n° 333.

- il doit s'épanouir, au sein de cette universalité, **le principe d'une corrélation actif-passif**, avec, en corollaire, l'affectation de tous les éléments d'actif au gage des créanciers communs.

- La **subrogation réelle** doit fonctionner en son sein.

La seconde de ces propositions est respectée.

Quant à la première, elle ne peut être acceptée sans nuance. **Tous les éléments d'actif ne répondent pas toujours de tous les engagements**. L'existence d'une universalité devrait appeler une attitude empreinte d'indifférence relativement à la nature de l'engagement qui l'affecte passivement, à la nature des biens qui la composent activement. La volonté individuelle ne devrait pouvoir affecter la corrélation actif-passif qu'elle impose ⁷². **Le droit des régimes matrimoniaux déroge pourtant, sur ces trois points, aux solutions traditionnelles.**

*** L'indifférence quant à la nature de l'engagement**

Le droit des régimes matrimoniaux se singularise par la conception morcellée du passif qu'il adopte. Il se refuse ainsi à promouvoir une parfaite abstraction quant à la nature de l'obligation, et façonne l'étendue du droit de poursuite à partir de cette donnée.

Sous l'empire de la loi de 1965, cette gestion parcellisée du passif affleurerait dans les régimes séparatistes, mais était plus sensible en régime communautaire ⁷³.

- L'article 1536 du Code civil faisait reposer à titre exclusif sur chacun des époux séparé de biens la charge des dettes leur incombant, **quelqu'en soit la nature**. Il réservait néanmoins expressément les dettes à finalités ménagères ⁷⁴, pour lesquelles il ménageait un sort spécial, concédant au créancier un droit sur les patrimoines des deux époux, solidairement unis ⁷⁵.

⁷² Elle pourrait certes affecter le contenu réel du gage, non son assiette théorique.

⁷³ Les propos à intervenir se focalisent essentiellement sur le régime de communauté légale. Soulignons pourtant que, lorsque les époux optaient pour un régime de communauté en y adjoignant une clause de main commune (art. 1503 C.civ.), une distinction devait nécessairement être opérée, quant à l'obligation à la dette, entre le passif de nature contractuelle et celui de nature extra-contractuel. Pour le premier, à l'opposé du second, une initiative unilatérale d'un conjoint n'emportait pas engagement de la communauté. La solution demeure sous l'empire de la loi de 1985. v. CORNU, p. 680.

⁷⁴ Simple rappel, qui ne s'imposait pas d'une disposition du régime primaire impératif.

⁷⁵ Sur la pérennité de cette solution, v. *infra*, p. 21

- Cette même réserve ⁷⁶, expressément mentionnée à l'article 1413 alinéa 2, affectait l'effort d'abstraction réalisé à l'alinéa premier du même article, qui permettait d'offrir en gage aux créanciers du mari, endetté " **pour quelque cause que ce soit** ", outre ses biens propres, l'ensemble des biens communs ordinaires.

La situation des créanciers de la femme était bien plus hétéroclite.

Le principe, posé à l'article 1415 du Code civil, selon lequel étaient obligés par elle ses biens propres et réservés était encadré formellement (et atténué substantiellement) par une série de dérogations dont certaines reposaient sur la nature de l'engagement souscrit.

Ainsi, outre la réserve des dettes ménagères, l'article 1414 C.civ. isolait l'ensemble du passif extra-contractuel afin d'octroyer aux créanciers un supplément de gage ⁷⁷.

Les dettes contractées dans l'exercice d'une profession séparée étaient aussi extraites du lot commun (art. 1420 C.civ.), mais leur nature professionnelle était impuissante à elle seule, à engendrer un surcroît de gage. Elle devait être conjuguée à un accord ou une ingérence du mari .

L'hétérogénéité régnait ainsi au sein du passif ⁷⁸. Le droit des régimes matrimoniaux, issu de la loi de 1965, n'hésitait pas à réserver un sort particulier, quant à l'obligation, à certaines dettes en considération de leur nature.

L'isolement alors réalisé était toujours accompagné d'une extension du droit de gage des créanciers.

⁷⁶ On peut s'interroger sur l'opportunité d'associer ici aux dettes ménagères les dettes d'aliments. La nature alimentaire d'une dette influait-elle sur l'étendue du droit de gage du créancier ?

Lorsque les aliments étaient dus par les deux époux, c'était le caractère conjoint, (voire solidaire, quand le créancier est un enfant commun) de l'obligation qui justifiait l'engagement des trois masses de biens.

Quand un seul des conjoints était obligé, la question de l'extension du droit des créanciers sur l'ensemble des biens communs (ordinaires et réservés) était discutée. Si l'on admet cette extension, alors la nature de l'engagement n'est pas indifférente (en ce sens, MARTY et RAYNAUD, n° 287, Angers, 5 février 1974, *D.* 1974, p. 585, note MARTIN). Sinon, nulle typicité ne serait attachée, quant à l'obligation, à la nature alimentaire de cette dette.

⁷⁷ Celui-ci embrassait alors l'ensemble des biens communs.

⁷⁸ La nature de l'engagement était également prise en considération dans le cadre de l'indivision post-communautaire, relativement à l'inclusion dans le gage des créanciers des biens indivis. Quand l'engagement a eu pour objet la conservation ou la gestion de biens indivis, les créanciers jouissent d'un droit de poursuite et de vente des biens indivis (art. 815-17 alinéa 1). Cette mesure de faveur, consacrée par la loi du 31 décembre 1976, reprise d'une jurisprudence antérieure (v. Paris, 12 juillet 1969, *Rép.not.Déf.* 1970, art. 29600, p. 658, note HONORAT) est toujours de droit positif.

La loi du 23 décembre 1985 a redéfini en profondeur les termes du débat. Si elle procède toujours à certaines distinctions au sein du passif, pour extraire du régime ordinaire certaines dettes en considération de leur nature, **elle conçoit cette entreprise parfois en faveur du créancier, parfois à son détriment.**

La prise en considération de la nature de l'engagement emporte désormais soit accroissement, soit restriction du droit de gage du créancier.

- Nature de l'engagement et accroissement du droit de gage du créancier.

La loi du 23 décembre 1985 a fait œuvre de simplification ⁷⁹. Celle-ci est notamment obtenue par un rapprochement sensible du droit spécial des préceptes du droit commun, dans les régimes communautaires, où le premier cultivait la différence. Il se hisse maintenant quasiment au niveau d'abstraction de l'article 2092 du Code civil, éludant en principe toute question liée à la nature de l'obligation. L'article 1413 dispose désormais que " le paiement des dettes **dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit**, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs " ⁸⁰.

La " casuistique " ⁸¹ du passif commun de l'épouse disparaît désormais. Les différents cas d'extension du gage de ses créanciers, en raison de la nature de l'engagement, étaient justifiés par des considérations d'équité ⁸² ou de crédit ⁸³.

⁷⁹ Cette simplification est par tous soulignée, et par beaucoup appréciée, v. par ex. CORNU, p. 380 ; TERRE et SIMLER, n° 383, p. 344 ; ZENATI, commentaire de la loi à la *rev.trim.dr.civ.* 1986, p. 199, spéc. p. 204 ; MAYAUX, " La dernière étape, l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux : loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 ", *Le quotidien juridique*, 22 mars 1986, p. 2, n° 22 ; CHAMPENOIS, *Comm. au Rép.not.Déf.* 1986, art. 33789, n° 123, p. 970. Elle était auparavant souhaitée : CHAMPENOIS, " Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté ", *Mélanges FLOUR*, p. 50, spéc., n° 3.

⁸⁰ Cette règle empreinte de généralité n'intéresse ni le passif propre exclusif (v. les art. 1410 et 1411 C.civ.), ni les dettes nées après la dissolution de la communauté. v. CORNU, p. 381. Dans son domaine, elle n'en bouleverse pas moins les données antérieures.

⁸¹ ZENATI, *loc.cit.*

⁸² Pour les créanciers extra-contractuels.

⁸³ Pour les créanciers professionnels. v. HEBRAUD, " La femme mariée et le droit français des régimes matrimoniaux ", *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, 1966, p. 97, spéc. p. 106.

L'extension à l'ensemble de la communauté unifiée du gage des créanciers de chacun des époux rendait inutile le maintien de ce dispositif dérogatoire.

Privé d'utilité ⁸⁴, sa pérennité était de toute manière inconciliable avec le principe d'égalité absolue promue par la loi récente.

On peut, de plus, alléguer avec certitude que la nature alimentaire d'une dette n'isole plus celle-ci du régime commun des dettes de l'article 1414 du Code civil ⁸⁵.

L'équivoque, qui pouvait régner préalablement à la réforme de 1985, sur l'accroissement du gage du créancier alimentaire, lorsque seul un des époux était débiteur, est aujourd'hui levée : la disparition de la catégorie des biens réservés et, en corollaire, l'unité retrouvée de la masse commune noie désormais sans discussion possible, au plan de l'obligation, la dette alimentaire dans la masse des dettes innomées ⁸⁶.

Ce retour au régime commun des dettes alimentaires ⁸⁷ et des dettes extra-contractuelles et professionnelles de la femme affecte sérieusement la typicité du droit spécial.

L'indifférence récemment affichée à l'égard de la nature de l'engagement n'apparaît cependant pas totale. Il demeure sous tous les régimes un type de dette dont la loi procède à l'isolement en raison de sa nature ⁸⁸.

Fruit d'une longue évolution, cristallisée par la loi du 13 juillet 1965, l'article 220 alinéa 1 du Code civil octroi un supplément de gage aux créanciers lorsque l'un des conjoints accomplit seul des actes qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants.

⁸⁴ Certes, le nouvel aménagement ampute en partie le gage des créanciers qui bénéficiaient, jadis, compte tenu de la nature de l'engagement de la femme, de la bienveillance de la loi.

Les créanciers extra-contractuels jouissaient d'un droit de gage sur l'intégralité de la communauté. Désormais, ce droit sera dépouillé des gains et salaires du conjoint.

Les créanciers professionnels disposaient en outre, lorsque les conditions de l'article 1420 du code civil étaient remplies, de la faculté de saisir les biens propres du mari.

L'indépendance, promue au rang de principe directeur dans les relations pécuniaires des époux, s'opposait à la pérennité de ces solutions, comme, ce qui aurait été concevable si seule l'égalité avait été recherchée, à la bilatéralisation de ces règles.

⁸⁵ *contra* VIRFOLET, " Liberté, égalité, amour ", *J.C.P.* 1986, I, 3232.

⁸⁶ TERRE et SIMLER, n° 401, p. 359 ; CORNU, p. 374 ; SIMLER, " La mesure de l'indépendance des époux dans la gestion de leurs gains et salaires ", *J.C.P.* 1989, I, 3398, spéc. n° 33.

⁸⁷ S'en étaient-elles écartées ?

⁸⁸ Isolement emportant accroissement du gage du créancier.

Ultime disposition discriminante jouant **en faveur** du créancier⁸⁹, elle ménage une faculté d'action individuelle⁹⁰ et y associe, situation exorbitante, un principe d'engagement solidaire des deux conjoints. Cette disposition expresse de solidarité emporte inclusion de l'ensemble des biens du ménage dans le gage des créanciers⁹¹.

On conçoit aisément que cette bienveillance à l'égard des créanciers ait été perçue comme la manifestation du souci animant le législateur de conférer un crédit suffisant au conjoint agissant à des fins domestiques⁹². Nul autre domaine n'exige de manière plus pressante que l'ensemble des biens soient " mis au service du crédit des époux " ⁹³. La destination familiale⁹⁴, l'utilité voire la nécessité de tels engagement légitiment l'ampleur du gage reconnu au contractant.

- Nature de l'engagement et restriction du droit de gage du créancier

L'article 1415 du Code civil procède, au sein des engagements de nature contractuelle, à l'isolement du cautionnement et de l'emprunt afin de restreindre, sous les régimes communautaires, le gage du bénéficiaire et du prêteur. " Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contracté avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ".

Dérogeant à l'article 1413 du Code civil, l'article 1415 ampute le gage des créanciers de l'ensemble des composantes de la communauté, à l'exception⁹⁵ des

⁸⁹ Si l'on excepte, bien sur, la situation des créanciers de l'indivision post-communautaire, envisagée *supra*, n° , qui, compte tenu de la nature de l'engagement de leur débiteur, continue de jouir d'un droit de gage étendu.

⁹⁰ Chacun des époux a pouvoir pour passer seul ...

⁹¹ Le principe de solidarité passive implique que le créancier " peut réclamer la totalité des dettes à l'un quelconque des codébiteurs ". v. WEILL et TERRE, *Les obligations*, n° 934, p. 927. Il garantit le créancier par l'adjonction d'un droit de gage général à celui qu'il détenait initialement.

⁹² v. par ex. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif*, n° 212, p. 116.

⁹³ RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, tome 1, Louvain, 1971, n° 266, p. 186.

⁹⁴ HEBRAUD, " La femme mariée et le droit français des régimes matrimoniaux ", *op.cit.*, p. 107.

⁹⁵ Il s'agit bien d'une exception. La nature commune des revenus des propres, *a fortiori* des gains et salaires n'est plus contestée. v. Civ. 1re, 31 mars 1992, *Rép.not.Déf.* 1992, art. 35348, p. 1121, note CHAMPENOIS : " Attendu que la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces

revenus du conjoint ayant pris l'initiative unilatérale de se porter caution ou de souscrire un emprunt ⁹⁶.

Bien que l'obligation ait éclôt pendant le mariage, le créancier ne jouit pas d'une situation plus privilégiée que celle des créanciers présents de l'article 1411 du Code civil.

Une amputation si prononcée du gage des créanciers, assise sur la nature de l'engagement souscrit par le conjoint doit reposer sur une justification pertinente. Celle-ci est unanimement décelée dans la dangerosité caractérisant tant le cautionnement que l'emprunt ⁹⁷. L'engagement parfois insidieux (pour le cautionnement), toujours différé, fait redouter que le patrimoine familial ne soit cruellement affecté, sans que celui qui est à l'origine de cette atteinte n'ait eu conscience de la gravité de son acte ⁹⁸.

* L'indifférence quant à la nature des biens composant l'actif de l'universalité.

biens." Pour le professeur CHAMPENOIS, dans le commentaire qu'il a consacré à cette décision, la Cour, malgré l'expression employée, (fruits et revenus des biens propres affectés à la communauté) a nécessairement reconnu leur caractère commun *ab initio*. v. déjà, CHAMPENOIS, *Comm. préc.*, n° 118, note 8 ; TERRE et SIMLER, n° 391, p. 350 ; *contra*, REVEL, " Les revenus des époux communs en biens et les tiers : mariage ou célibat ? ", *D.* 1987, chron. XXV, p. 131 : " La discussion relative à la nature propre ou commune des revenus des biens propres n'est pas épuisée..."
Sur la question, v. Carlo BRUSA, Rapport sur les gains et salaires, en annexe.

⁹⁶ La jurisprudence a déjà eu l'occasion de faire application de ce texte. Elle n'a, à cette occasion, fait que rappeler des vérités élémentaires : v. T.G.I Perpignan, 14 sept. 1990, *D.* 1992, p. 159, obs. PREVAULT. En l'espèce, deux conjoints ont fait opposition au commandement aux fins de saisie dont l'objet était un immeuble faisant partie de la communauté, et alors que seul le mari s'était porté caution solidaire des engagements de la société dont il était le gérant. Le tribunal accueille, bien entendu, cette prétention : " ces dispositions - l'article 1415 - réduisent l'assiette du droit de poursuite du bénéficiaire de la caution aux propres de l'autre époux et à ses revenus et lui interdisent la saisie d'un immeuble dépendant de la communauté ; il s'ensuit que c'est à bon droit que les demandeurs prétendent à la nullité du commandement ... et à sa radiation ".

T.G.I. Paris, 17 mai 1990, *J.C.P.* 6 décembre 1991, éd. N, *La semaine en bref...* Le tribunal se doit de rappeler qu'en l'absence de la preuve du consentement du conjoint, il doit être donné mainlevée des inscriptions provisoires d'hypothèque judiciaire prises par les créanciers sur des immeubles communs. *Civ. Ire*, 2 juillet 1991, *Rép.not.Déf.* 1991, art. 35151, n° 125, p. 1326, obs. CHAMPENOIS ; *J.C.P.* 1992, éd. G. I, 3567, n° 10, obs. SIMLER ; *J.C.P.* éd. N, 1992, II, p. 102, note LE GUIDEC, p. 208, obs. SIMLER. Un époux se porte seul caution de la société qu'il gère. La société bénéficiaire obtient l'autorisation d'inscrire une hypothèque provisoire sur un immeuble commun et assigne la caution en paiement d'une somme de 300 000 francs ainsi qu'en conversion de l'hypothèque provisoire en hypothèque définitive. La Cour d'appel accueille la société en ses prétentions, au motif étonnant que " les dispositions de l'article 1415 du code civil concernent les rapports entre les époux et n'interdisent pas aux créanciers de chacun d'eux, dont la dette est née pendant la communauté, d'en poursuivre le paiement sur les biens communs conformément à l'article 1413 du même code ". La censure s'imposait.

⁹⁷ CHAMPENOIS, *op.cit.*, n° 137 ; VIRFOLET, *loc.cit.* ; CORNU, p. 385 et 395 ; TERRE et SIMLER, n° 419 et 422.

⁹⁸ A quoi il convient de rajouter les aléas économiques et sociaux qui risquent d'affecter les capacités contributives du débiteur. L'amputation du gage des créanciers, dans l'article 1415 du code civil, est une technique originale de gestion de l'imprévision.

Nulle distinction ne devrait être opérée, au sein de l'universalité, entre les différents biens qu'elle agrège. L'article 2092, exprimant ce principe, oblige le débiteur à remplir ses engagements sur tous ses biens, meubles et immeubles, présents et à venir ⁹⁹.

La loi spéciale semble se conformer à cette directive. L'article 1413 du Code civil dispose en effet que " le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur **les biens communs** ¹⁰⁰. Mais elle y déroge ultérieurement, isolant les gains et salaires de chacun des époux du gage des créanciers pour les créances nées du chef de son conjoint ¹⁰¹ (art. 1414 C.civ.)

Cette disposition conforte l'idée de l'insertion des gains et salaires dans la communauté ¹⁰², mais elle emporte distinction au sein de l'universalité, selon la nature des biens qui la compose, et atténuation du principe de corrélation actif-passif.

Cet isolement des gains et salaires est la marque du progrès de l'individualisme, de l'indépendance des époux relativement aux fruits de leur travail, exigence impérieuse du législateur contemporain ¹⁰³.

*** L'influence des comportements dans la détermination de l'assiette théorique du gage.**

La volonté, ou de manière plus générale le comportement des époux, est susceptible de modeler l'étendue du gage des créanciers de la communauté. Elle n'est certes pas en toute circonstance efficiente. Ainsi, la stipulation conventionnelle d'une

⁹⁹ L'usage, dans cette disposition, de l'adjectif possessif "ses" atteste que le raisonnement est ici entrepris en terme de propriété. Une même analyse ne peut être retenue lorsque l'on envisage l'universalité que constitue la communauté. La propriété n'est pas la clef de la détermination du droit de poursuite des créanciers. Il convient de raisonner en terme de pouvoir. La distinction est d'importance, car, " en matière de régimes matrimoniaux, le pouvoir n'a jamais été, et n'est toujours pas, nécessairement lié à la propriété ". v. BARRET, *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui*, thèse Paris, n° 208, p. 369. Sur cette question, v. CARLO BRUSA, rapport préc., en annexe.

¹⁰⁰ v. Carlo BRUSA, rapport préc., p. 10.

¹⁰¹ Exception faite des obligations contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. v. *supra*, p.

¹⁰² v. Carlo BRUSA, *op.cit.*, p. 8.

¹⁰³ Carlo BRUSA, *op.cit.*

clause de préciput n'emporte pas extraction des effets qui y sont compris du gage des créanciers de la communauté ¹⁰⁴. De même, l'accord entre époux, suppléant *a posteriori* le défaut d'accomplissement des formalités d'emploi et de remploi ¹⁰⁵ ne produit effet qu'entre les conjoints ¹⁰⁶. Il est impuissant à contrarier l'action des créanciers ¹⁰⁷.

En d'autres hypothèses, le comportement de l'un ou l'autre des conjoints influera sur la détermination de l'assiette théorique du gage des créanciers.

- Influence du comportement du conjoint débiteur.

Ce comportement est susceptible de faire supporter à l'universalité des engagements qui n'en faisaient pas *a priori* partie. Le droit des régimes matrimoniaux tolère mal la négligence. Le conjoint qui a omis d'instiller un minimum de clarté dans sa situation patrimoniale, au jour du mariage, autorise à ses créanciers présents, l'accès aux biens communs ¹⁰⁸. Sa négligence emporte accroissement du gage de ses créanciers dont la créance était née antérieurement au mariage.

Parfois, son comportement soulagera la communauté d'une fraction de passif qu'elle aurait du supporter. Le conjoint commun en biens qui fait preuve d'un comportement entaché de fraude, à la condition qu'à celui-ci soit couplée la mauvaise foi du créancier, ne peut contraindre la communauté à répondre de ses engagements ¹⁰⁹.

- Influence du comportement du conjoint du débiteur.

¹⁰⁴ Article 1519 du code civil.

¹⁰⁵ Article 1434 *in fine* du code civil.

¹⁰⁶ Le remploi *a posteriori* est, depuis l'abandon de la jurisprudence admettant la possibilité d'un remploi implicite, la seule technique qui permette " que le bien revienne finalement au patrimoine propre de l'époux qui a financé son acquisition ". GRIMALDI, obs. sous Civ. 1re, 5 mars 1991, *D.* 1992, somm. comm., p. 222 ; *D.* 1991, p. 565, note LE GUIDEDEC ; *Rép.not.Déf.* 1992, art. 35220, n° 39, p. 400, obs. CHAMPENOIS ; *J.C.P.* 1991, éd. N, II, p. 335 ; v. déjà, Civ. 1re, 4 novembre 1975, *Gaz.Pal.* 1976, 1, p. 446, note LE GUIDEDEC ; Civ. 1re, 5 février 1985, *Bull.Civ.* I, n° 54 ; *Rép.not.Déf.* 1985, art. 33560, obs. CHAMPENOIS.

¹⁰⁷ CORNU, p. 479.

¹⁰⁸ Article 1411 alinéa 2 du code civil, v. déjà *supra*, p.2

¹⁰⁹ Article 1413, *in fine* du code civil.

Les articles 1419 et 1420 du Code civil réservaient, sous l'empire de la loi de 1965, une place importante au comportement du mari, dans la détermination du droit de gage des créanciers de sa femme.

Le premier envisageait l'hypothèse générique d'un engagement contractuel de l'épouse. Le consentement marital à l'engagement emportait extension du gage des créanciers à l'ensemble des biens communs (et aux propres du mari).

Le second visait le cas spécifique des engagements professionnels de la femme. L'accord ponctuel donné par le mari à l'acte passé par son épouse, comme l'accord "cadre", donné à l'exercice d'un commerce par elle, au moyen d'une déclaration mentionnée au registre du commerce, permettait l'octroi d'un gage de même ampleur aux créanciers professionnels de la femme.

Aujourd'hui, c'est essentiellement l'article 1415 C.civ. qui retient l'attention.

La disposition susvisée envisage l'hypothèse où le conjoint, par son consentement, ne s'engage pas personnellement mais autorise l'emprunteur ou celui qui se porte caution à engager la communauté. Sa manifestation de volonté dégénère ici en un simple "consentement - permission" ¹¹⁰.

Le consentement du conjoint du débiteur influe sur la détermination de l'assiette théorique du gage du créancier, emportant extension de celle-ci ¹¹¹.

La communauté est difficilement réductible aux thèses traditionnellement soutenues sur le patrimoine. **Elle déroge en maintes circonstances aux conséquences inhérentes à sa nature d'universalité.** C'est qu'en la matière, la loi est pragmatique. Elle tend à ménager et concilier harmonieusement des impératifs aussi contradictoires que la préservation du patrimoine familial, le crédit du ménage, l'indépendance des époux, la protection des créanciers, dans un rapport susceptible d'évoluer au gré des aspirations du moment. La complexité de sa tâche ne pouvait s'accommoder de théories inflexibles. Le droit des régimes matrimoniaux est assis sur une législation réaliste.

¹¹⁰ GRIMALDI, Comm. préc., n° 55. Cette hypothèse, expressément envisagée, n'est pas exclusive d'un engagement personnel de sa part. v. CHAMPENOIS, *op.cit.*, n° 140. Il est d'ailleurs à craindre que ce dernier soit très généralement requis.

¹¹¹ Au consentement du conjoint du débiteur est toujours attachée l'idée d'un bénéfice pour le créancier. Il demeure néanmoins une situation atypique, dans laquelle ce consentement joue au détriment du créancier : celle envisagée à l'article 1573 du code civil. Le consentement du conjoint déroge au principe de la réinsertion fictive, dans le patrimoine final, des biens dont son époux a disposé par donation entre vifs. Il est vrai qu'en cette hypothèse le créancier est le conjoint consentant lui-même...

b.) L'affectation dans l'intérêt collectif du groupe d'indivisaires.

L'indivision présente " un aspect collectif très marqué, puisque plusieurs personnes vont exercer un droit identique sur les mêmes biens, sans que leurs parts soient divisées ; les biens qui font partie de l'indivision sont affectés à la satisfaction de l'intérêt collectif du groupe d'indivisaires " ¹¹². Cette affectation collective a cependant longtemps été masquée par l'affectation individuelle des biens indivis qui lui coexistait. C'est celle-ci qui prédominait en droit français, suivant en cela une longue tradition qui vient du droit romain. **L'individuel simplement tempéré par le collectif**, aucune autonomie patrimoniale ne pouvait être reconnue à l'indivision.

Les idées ont évoluées, et l'on peut désormais légitimement s'interroger sur le point de savoir si, sous l'influence conjuguée de la jurisprudence et de la loi, **ce n'est pas désormais le collectif qui serait simplement tempéré par l'individuel**. La question de l'autonomie patrimoniale de l'indivision se pose alors avec acuité ¹¹³.

Bien avant la réforme de 1976, la jurisprudence, répondant à des nécessités pratiques que ne satisfaisaient pas un arsenal législatif, révélateur d'une hostilité à l'encontre de la propriété collective, avait œuvré en ce sens.

Par la règle *Fructus augent hereditatem* ¹¹⁴, une certaine autonomie sur le plan actif fut affirmée, ce contrairement aux conséquences que dût engendrer l'effet déclaratif du partage. Une même cohérence active était obtenue grâce au mécanisme de la subrogation réelle.

Sur le plan passif, l'autonomie ne découlait pas de l'application du droit commun de l'indivision mais pouvait résulter de la source de cette indivision. Dans l'indivision post-successorale, les créanciers du défunt bénéficiaient, depuis l'arrêt FRECON, d'un gage indivisible sur les biens de l'hérédité. Le sort réservé par la Jurisprudence aux créanciers de l'indivision elle-même était discuté.

¹¹² GUINCHARD, *op.cit.*, n° 166.

¹¹³ Sur la question de l'indivision, v. le rapport de Dominique FENOUILLET, en annexe.

¹¹⁴ Civ. 11 mars 1891, *D.P.* 1891 ; 23 mai 1905, *D.P.* 1906. 369.

Enfin, une certaine autonomie fut acquise quant à la gestion, par le recours aux techniques éprouvées du mandat apparent, tacite ou de la gestion d'affaires, et surtout par l'admission d'une intervention judiciaire aux fins de résolution des conflits d'importance, notamment par la nomination d'un administrateur provisoire.

La loi de 1976 n'a fait que renforcer cette autonomie, en puisant son inspiration dans les solutions jurisprudentielles antérieures ainsi que dans le modèle législatif que constituait la loi du 13 juillet 1965. Alors même que l'indivision n'est pas revêtue de la personnalité morale, elle se voit conférer une certaine autonomie, tant sur le plan passif, qu'actif et de sa gestion. La loi conforte cette assertion quand elle use de formules telles " pour le compte de l'indivision " (art. 815-8 c.civ.)

La Jurisprudence s'est montrée plutôt disposée à accentuer ce phénomène.

Elle n'a certes pas contribué au renforcement de l'autonomie sur le plan de l'actif. ¹¹⁵

Par contre, en étendant la liquidation des biens déclarée à l'encontre de l'indivisaire exploitant d'un fonds de commerce à son co-indivisaire, au motif que l'exploitant tenait ses pouvoirs de l'autre indivisaire, que l'exploitation avait été poursuivie pour le compte de l'indivision et qu'aucune inscription au registre du commerce relative à la mort de l'exploitant n'était intervenue, la Cour semble avoir procédé à une personnalisation de l'indivision en l'atteignant à travers ses deux membres. ¹¹⁶

De même, la Première chambre civile, par une décision en date du 24 mai 1989 ¹¹⁷ a-t-elle opéré une répartition des frais et des charges, à l'instar de la répartition des pertes (art. 815-10) proportionnellement aux droits détenus de l'indivision. Il est tentant d'opérer le rapprochement avec ce qui est éprouvé en droit des sociétés.

Le 20 novembre 1990 ¹¹⁸ la même chambre est allée jusqu'à décider qu'un **créancier hypothécaire était habilité à poursuivre les biens indivis, fut-il créancier de l'un seulement des indivisaires, dès lors que tous les indivisaires avaient consentis à la constitution de l'hypothèque.**

¹¹⁵ Au contraire, en reconnaissant au mari gestionnaire des biens indivis après dissolution de la communauté le droit de conserver la plus value résultant de ses activités professionnelles, sur le fondement de l'article 815-3, et en refusant de considérer la plus value comme un fruit, la cour restreint le domaine de la règle *Fructus augent...*, contrairement à la volonté expresse du législateur. Civ. 1re, 25 mai 1987, D. 1988.28.

¹¹⁶ Com. 18 mars 1986, D. 1987.143.

¹¹⁷ Bull.Civ. I, n° 213 ; D. 1989, I.R., p. 191.

¹¹⁸ Rép.not.Déf. 1991, art. 35107, note SAVATIER ; Rev.trim.dr.civ. 1992, p. 147, obs. ZENATI.

Quant à la gestion de l'indivision, la Jurisprudence semble disposée à **limiter les prérogatives individuelles en considération des intérêts communs mis en avant par la loi**. Elle fait preuve d'une certaine faveur à l'idée de l'autonomie de cette masse en employant le terme " d'intérêt commun de l'indivision " ¹¹⁹.

Cette autonomie reconnue, atteinte directe au principe d'unicité, est cependant limitée. La Jurisprudence définit l'intérêt commun comme étant " l'intérêt de tous les indivisaires es - qualité, nonobstant toute circonstance étrangère à l'indivision ¹²⁰. L'intérêt commun reste donc l'intérêt des personnes qui composent le groupe.

B. Affectation et prise en considération d'intérêts particuliers

En certaines hypothèses, la scission opérée au sein d'un patrimoine l'est en considération d'intérêts particuliers. L'affectation est destinée à servir ceux-ci. Le droit des successions comme le droit des régimes matrimoniaux assoient cette assertion.

a.) affectation et prise en considération d'intérêts particuliers dans le droit des successions.

L'acception bénéficiaire entraîne cette conséquence que l'héritier se trouve être titulaire de deux patrimoines ¹²¹. Cette scission est engendrée par un acte volontaire, permis par la loi. Elle était initialement conçue aux fins de protection du successeur, les créanciers héréditaires ne pouvant saisir les biens propres de l'héritier. Mais elle n'était pas suffisamment prononcée pour interdire aux créanciers personnels de saisir les biens héréditaires.

¹¹⁹ Elle est surtout indulgente dans l'application de ces textes, pourtant conçu comme des exceptions. Ainsi la rentabilité d'un bien indivis est de l'intérêt commun - Civ. 1re, 13 novembre 1984, *Bull.* n° 301.

¹²⁰ Civ. 13 nov. 1984, préc.

¹²¹ v. rapport Hélène NICO, annexe.

Une jurisprudence séculaire oppose désormais la séparation à ces derniers ¹²². Le projet de loi relatif aux successions entérine cette solution ¹²³.

Objectivement, la situation née du bénéfice d'inventaire se caractérise ainsi par une affectation spéciale de l'hérédité au désintéressement des créanciers du défunt, et du patrimoine personnel de l'héritier au profit de ses créanciers.

L'article 878 C.civ. autorise les créanciers successoraux à demander la séparation des patrimoines. Cette opportunité, qui leur est accordée par la loi, les prémunie contre une confusion des patrimoines susceptible de leur préjudicier, en cas d'insolvabilité du successeur. " Les créanciers personnels perdent le droit de concourir avec les créanciers héréditaires sur les biens du défunt " ¹²⁴.

La séparation des patrimoines ainsi réalisée est cependant plus apparente que réelle. Les créanciers héréditaires acquièrent le droit de concourir sur les biens personnels de l'héritier. L'article 878 C.civ. confère simplement un privilège aux créanciers héréditaires ¹²⁵.

L'analyse du projet de loi relatif aux successions emporte le constat d'un glissement vers l'idée de succession aux biens.

Les promoteurs de la réforme se sont assignés, entre autres fins, de " modérer les conséquences de l'obligation indéfinie au passif successoral " ¹²⁶. Ils estiment légitime le souci de protection de l'héritier en certaines circonstances.

Cette ambition impliquait la remise en cause du principe traditionnel de l'obligation *ultra vires*, conséquence naturelle de l'idée de continuation de la personne du défunt, seule en harmonie avec le principe d'unicité du patrimoine ¹²⁷.

¹²² Sur ces questions, v. rapport Hélène NICO, préc.

¹²³ Le projet prévoit un article 793-1 ainsi rédigé : " lorsque la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers successoraux bénéficient du privilège de séparation des patrimoines. "

¹²⁴ TERRE et LEQUETTE, *op.cit.*, n° 766.

¹²⁵ TERRE et LEQUETTE, *ibid.* v. Hélène NICO, rapport préc.

¹²⁶ v. Exposé des motifs.

¹²⁷ v. la rédaction que souhaite donner le projet à l'article 787 C.civ. : " l'héritier acceptant pur et simple... n'est tenu des legs particuliers qu'à concurrence des forces de la succession. " - " il peut demander à être déchargé, en tout ou partie, de son obligation à une dette qu'il avait de justes raisons d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son propre patrimoine..."

b.) Affectation et prise en considération d'intérêts particuliers dans le droit des régimes matrimoniaux.

Régime mixte, la participation aux acquêts offre aux époux d'être séparés de biens, mais associés aux bénéfices.

Chaque conjoint a vocation à l'enrichissement de l'autre, aux acquêts réalisés par l'autre. Ceux-ci sont représentés par l'accroissement du patrimoine final d'un époux par rapport à son patrimoine originaire. La perspective d'une participation imposait une conservation des intérêts de chacun des époux. Celle-ci consiste en la limitation des pouvoirs de disposition des époux. Les " limitations indirectes " ¹²⁸ au pouvoir de disposition des époux, instillées par l'article 1573, n'affectent plus désormais que les acquêts. Elles ne se justifiaient pas pour les biens originaires, ne donnant pas lieu à participation, et qui doivent être gérés en toute indépendance par les époux. **La réforme de 1985 a ainsi accentué la scission opérée au sein du patrimoine de chaque époux entre les acquêts, soumis à un régime spécifique du fait de la vocation de l'autre conjoint à la participation et les biens originaires.**

L'affectation des biens acquêts à la participation du conjoint les isole au sein du patrimoine de chaque époux ¹²⁹.

Le principe d'unicité du patrimoine, contrarié dans ses dimensions temporelles et spatiales, sort affecté de son étude au sein du droit patrimonial de la famille. **Mais contrarier ne veut pas dire anihiler. L'ensemble des exceptions dégagées dans cette partie, atteignent-elle l'unicité du patrimoine dans sa vocation à être érigée en principe ? Les enseignements retirés du droit spécial ne peuvent-ils contribuer à enrichir la théorie générale du patrimoine ?**

¹²⁸ l'expression est de RIEG, " La participation aux acquêts en Allemagne et en France : deux visages d'une même institution ", *Mélanges MARTY*, p. 921, spéc. p. 923.

¹²⁹ L'article 1577 C.civ. procède également à l'isolement du patrimoine originaire au stade de l'exécution. Il ne permet l'exercice de l'action paulienne par le conjoint créancier qu'à l'égard des biens mentionnés à l'article 1573, c'est à dire, ceux ne figurant pas dans le patrimoine originaire.

II- LA RECEPTION PAR LA THEORIE CLASSIQUE DU PATRIMOINE DES SOLUTIONS DU DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE : L'UNICITE PRESERVEE.

Le droit patrimonial de la famille cultive en maintes circonstances la dérogation. Les atteintes à l'unicité du patrimoine sont quantitativement importantes et qualitativement souvent prononcées. Convient-il, par extrapolation, d'en conclure au dépérissement de la théorie classique ? Nous ne le pensons pas. Pour nous, la pertinence (§2) de l'idée de l'unicité du patrimoine asseoit la permanence (§1) de sa vocation à être érigée en principe.

§1. La permanence du principe d'unicité du patrimoine.

Le principe d'unicité du patrimoine perdure dans un domaine, le droit patrimonial de la famille, qui lui est pourtant souvent rebelle. Mais, quand ce dernier promeut l'idée d'affectation, c'est **toujours à titre d'exception**. L'unicité reste la référence, à laquelle le législateur peut déroger. Elle reste la clef d'interprétation des dispositions du droit patrimonial spécial. Cette idée imprègne les textes (A) comme les esprits (B).

A. Dans les textes.

- L'émergence de l'idée d'affectation dans le droit des successions ne doit pas masquer l'attachement de notre droit au principe d'unité de la succession.

Quasiment en tête du chapitre III (des divers ordres de succession) du titre Ier du livre III, au sein des dispositions générales, la loi pose en principe qu'elle ne considérera ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession.

Le principe de continuation de la personne du défunt par l'héritier, emportant confusion de leur patrimoine, se voit même expressément conforté par le projet de loi relatif aux successions. L'article 787, dans la rédaction que lui impose le projet, dispose : " l'héritier acceptant pur et simple, répond indéfiniment des dettes de la

succession ". Le principe est posé en des termes généraux. Ce n'est qu'ultérieurement que le même article en envisage des exceptions particulières ¹³⁰.

Le projet conforte même l'unicité en la réinsufflant au sein d'une de ses exceptions, l'acceptation bénéficiaire. Alors qu'aujourd'hui, l'héritier, tenu *cum viribus*, doit vendre les biens de la succession pour en régler le passif, le projet, s'inspirant de la technique du bénéfice d'émolument, prévoit qu'il peut conserver les biens de la succession à condition de régler le passif avec ses biens personnels. L'acceptant bénéficiaire serait tenu *pro viribus* ¹³¹.

- La situation est plus délicate dans le droit des régimes matrimoniaux. La matière ne se laisse pas aisément théoriser, et si l'unicité du patrimoine est contrariée par l'affectation à l'intérêt de la famille de la masse commune, celle-ci ne conforte pas non plus les thèses opposées, en dérogeant aux conséquences attachées à l'idée d'universalité.

B. Dans les esprits

Le principe d'unicité du patrimoine imprègne toujours les esprits.

Dans l'ordre législatif, les promoteurs de la réforme des successions ont tenus à réaffirmer, dans l'exposé des motifs, leur attachement à l'unicité du patrimoine, notamment à l'une de ses applications : la continuation de la personne du défunt ¹³².

La loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles a donné l'occasion aux magistrats de réaffirmer leur attachement au principe de l'unicité du patrimoine. Celui-ci est impliqué dans la notion même de surendettement. L'article 1er de la loi opère une distinction entre les dettes professionnelles et les dettes non professionnelles.

La jurisprudence se montre parfois hostile à l'idée d'une scission passive des patrimoines. Certains magistrats procèdent, certes, à la distinction légale, mais appliquent ensuite, au soutien de leur décision, l'adage *major pars trahit*. D'autres se refusent à

¹³⁰ Les legs particuliers sont-ils, d'ailleurs, une composante du passif successoral ?

¹³¹ v. le rapport d'Hélène NICO, en annexe.

¹³² " Le projet conserve ce dispositif fondamental qui a l'avantage d'être simple et qui est profondément ancré dans nos mœurs ". v. rapport Hélène NICO, préc.

distinguer et procèdent à une appréciation d'ensemble du passif du débiteur, en se référant parfois expressément à la théorie d' Aubry et Rau ¹³³.

L'attachement au principe est aussi perceptible en doctrine. Il se manifeste de deux manières distinctes : parfois, la crainte de se confronter au principe conduit les juristes, consciemment ou inconsciemment à l'éviter, à éviter le débat, et déplacer celui-ci sur un autre terrain. Parfois, ils vont expressément se référer à la théorie ¹³⁴ et en user comme clef d'interprétation des dispositions du droit patrimonial de la famille.

a - La première attitude est perceptible relativement à la question controversée du domaine de la vente entre époux ¹³⁵. Peut-on vendre un bien commun pour en faire un propre ou vice et versa ? La solution dépend de la résolution d'une question liminaire : entre qui et qui la vente sera-t-elle conclue ? La question de la nature juridique de la communauté est ici naturellement sous-jacente. La vente implique le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre.

Or les auteurs, qu'ils défendent la licéité de cette vente ou au contraire qu'ils en dénoncent l'illéceité éludent cette question. Les premiers estiment la discussion inutile, puisqu'il suffirait de prendre en considération le pouvoir d'engagement des biens communs ¹³⁶. Les seconds usent essentiellement voire exclusivement de l'argument tiré du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales pour asseoir la prohibition ¹³⁷.

Une nouvelle manifestation de cette élision du débat peut être recherchée dans les travaux consacrés à la protection du logement familial. Celle-ci est limitée. L'article 215 al. 3 c.civ. n'embrasse que les actes de disposition " directs ". L'exclusion du logement du gage des créanciers n'est pas opérée ¹³⁸. Cette limite à la protection est unanimement

¹³³ T.I. Paris, 18 décembre 1990, *Gaz.Pal.* 1-2 avril 1992, p. 15. Sur les critiques que doit susciter cette attitude, v. *infra*, §2.

¹³⁴ Que certains n'hésitent pas à ériger en " principe fondamental du droit privé ", v. A. GOURIO, " L'exclusion des activités professionnelles de la loi sur le surendettement des particuliers. " *Gaz.Pal.* 4-5 janvier 1991, p. 11

¹³⁵ Sur cette question, v. le rapport de Véronique BOUTTEAU, en annexe.

¹³⁶ DAGOT, " Les ventes entre époux ", *J.C.P.* 1987, I, 3272

¹³⁷ CHAMPENOIS, *Rép.not.Déf.* 1988, art. 334289, n° 69, p. 928 ; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, p. 36 ; GRIMALDI, " Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 ", *Gaz.Pal.* 1986, 2, doct. p. 529, spéc. n° 112 ; MORIN, "les ventes entre époux", *Rép.not.Déf.* 1991, art. 35117, p. 1089 ; *Rép.Min.* 5 janvier 1987, *J.C.P.* 1987, IV, p. 80 ;

¹³⁸ v. cependant l'article 1415 du code civil.

justifiée par la considération que le logement constitue souvent l'essentiel de la fortune du couple. L'insaisissabilité consacrée, le crédit du ménage serait sérieusement amputé ¹³⁹.

Sur un plan théorique, faire échapper le logement du fait de son affectation aux besoins de la famille au gage des créanciers aurait constitué une atteinte à l'unicité du patrimoine, une dérogation aux articles 2092 et 2093 c.civ. La question n'est cependant généralement pas abordée en doctrine, l'aspect pratique prime et ampute le raisonnement dans sa dimension théorique.

b - La seconde attitude est manifeste en matière de surendettement. La récente réforme a donné l'occasion aux auteurs de réaffirmer leur attachement au principe d'unicité du patrimoine. Celui-ci est impliqué dans la notion même de surendettement et peut intéresser la détermination des bénéficiaires du redressement judiciaire.

La notion de surendettement.

La scission passive réalisée au sein du patrimoine par l'article 1er heurte le principe d'unicité du patrimoine. Certains auteurs ont pu entériner cette dérogation, mais parce qu'elle était d'origine légale ¹⁴⁰. Chez eux, le raisonnement est toujours mené dans l'optique principe - unicité - exception - scission au sein d'un patrimoine.

D'autres cependant sont très réticents devant cette entorse manifeste au principe. La critique est parfois acerbe : le professeur LE CANNU juge la scission opérée " contraire aux principes du droit civil " et pose en corrolaire que le procédé doit produire un minimum de conséquences ¹⁴¹. Monsieur GOURIO abonde en ce sens. L'auteur est réticent, devant " ce curieux système d'évasion du domaine professionnel " et souligne ultérieurement la " distinction pour le moins hardie entre dettes professionnelles et non professionnelles ". Pour lui, la limitation ainsi réalisée, se heurte à des objections théoriques graves : une atteinte au principe de l'unicité du patrimoine notamment ¹⁴².

Les bénéficiaires de la procédure.

¹³⁹ v. par. ex. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux* ; LANGLADE, " Dissertation sur un oubli fâcheux de la loi du 23 décembre 1985 ", *D.* 1986, chr. p. 166

¹⁴⁰ PAISANT, " La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages. ", *J.C.P.* 1990, I. 3457, spéc. n° 19

¹⁴¹ P. LE CANNU, " Règlement amiable et redressement judiciaire civils ", *Bull. Joly*, Février 1990, p. 135, spéc. n° 12 et s.

¹⁴² GOURIO, " L'exclusion des activités professionnelles de la loi sur le surendettement ", *Gaz.Pal.* 4-5 janvier 1991, p. 11

L'indivisibilité du patrimoine rend discutable, selon certains auteurs, l'admission au bénéfice de la loi des professions libérales. Car, si ces derniers ne peuvent faire face au passif non-professionnel, ce peut-être, " principe de l'unité du patrimoine oblige ", en raison de l'importance de leurs dettes professionnelles ¹⁴³.

Le principe de l'unité du patrimoine imprègne encore tant les textes que les esprits. Ces derniers attestent de sa positivité et de sa vigueur. La dérogation que cultive le droit patrimonial de la famille, n'est que l'illustration d'une composition naturelle entre le général et le particulier. Le droit patrimonial spécial et la théorie générale du patrimoine peuvent être en rapport de concurrence ou d'opposition. Cela n'interdit nullement de consacrer la vocation résiduelle de la seconde à s'épanouir, notamment au sein du premier. Cette assertion est confortée par la conviction de sa pertinence.

§2. La pertinence du principe d'unicité du patrimoine.

Est-il satisfaisant d'asseoir la réalité du principe de l'unicité du patrimoine sur l'idée de frilosité, de conservatisme des juristes qui répugneraient à quitter les rives confortables du dogme doctrinal et qui, dès lors, persisteraient à analyser les mécanismes du droit patrimonial de la famille à sa lumière ? Cette justification serait empreinte de simplisme.

Cette attitude repose sur la conscience des vertus attachées au principe d'indivisibilité, et, car là est la considération principale, sur l'attachement au droit de gage général des créanciers.

La quête de l'unité, la recherche de l'universelle, est une aspiration profonde du juriste ¹⁴⁴. " L'effort pour systématiser, c'est à dire pour ramener à des lignes simples le chaos des espèces, répond à une nécessité " ¹⁴⁵.

L'unicité est synonyme de simplicité, de sécurité.

¹⁴³ PAISANT, chr. préc.

¹⁴⁴ AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, L.G.D.J 1979, n° VII, p. 6.

¹⁴⁵ RIVERO, " Apologie pour les faiseurs de système ", *D.* 1951, p. 99 ; Comp. MARTIN, " Le fait et le droit, ou les parties et le juge ", *J.C.P.* 1974, I, 2625 : " Ambition tentatrice pour l'esprit, combien séduisante, que la recherche de l'unité...Mais à poursuivre ces synthèses de démiurge, on s'interdit l'observation patiente des cas, qui prépare l'induction. "

" En droit comme en technologie, le progrès consiste à simplifier " ¹⁴⁶. Passer du multiple à l'un, en usant de l'abstraction est source de simplicité.

Le culte de l'abstraction est blâmable, quand il s'accompagne d'un " déphasage de l'anlyse juridique par rapport à la réalité sociale. Il est vertu sinon. Or l'unicité du patrimoine conserve sa valeur explicative ¹⁴⁷. L'ériger en dogme inflexible serait une erreur. L'entériner comme principe supportant des exceptions - toutes les exceptions que le législateur estimerait nécessaire - est souhaitable.

S'adjoit en effet à cette vertu explicative la considération selon laquelle ce principe, par sa simplicité, remplit **les fonctions de stabilité et de sécurité** traditionnellement assignées au droit.

La simplicité, soutenue par l'unité, permet la connaissance, la clarté. **Celle-ci est essentielle sur le plan du passif.**

L'idée d'affectation, érigée en principe, aurait-elle les mêmes vertus ?

Selon nous, cette entreprise n'est pas forcément souhaitable. On ne peut lui reconnaître la vocation résiduelle toujours attachée au principe. Cette idée ne peut que ponctuellement être promue par la loi, seule à même d'opérer clarification *a priori* de la situation, par la détermination, dans chaque cas, d'un but, et des biens affectés à celui-ci.

Peut-on reconnaître à la jurisprudence ou au contrat cette force d'affectation ? Les solutions dégagées au sein du droit patrimonial de la famille, droit patrimonial spécial, encourage à répondre par la négative sur un plan général.

La **jurisprudence** ne saurait procéder qu' *a posteriori* à la détermination d'une destination et des biens qui lui sont affectés. **Cette situation serait génératrice d'insécurité, d'imprévisibilité.**

Le droit patrimonial de la famille en offre une illustration exemplaire ¹⁴⁸.

Par deux arrêts en date du 20 avril 1988, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a posé en principe que le recours d'un tiers coauteur d'accident contre les parents d'un mineur victime après indemnisation de celui-ci ne pouvait être accueilli ¹⁴⁹.

¹⁴⁶ J. FOYER.

¹⁴⁷ CARBONNIER, *Les biens, op.cit.*, n° 4, p. 19.

¹⁴⁸ jurisprudence décelée et analysée par madame Dominique FENOUILLET.

¹⁴⁹ Civ. 2e, 20 avril 1988, *Bull.Civ.* II, n° 87 ; *Rev.trim.dr.civ.* 1988, p. 790, obs. JOURDAIN.

Dans la première espèce, elle motivait ainsi sa décision : " Attendu que le recours en garantie, exercé par le coauteur d'un accident contre le parent d'un mineur victime d'un accident de la circulation **ayant pour effet de priver directement ou indirectement cette victime de la réparation intégrale de son préjudice**, prévue par les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985, est irrecevable. "

Elle approuvait, dans le second arrêt, la cour d'appel d'avoir " relevé que **la communauté de vie entre les parents et l'enfant** rendait nécessairement illusoire l'indemnisation effective de la victime si l'action en garantie était accueillie ", puis d'en avoir déduit " à bon droit qu'un tel recours, **non espressément prévu** par la loi du 5 juillet 1985, n'était pas recevable. "

La Cour, par cette ultime proposition, aurait-elle souhaiter justifier sa solution par l'autonomie de la loi de 1985 ? Elle serait sans doute la dernière à le défendre.

Plus sûrement, " c'est une raison d'ordre sociologique, s'appuyant sur la communauté de vie des membres de la cellule familiale, qui l'a conduite à écarter ce recours ¹⁵⁰ ".

La Cour n'a-t-elle pas ainsi consacré l'existence d'une sorte de patrimoine familial ? Mais sur quel critère ? La référence à la communauté de vie est-elle suffisamment explicite ? *Quid* de l'épanouissement de cette solution dans les relations entre concubins, ou toute personne constituant " une unité économique fondée sur une donnée sociologique tendant à l'existence d'une communauté de vie " ¹⁵¹ ? Que décider lorsque le proche, défendeur au recours bénéficie d'une assurance de responsabilité etc...

Un auteur déplorait la difficulté à dégager des critères sûrs d'appréciation de la privation d'indemnisation de la victime ¹⁵².

La Cour de cassation, déjà, adopte une véritable casuistique, pour préciser la portée de sa règle ¹⁵³.

Cette imprévisibilité n'est pas acceptable. L'exemple précédemment analysé doit encourager à rejeter, par extrapolation, tout faculté de détermination jurisprudentielle d'une affectation.

¹⁵⁰ JOURDAIN, obs. sous Civ. 2e, 7 déc. 1988, *Rev.trim.dr.civ.* 1989, p. 335.

¹⁵¹ JOURDAIN, obs. sous Civ. 2e, 27 février 1991, *Rev.trim.dr.civ.* 1991, p. 557.

¹⁵² JOURDAIN, *ibid.*

¹⁵³ V. les derniers développements à la *rev.trim.dr.civ.* 1992, p. 574, obs. JOURDAIN.

Le contrat pourrait-il suppléer cette carence ? Est-il concevable de laisser à la volonté le soin de procéder à une parcellisation des patrimoines ?

Il nous semble que le droit patrimonial de la famille ne tolère pas que la volonté individuelle, dans cette matière, se glisse dans ses interstices à cette fin.

Une telle atomisation volontaire n'accéderait pas, comme les affectations d'origine légale, à la connaissance de tous. Cette liberté pourrait engendrer " de menues ou grandes fraudes " ¹⁵⁴.

L'analyse entreprise, focalisée sur le droit patrimonial de la famille, nous a semblé être un puissant révélateur de la place occupée par l'idée d'unicité du patrimoine dans le droit positif. De manière en apparence paradoxale, **les atteintes qu'elle y subit, révélées tant dans l'analyse diachronique que synchronique, attestent de sa vigueur et de sa positivité. Parce que ces atteintes sont toujours appréhendées comme des exceptions, elles confortent le principe dans son éminente vocation résiduelle.**

Parce qu'elle a des vertus explicatives, didactiques, puisqu'elle assure la clarté, la sécurité et l'honnêteté, l'unicité du patrimoine accède, légitimement, à la pérennité.

¹⁵⁴ CARBONNIER, *op.cit.*, n° 4, p. 19.

Coordination : Madame le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE
Monsieur le Professeur Michel GERMAIN
Monsieur le Professeur Alain GHOZI
Monsieur le Professeur Yann PACLOT
Monsieur le Professeur François TERRÉ

Equipe :

Monsieur Georges DECOCQ
Madame Geneviève de LAPASSE
Mademoiselle Samia MAKTOUF
Monsieur Max-Paul MASSON
Mademoiselle Sylvie MOISDON
Monsieur le Professeur Yann PACLOT
Monsieur Thomas RABANT
Monsieur Philippe REIGNE
Monsieur Christophe VINCENT

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

SYNTHESE DE DROIT DES AFFAIRES



T

Sylvie Chemin

MÉDECIN TOUS RISQU

Travailler à «SOS Médecins» ce n'est pas une façon ordinaire de pratiquer la médecine.

Et lorsque, comme Sylvie Chemin, on arpente les agglomérations du Nord, c'est tout sauf une sinécure. *Médecin tous risques* est une sélection de

moments les plus poignants que Sylvie Chemin a connus au cours de ses cinq dernières années d'exercice.

Son témoignage, le premier du genre, attire l'attention sur ces hommes et ces femmes souvent bien mal récompensés de leurs efforts et de leurs sacrifices.

Collection "Vécu"

324 pages – 118 F.

en-Pierre Biondi

ANTICOLONIALISTES

Ce livre est la première thèse consacrée à l'anticolonialisme et à ses principaux acteurs. Il couvre quatre-vingts années qui vont du premier gouvernement Jules Ferry en 1881 à la signature des Accords d'Évian en 1962.

Collection "Les hommes de l'histoire"

avec la collaboration

Gilles Morin

16 pages – 135 F.

Raoul Paillet

dossiers secrets de la France contemporaine/8

MONDE

DANS LA FRANCE

1944-1945

Prix de la liberté

et en s'appuyant sur des archives souvent interdites de communication que Raoul Paillet poursuit son immense enquête, entreprise depuis 1972, sur l'Histoire contemporaine de la France d'hier et demain du désastreux traité de Versailles.

Les révélations de l'auteur nous plongent au cœur des engagements, des scandales, de l'inadaptation des dirigeants à un monde renversé par la Grande

INTRODUCTION

Avant que d'être remis en question par la doctrine du XX^{ème} siècle, le principe de l'unicité du patrimoine - selon lequel toute personne n'a qu'un seul patrimoine - joua au XIX^{ème} siècle un rôle considérable dans l'élaboration de certains concepts fondamentaux du droit des affaires. En droit des sociétés, spécialement, ce principe permit de dégager les fondements modernes de la notion de limitation de responsabilité des associés à l'égard des tiers¹.

La faculté pour les associés de ne répondre des dettes de la société à l'égard des tiers que dans la limite de leurs apports n'était pas inconnue des juristes de l'Ancien Droit. Elle reposait sur l'*anonymat* : l'associé échappait aux poursuites des tiers parce qu'il n'était pas connu de ceux-ci. Elle ne pouvait évidemment jouer que dans certaines sociétés : société en participation et société en commandite. La société en participation ne se révélait pas aux tiers ; ces derniers ignoraient donc le nom de ses associés. Pour cette raison, on appelait cette société "société anonyme". Dans la société en commandite, les associés commanditaires étaient eux aussi inconnus des tiers. Lorsqu'ils se révélaient aux tiers, ils répondaient naturellement des dettes de la société à l'égard de ceux-ci.

Le Code de commerce de 1807 introduisit des bouleversements profonds dans ce système en permettant un certain essor des sociétés par actions. On décida de donner à la société qui ne comprenait qu'une seule catégorie d'associés - les actionnaires - le nom de "société anonyme". En effet, on considérait que la limitation de responsabilité des actionnaires à l'égard des tiers était fondée sur l'anonymat ; lorsque les actions étaient au porteur, les actionnaires étaient inconnus non seulement des tiers, mais aussi de la société elle-même. Pour cette raison, la société anonyme était la seule société qui n'avait pas de raison sociale, mais une dénomination sociale et le Code de commerce faisait défense d'insérer dans la dénomination sociale un nom de personne. Le code de commerce de 1807 appela "association en participation" la société anonyme de l'Ancien Droit.

¹ Sur cette évolution, cf. J. HILAIRE, Introduction historique au droit commercial, PUF, Droit fondamental, 1986, p. 165 et s.

Le XIX^{ème} siècle fut un siècle de conquêtes pour les sociétés. L'une des plus importantes conquêtes fut évidemment la personnalité civile, reconnue aux sociétés de commerce par les tribunaux dès le début du XIX^{ème} siècle². Désormais les associés n'étaient plus seuls en face des tiers ; à côté d'eux, et bientôt devant eux, se trouvait la personnalité morale de la société. En vertu du principe d'unicité du patrimoine, la société avait un patrimoine et n'en avait qu'un. Ce patrimoine était donc distinct de celui des associés. Le nouveau fondement de la limitation de responsabilité des actionnaires était établi. La personnalité morale de la société faisait "écran" à l'égard des tiers. Certes, il existait des exceptions : les associés commandités et les associés en nom étaient responsables des dettes de la société sur leurs biens propres, mais ces exceptions étaient voulues par la loi et s'expliquaient par la politique de la jurisprudence en la matière. Les tribunaux n'hésitèrent pas, en effet, à conférer la personnalité morale à des sociétés dont les structures n'étaient guère adaptées à cette technique : sociétés en nom collectif et sociétés civiles³. Remarquons ainsi que la *general partnership* du droit anglais, qui correspond à notre société en nom collectif, n'a pas la personnalité civile.

Le droit des sociétés illustre donc remarquablement le rôle fondateur de l'unicité du patrimoine ; cependant, des institutions fort anciennes, telle la société de quiritaires (actuellement régie par la loi du 3 janvier 1967), ou d'apparition récente comme l'EURL (loi du 11 juillet 1985), permettent déjà de pressentir que le principe de l'unicité du patrimoine connaît, en droit des sociétés, certaines limites.

Plus généralement, alors que la théorie classique postule l'existence d'un lien unique et indivisible entre sujet de droit et patrimoine, on constate, en droit des affaires, non seulement une dissociation du patrimoine et du titulaire personnifié, mais aussi une titularité de plusieurs patrimoines. En outre, on reconnaît volontiers à la conception traditionnelle de l'unicité du patrimoine une fonction protectrice des créanciers ; pourtant le droit des affaires tolère que des atteintes, certes limitées, lui soient portées.

² Ce faisant, les tribunaux n'avaient fait que reprendre une tradition fort ancienne, puisqu'à Rome, déjà, la personnalité morale était reconnue aux associations (*collegia*) et aux sociétés de publicains ; à partir du XV^{ème} siècle, on distingua la *societas collegiata*, ayant la personnalité morale, et la *societas proprie sumpta*, ne l'ayant pas ; les romanistes construisirent alors une véritable théorie de l'*Universitas* : *persona representata*, *persona ficta*, *corpus mysticum*, possédant un patrimoine propre.

³Req. 23 février 1891, D.P. 1891, 1, 337, S.1892, 1, 73 note MEYNIAL

Le droit des affaires connaît donc deux types d'atteintes au principe de l'unicité du patrimoine : atteinte à la conception théorique de l'unicité du patrimoine (I) et atteinte à la fonction pratique de l'unicité du patrimoine (II).

I - LES ATTEINTES A LA CONCEPTION THEORIQUE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

A - DISSOCIATION DU PATRIMOINE ET DU TITULAIRE PERSONNIFIE

1) Un patrimoine sans titulaire personnifié

a) Le fonds commun

Le fonds commun de placement ou de créances⁴ est "un ensemble de valeurs mobilières sur lequel les souscripteurs exercent directement et concurremment un droit réel de propriété. En raison de la concurrence des droits, on parle de copropriété"⁵. Par la volonté expresse du législateur⁶ cet ensemble n'est pas doté de la personnalité morale⁷. La gestion en est d'ailleurs assurée par une société de gestion.

Selon le principe de l'unicité du patrimoine, n'étant pas une personne il ne devrait pas être titulaire d'un patrimoine. Pourtant, bien au contraire, l'étude des dispositions législatives montre qu'il dispose d'une certaine autonomie juridique, de sorte que le patrimoine est dissocié de la personnalité. Le législateur a effectivement isolé un patrimoine au profit du fonds commun. Ce fonds bénéficie d'un actif constitué de valeurs mobilières (articles 7 et 25 de la loi) et d'un passif (articles 10 et 27 de la loi). Non seulement une corrélation existe

⁴Le fonds commun de placement gère des valeurs mobilières alors que le fonds commun de créances gère des créances détenues par un établissement de crédit ou la Caisse des dépôts et consignations. Le transfert des créances est représenté par des parts, c'est la technique de la titrisation. Leur régime juridique étant semblable, il ne sera pas fait de distinction dans cette étude entre ces deux formes de fonds communs.

⁵Th. BONNEAU, "Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil.", R.T.D.C. 1990 p. 1.

⁶Il s'agit de l'article 7 pour le fonds commun de placement et de l'article 34 pour le fonds commun de créances de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988. Cette loi vient complètement réorganiser le régime des fonds communs prévu par la loi du 13 juillet 1979.

⁷La volonté d'échapper aux inconvénients de la technique de la personnalité morale explique le recours à la notion de copropriété entre souscripteurs d'un fonds commun de placement ou de créances . Th. BONNEAU, article op. cit. n°28.

entre l'actif et le passif, mais cette universalité est distincte du patrimoine de chacun des intervenants du fonds commun, qu'il s'agisse du patrimoine des souscripteurs ou de celui du gestionnaire.

Ainsi malgré leur qualité de propriétaire, les souscripteurs abandonnent leurs prérogatives au profit d'un tiers pour la gestion de leurs engagements boursiers. Ils peuvent exercer leurs droits d'*usus*, de *fructus* ou d'*abusus* sur les parts du fonds commun, mais pas sur les actifs qui ne relèvent plus de leur patrimoine. M. CHARTIER explique cette atténuation du droit de propriété par le mécanisme même de la copropriété⁸. Les créanciers personnels des souscripteurs ne peuvent saisir les actifs du fonds commun. Et dans la mesure où ils n'appartiennent pas non plus au patrimoine du gestionnaire, ses créanciers n'ont pas plus de droits sur les actifs du fonds que ceux des souscripteurs.

Plus que d'atténuation du droit de propriété, il s'agit d'une véritable indépendance du patrimoine du fonds commun qui se concrétise particulièrement dans les dispositions de l'article 27 de la loi : <les créanciers dont le titre résulte de la conservation ou de la gestion n'ont d'action que sur les actifs>. Le droit de suite des créanciers est clairement cantonné. Le fonds commun ne répond que de sa propre gestion, que de ses propres dettes.

D'aucuns y ont vu la marque du patrimoine d'affectation. L'autonomie du fonds commun s'explique par l'existence d'un but commun à tous les souscripteurs : l'intérêt du groupement⁹. D'autres auteurs approuvent plus prudemment l'autonomie reconnue au fonds en l'absence de personnalité juridique ; ainsi M. JESTAZ souligne que "l'entreprise ne paraît pas impossible, l'exercice intellectuel que (la loi) postule est (...) salutaire"¹⁰.

⁸Y. CHARTIER "Les nouveaux fonds communs de placement." J.C.P. 1980. I. 3001. n°32.

⁹Th. BONNEAU article op. cit. n°40. L'absence de personnalité morale a des origines fiscales, la volonté d'assurer une transparence fiscale (n° 43).

¹⁰Chronique de législation française et communautaire, R.T.D.C. 1980 p. 180.

M. VIANDIER est moins approbateur mais reconnaît tout de même que le patrimoine d'affectation pourrait être un fondement envisageable dans son article sur, "Les nouveaux fonds communs de placement", Rev. soc. 1980 p. 241. MM. COURET et ZENATI préfèrent quant à eux reconnaître dans le fonds commun les caractéristiques d'une société, chronique de législation française et communautaire R.T.D.C. 1988 p. 162.

b) Les comptes consolidés

Comme on le sait, la consolidation est une technique permettant l'établissement de comptes uniques, représentatifs de l'activité globale et de la situation d'un ensemble de sociétés ayant des liaisons d'intérêt commun ou dépendant d'un centre de décision commun, chaque société conservant sa personnalité juridique propre.

Ces comptes sont un élément d'information et un outil de gestion. Le cas échéant, le régime d'intégration fiscale des sociétés françaises détenues à 95 % au moins pourra être appliqué sans agrément (art. 223-1 et s. CGI), mais aucune conséquence juridique n'est attachée à la consolidation des comptes.

La consolidation des comptes porte-t-elle atteinte à l'unicité du patrimoine ? La question mérite au moins d'être posée dans la perspective d'une recherche de sociologie juridique.

Le droit français¹¹ constitue l'adaptation de la 7ème directive européenne sur "les comptes consolidés" et réalise un compromis entre une conception financière et économique de la consolidation, ce qui a déterminé un certain nombre de choix techniques, tel que le choix de la méthode de consolidation, ou la définition du périmètre de consolidation.

L'arrêté du 9 décembre 1986 complète la réglementation relative aux comptes consolidés par l'inclusion dans le Plan Comptable Général d'une méthodologie élaborée par le Conseil National du Crédit, inclusion lui conférant le même caractère d'obligation que les dispositions du P.C.G. relatives aux comptes individuels.

Dans la conception financière, les comptes consolidés ne constituent qu'une simple extension des comptes de la société mère. L'objectif visé est de renseigner principalement les actionnaires de la société mère sur leur véritable patrimoine (ce qui suppose que l'on considère les filiales comme "fictives"). Dès lors, sont privilégiées les méthodes de l'intégration proportionnelle et de la mise en équivalence (art. 357-3 al. 2 et 3, L. 24 juillet 1966) ; le périmètre de consolidation étant défini en fonction de critères quantitatifs précis tel le pourcentage de droits de vote (art. 357-1, L. 24 juillet 1966).

¹¹Loi du 24 juillet 1966, art. 357-1 à 357-11, réd. Loi n°85-11 du 3 janvier 1985, complétée par les décrets, n°86-221 du 17 février 1986, art. D 248 et 248-1 à 13 et n°90-72 du 17 janvier 1990.

En particulier, bien que la consolidation permette de représenter le patrimoine d'un ensemble d'entreprises, cet ensemble n'est pas doté de la personnalité juridique. En d'autres termes, ce patrimoine, dégagé par le droit comptable, n'a pas de titulaire personnifié¹².

En contraste, la conception économique envisage le groupe comme un ensemble économique dont l'image fidèle est destinée à un public très général. L'intégration globale (art. 357-3 al.1) est la méthode favorisée car seule pouvant donner une vue complète de cet ensemble. De même, le périmètre de consolidation est fixé en fonction de critères de fait ("l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise" art. 357-1 in fine).

La pratique de la consolidation des comptes porte atteinte à l'unicité du patrimoine en ce que la société mère débitrice de l'obligation d'élaborer et de diffuser les comptes consolidés n'est pas titulaire des éléments qui composent le patrimoine dont elle doit restituer une image fidèle. En fait cette atteinte à l'unicité du patrimoine s'intègre dans la discussion sur la réalité ou la fictivité de la personnalité juridique d'une filiale vis-à-vis de sa société mère.

De deux choses l'une : soit on considère que le critère définissant les éléments qui composent le patrimoine d'une personne (ici la société mère) ne réside plus dans la "propriété" des droits (plus largement dans la titularité) et l'on se doit de renouveler la théorie classique en fixant un nouveau critère de la patrimonialité, soit au contraire on conserve le critère classique de rattachements des éléments du patrimoine, mais alors on est amené à penser que la personnification du patrimoine du groupe par la société mère est fictif : c'est un patrimoine sans titulaire personnifié.

2) Un titulaire sans patrimoine

a) La masse des obligataires

La masse des obligataires réunit de plein droit les obligataires d'une même émission pour la défense de leurs intérêts communs. Ce groupement est doté de la personnalité morale (article 293 de la loi du 24 juillet 1966).

¹²On peut se demander d'ailleurs si un phénomène analogue ne se retrouve pas dans la représentation comptable du patrimoine de l'entreprise individuelle.

Les droits et obligations de la masse des obligataires sont pris en charge par le représentant de la masse. Sous la qualité de mandataire de la masse, il doit accomplir tous les actes de gestion et surtout agir en justice dans l'intérêt du groupement (article L.300). Ces actes juridiques peuvent avoir des incidences patrimoniales. Pourtant le législateur n'a pas doté la masse des obligataires d'un patrimoine. En effet, la rémunération du représentant est à la charge de la société émettrice (article L. 303). Les frais de gestion sont supportés non par la masse, mais soit directement par la société débitrice, soit par les obligataires en diminution des intérêts à percevoir (article L. 320). Il n'y donc pas de patrimoine propre à la masse des obligataires.

Cette dissociation entre personnalité morale et patrimoine a été diversement reçue par la doctrine.

Ainsi, M. MERLE souligne que "l'attribution de la personnalité morale à la masse est d'autant plus remarquable qu'elle n'a pas de patrimoine propre.(...) Mais cette attribution de la personnalité civile s'imposait pour lui permettre d'agir en justice et d'être représentée."¹³

L'analyse contenue dans le Traité de droit commercial de G. RIPERT et R. ROBLOT a complètement changé en quelques années. En effet, dans les premières éditions du traité, ses auteurs s'étonnent de cette dissociation entre la personne et le patrimoine : "Le décret-loi donne (à la masse) expressément la personnalité civile ; mais il ne semble pas que les rédacteurs aient bien compris le sens juridique de l'expression employée. La personnalité morale suppose l'existence d'un patrimoine. Or la masse des obligataires n'a pas de patrimoine"¹⁴.

Au contraire, dans les dernières éditions, ils admettent et justifient cette personnalité morale sans patrimoine. Si "l'affirmation paraissait choquante à l'époque où la personnalité morale était liée à l'existence d'un patrimoine", le droit moderne admet cette possibilité "pourvu que la personne morale assure la défense d'intérêts collectifs au moyen d'une organisation propre"¹⁵. D'ailleurs cette forme juridique n'est pas isolée, le groupement d'intérêt économique a la même configuration¹⁶.

¹³Ph.MERLE op. cit. n°340.

¹⁴G. RIPERT, P. DURAND et R. ROBLOT Traité élémentaire de droit commercial 4ème éd. 1959 T. 1 n°1275.

¹⁵G. RIPERT et R. ROBLOT Traité élémentaire de droit commercial 13ème éd. 1986 n°1425.

¹⁶Cette analyse avait été aussi retenue par J. HEMARD, Fr. TERRE et P. MABILAT in Sociétés commerciales T.III 1978 n°193.

Ainsi le législateur octroie la personnalité juridique à la masse des obligataires pour pouvoir faire des actes juridiques sans vouloir lui associer l'existence d'un patrimoine. Le patrimoine est, dans cet exemple, dissocié de la personne .

b) La société de quirataires

La société de quirataires, ou copropriété de navire¹⁷, est actuellement régie par les articles 11 à 30 de la loi du 3 janvier 1967 et par les articles 7 à 9 de son décret d'application du 27 octobre 1967.

Il s'agit d'une forme très ancienne d'exploitation maritime, par laquelle plusieurs propriétaires achetaient en commun un navire, divisé en un certain nombre de parts ou quirats ; aujourd'hui encore, on continue à utiliser cette forme d'exploitation, et compte tenu du coût fort élevé des bâtiments de mer, les copropriétaires des navires (quirataires) sont fréquemment des sociétés par actions.

La société de quirataires n'est ni une copropriété ordinaire ni une indivision ; c'est une véritable société, sui generis : chaque quirataire fait des apports, mis en commun en vue d'une exploitation lucrative ; ils participent aux pertes et aux bénéfices ; enfin ils sont animés de l'affectio societatis. Par conséquent, tous les éléments caractéristiques du contrat de société se retrouvent dans la société de quirataires.

Cette société est de plus dotée de la personnalité morale ; elle est représentée par l'armateur-gérant et fonctionne selon la loi de la majorité.

Cependant la personnalité morale de cette société est extrêmement réduite. En principe, en effet, lorsqu'une société est dotée de la personnalité morale, les associés n'ont aucun droit réel sur ses

¹⁷ E. du Pontavice, Le statut des navires, n° 98 et s.

biens ; ils n'ont qu'un droit de créance sur la société. Or, dans la société de quirataires, les associés sont copropriétaires du navire, c'est la raison pour laquelle l'acte de francisation porte le nom de tous les quirataires et l'importance de leurs parts. Par suite les quirataires peuvent vendre leurs parts de propriété ou les hypothéquer. Cette dernière faculté montre bien que les quirataires ont un droit réel sur le navire, que leur droit a bien pour objet le navire et non une part dans une société. On constate donc que la société n'efface pas la copropriété des quirataires.

On est donc porté à s'interroger sur l'existence même du patrimoine de la société de quirataires, personne morale ; dès lors que les quirataires sont restés copropriétaires du navire, ils n'ont pu faire apport que de la jouissance de leurs droits afin de permettre l'exploitation en commun.

En conclusion, l'atteinte au principe de l'unicité du patrimoine, mise en évidence par le régime juridique de la masse des obligataires et celui de la société de quirataires, est susceptible de deux interprétations.

L'on peut considérer, soit que le lien privilégié entre la personne et le patrimoine est brisé, soit que la notion de patrimoine est vidée de sa substance.

B - UNE TITULARITE DE PLUSIEURS PATRIMOINES

1) L'E.U.R.L.

L'EURL, instituée par la loi du 11 juillet 1985, se présente comme une entreprise à forme sociale composée d'un seul associé. Son apparition en droit français, sur le modèle de la SARL, a nécessité un aménagement de l'article 1832 du Code civil qui autorise désormais l'institution d'une société "par l'acte de volonté d'une seule personne".

L'idée directrice des promoteurs de l'EURL, exprimée dès la proposition de loi Cousté¹⁸ et le rapport Champaud¹⁹ en 1979, était de créer un patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, un patrimoine affecté à l'entreprise, seul soumis aux aléas de la vie des affaires : la volonté d'assurer "la protection du patrimoine personnel ou familial en consacrant l'autonomie patrimoniale de l'entreprise²⁰", la nécessité d'une unité économique ont donc essentiellement guidé le choix d'une structure sociale unipersonnelle qui, pourtant, "transgresse la théorie de l'unité et de l'intangibilité patrimoniales en instituant un patrimoine d'affectation"²¹.

Malgré l'échec de la loi du 11 juillet 1985 (l'EURL est en effet une forme sociale très peu choisie par les entrepreneurs), malgré le bouleversement de l'ordre juridique que provoque l'EURL, la plupart des auteurs continuent de défendre le patrimoine d'affectation, dont les avantages pratiques semblent devoir faire plier "le dogme des dogmes"²² : le principe de l'unicité du patrimoine.

Toujours est-il que l'existence même de l'EURL traduit une conception fonctionnelle du patrimoine, qui vient infirmer le principe de son unicité.

¹⁸ J.O.A.N. 25 avril 1973.

¹⁹ *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée*, R.T.D.Com. 1979, p. 579.

²⁰ J. DERRUPPE, *L'EURL*, R.T.D.Com. 1985, p. 738, n° 2.

²¹ Rapport Champaud, précité.

²² J.-D. Bredin, *Au-delà de l'EURL?*, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 1, 1990, p.24.

On peut s'en tenir à justifier l'EURL par le masque de la personnalité morale dans la mesure où le droit français, "conformément à la théorie d'Aubry et Rau, admet que les sociétés ont un patrimoine, puisqu'elles sont des personnes"²³. Lier le patrimoine d'affectation à la personnalité morale, n'est-ce-pas encore le moyen de se conformer au principe de l'unicité du patrimoine ?²⁴

Nombre d'auteurs dénoncent cependant cette apparence d'être social et adressent directement leurs critiques au principe même de l'unicité du patrimoine, l'EURL en constituant un "aménagement réaliste"²⁵.

Le principe est en effet condamné par la plupart des auteurs, tant au regard des nécessités économiques qu'en raison de son défaut de fondement : il est considéré comme "contestable et regrettable au regard de la situation économique et sociale de notre fin de XXème siècle"²⁶. Il est dès lors banal de constater que "les situations dans lesquelles plusieurs patrimoines coexistent sur la tête d'une même personne se sont multipliées"²⁷ L'entreprise unipersonnelle ne se proposerait ainsi que d'organiser une affectation supplémentaire, "reposant sur la constitution d'un fonds de richesse minimum, dont le devenir est suivi grâce à une comptabilité appropriée"²⁸.

Le principe de l'unicité, en quelque sorte tombé en désuétude, paraît dès lors, pour nombre d'auteurs, devoir céder le pas à des considérations pratiques, à une vision actuelle, économique, que constitue le patrimoine d'affectation.

Certains vont même, puisque "le droit français connaît tant d'exceptions à ce principe", jusqu'à "douter qu'il existe vraiment"²⁹.

Le principe de l'unicité du patrimoine n'est au demeurant "que le fruit d'une construction doctrinale" et ne repose sur aucune démonstration. Dès lors, ce postulat qui, en tant que tel,

²³ Y. Guyon, Droit des affaires, T. 1, Economica, 7ème édition, 1992, n° 183, p. 186.

²⁴ R. Percerou, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, thèse Paris, 1951.

²⁵ Rapport Champaud, précité. A. Sayag, *De nouvelles structures pour l'entreprise*, JCP 1985, éd. E, I, 3217.

²⁶ J.-J. Daigre, *Défense de l'EURL*, JCP 1986, éd. G, I, 3225. M.-T. Calais-Auloy, *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985*, D. 1986, Chr. p. 249.

²⁷ A. Sayag, *De nouvelles structures pour l'entreprise*, JCP 1985, éd. , I, 3217.

²⁸ M.-T. Calais-Auloy, *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985*, D. 1986, Chr. p. 249.

²⁹ P. Serlooten, *L'EURL*, D. 1985, Chr. p. 187.

"peut être refusé ou accepté sans que puissent être invoqués des motifs rationnels à l'appui de l'une ou de l'autre position"³⁰, ne saurait permettre de condamner la théorie du patrimoine d'affectation au niveau des principes.

2) Le fonds de commerce

Si la doctrine s'accorde pour définir le patrimoine comme "l'ensemble des droits et obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit", elle est au contraire divisée quant à la détermination de l'élément qui confère au patrimoine son unité.

Dans la théorie classique, le patrimoine est l'émanation de la personnalité avec pour lien entre la personne et les biens, la capacité juridique de garantir le paiement de ses dettes. Donc, toute personne a nécessairement un patrimoine et chaque personne n'a qu'un seul patrimoine inséparable d'elle-même. Par conséquent, un commerçant ne saurait avoir un patrimoine commercial distinct. Mais pour d'éminents auteurs³¹, le patrimoine est au contraire indépendant de la personnalité ; seule l'affectation d'une masse de biens à un but déterminé doit être prise en compte.

Pratiquement, cette dernière théorie, dite du "patrimoine d'affectation", entraîne des difficultés puisqu'elle permet la constitution de patrimoines autonomes et qu'elle nécessite la découverte des critères économiques de l'affectation.

D'un point de vue théorique, outre qu'elle se concilie difficilement avec la disposition de l'article 2092 c. civ, la notion de patrimoine d'affectation a pour origine la controverse née au XIX^{ème} siècle à propos de la nature juridique du fonds de commerce.

Plus tard, quand le législateur, en 1909, a fixé le régime juridique du fonds de commerce, il n'a pas pris position sur sa nature. Or, force est de constater que le fonds de commerce n'entre guère dans le cadre de la théorie classique du patrimoine : il n'est pas doté de la

³⁰ Ibid.

³¹ PLANIOL et RIPERT en particulier.

personnalité juridique³² et pourtant, en cas de cession, il constitue une masse active et passive ; des droits spéciaux sont accordés à ceux dont la créance est née de l'activité commerciale du débiteur.

1. *L'élargissement du contenu de la cession du fonds*

Puisque le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome disposant d'un actif et d'un passif propre, la cession du fonds n'englobe ni les créances ni les dettes du cédant. Mais, depuis la loi du 17 mars 1909, de nombreuses exceptions sont apparues, tant en ce qui concerne la transmission des créances que celle des dettes.

- L'intransmissibilité des créances avec le fonds apparut comme un obstacle à la continuité de l'exploitation ; aussi, la pratique a-t-elle organisé la cession des contrats indispensables à l'activité commerciale, démarche qui reçut l'assentiment du législateur et de la jurisprudence³³.
- L'intransmissibilité de principe frappant les dettes fut aussi atténuée (transmission des dettes de l'apporteur du fonds à la société, L.17 mars 1909 art.7 al.5 - transmission de la dette d'impôt due par le cédant au cessionnaire, art.1684 CGI - maintien des contrats de travail en cours, art.L.122, 12 c. trav.).

Donc, créances et dettes sont incorporées au fonds alors qu'en principe, il ne constitue pas un patrimoine autonome.

2. *La spécialisation du passif commercial lié au fonds.*

La loi du 17 mars 1909 s'oppose à ce que le fonds puisse répondre de son propre passif, tout comme elle dispose que tout créancier du vendeur peut faire opposition au paiement du

³²M. Le FLOCH, Le fonds de commerce, LGDJ 1986, n° 87.

³³ Pour les contrats d'approvisionnement : Com. 21 juin 1950, JCP 1950. I .5898 note Cohen ; pour le contrat d'assurance : L.13 juillet 1930 ; pour le contrat d'édition : L.11 mars 1957 ; pour le droit au bail : D. 30 septembre 1953.

prix sans distinction entre les créanciers civils et commerciaux. Ces solutions conformes à l'art. 2092 c. civ. n'en souffrent pourtant pas moins des exceptions qui se traduisent par l'octroi de droits spéciaux aux créanciers commerciaux sans qu'il s'agisse techniquement de véritables droits de préférence.

- L'art. 42 du décret du 23 mars 1967 dispose que les créanciers d'obligations contractées par le cessionnaire pourront agir contre le cédant qui ne se serait pas fait rayer du registre du commerce. Cette solution, motivée par l'apparence trompeuse, n'en demeure pas moins une atteinte à l'unicité du patrimoine et à l'art. 2092 c. civ., d'autant plus que le fonds est sorti du patrimoine du cédant.

- L'art. 8 de la loi du 20 mars 1956 prévoit que le loueur du fonds sera tenu solidairement, pendant un délai de six mois à compter de la publication du contrat de location-gérance, des dettes contractées par le locataire-gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds. Dès lors, faut-il voir dans cette disposition la marque de la personne ou la trace de la chose ? En effet, soit l'on justifie cette solidarité légale pesant sur le loueur en disant que le fonds ne doit pas être dissocié du patrimoine de son titulaire, ce qui a pour effet de maintenir le dogme de l'unicité ; soit l'on dit qu'il s'agit d'une affectation "réelle" du fonds au règlement du passif commercial du gérant, ce qui a pour conséquence de heurter de plein fouet l'art. 2092 c. civ., puisque le locataire-gérant "s'est obligé personnellement" à ses risques et périls, et, par contrecoup, de porter atteinte au principe de l'unicité du patrimoine.

Si le fonds de commerce donne l'apparence d'être, dans certaines circonstances, un patrimoine autonome, encore faudrait-il pour que cela soit une réalité, que l'affectation d'éléments actifs au règlement passif soit possible. Bien que le doyen HOUIN ait pu parler d'un phénomène de "spécialisation du passif commercial" lié au fonds, mais il convient de nuancer l'affirmation car les dispositions avancées à l'appui de cette spécialisation peuvent être justifiées sans le recours à la théorie de l'affectation³⁴.

Or, précisément, c'est là le caractère essentiel de toute universalité. Il serait donc hâtif de dire que le fonds de commerce représente une atteinte globale au principe de l'unicité du patrimoine en l'état du droit positif ; il s'agirait d'une universalité de fait, mais non de

³⁴Voir en particulier art. 8 loi de 1956.

droit³⁵, l'équivalence des résultats ne signifiant pas mécaniquement l'équivalence des concepts³⁶.

3) La fiducie

En soi, le contrat de fiducie ne suppose pas que les biens transmis au fiduciaire soient isolés au sein d'un patrimoine d'affectation. Ce dernier concept a été consacré par le projet de loi de 1992.

Il est alors intéressant d'étudier la conception classique du contrat de fiducie (a) avant d'analyser le nouveau projet législatif (b).

a). La conception classique de l'opération fiduciaire.

Il faut au préalable souligner la légalité de l'opération, le fiduciaire bénéficiant de la pleine propriété du patrimoine fiduciaire. En effet, pour reprendre la définition proposée par M. WITZ, la fiducie est "l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit, au bout d'une certaine période, soit au fiduciaire, soit à un tiers bénéficiaire."³⁷ Elle s'écarte donc de l'institution de l'ancien droit qui prévoyait une dissociation du droit de propriété. Le fiduciaire n'était investi que de pouvoirs d'administration alors que le bénéficiaire de la fiducie détenait les autres prérogatives du droit de propriété³⁸.

Bien au contraire et à l'image de la fiducie romaine, la fiducie marque son originalité par le transfert plénier du droit de propriété des biens du fiduciaire au profit du fiduciaire.

³⁵En ce sens, par exemple, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit commercial, Montchrétien 1990, n°301.

³⁶Cette incertitude sur la nature juridique du fonds de commerce conduit Y. GUYON à s'interroger : "Faut-il abandonner la théorie de l'unicité du patrimoine et accepter, à titre de principe, que les biens affectés à une activité professionnelle, commerciale ou civile, soient soumis à un statut différent de celui applicable au patrimoine personnel et familial. Le contexte socio-économique actuel inciterait à admettre cette dissociation, déjà en partie opérée dans les faits - la théorie du fonds de commerce s'en trouverait sensiblement clarifiée", (Droit des affaires, t. 1, 7e éd., Economica, n° 644).

³⁷Cl. WITZ, La fiducie en droit privé français, Economica 1981 n°16.

³⁸Cl. WITZ, thèse op. cit., n°52.

Dans cette acception, l'utilisation de la fiducie a toujours été une réalité dans le monde des affaires et en particulier dans le monde financier ; M. WITZ en a démontré précisément la permanence et l'efficacité.

Institution permanente, car on la découvre (certes à mots couverts) dans des mécanismes de gestion de valeurs mobilières françaises ou étrangères au profit du fiduciaire comme le fonds commun de placement ou les conventions de portage. Le Colloque organisé par la FEDUCI au Luxembourg a mis en exergue les diverses possibilités de gestion dans le domaine financier, notamment par les activités de *nominee* et les acquisitions de titres sur l'Euromarché³⁹.

Par ailleurs, le transfert des titres ou des créances peut profiter au fiduciaire pour garantir le financement octroyé au fiduciaire⁴⁰. L'on connaît tout l'intérêt actuel d'une garantie fondée sur le droit de propriété. Il en est ainsi des cessions temporaires de créances et de titres bancaires, principalement des opérations de mobilisation. Au transfert temporaire des éléments d'actifs répond un engagement de reprise. En principe, elles ne contreviennent pas au principe de l'unicité du patrimoine puisque les créances sont transmises et intègrent le patrimoine du cessionnaire.

La mobilisation des crédits à moyen terme organisée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 en était une illustration.⁴¹

La loi du 2 janvier 1981 en est maintenant le meilleur exemple. Elle organise une cession simplifiée ou un nantissement de créances professionnelles par la seule remise d'un bordereau individualisant les créances transmises. Le nantissement de créances s'analyse en une aliénation fiduciaire : les créances cédées à titre de garantie et temporairement au banquier cessionnaire, le sont en propriété. Ainsi la meilleure protection d'un élément du

³⁹Rapport général de M. Cl. REYMOND "Aspects fiduciaires de quelques opérations bancaires, principalement dans l'Euromarché" Colloque de Luxembourg de 1984 organisé par la FEDUCI Les opérations fiduciaires, p. 13.

⁴⁰La loi n°81-1 du 2 janvier 1981 modifiée par la loi n°84-46 du 24 janvier 1984 consacre la cession fiduciaire des créances à titre de garantie en son article 1er1.

⁴¹Cette mobilisation est analysée par la doctrine comme une aliénation fiduciaire. Cl. WITZ, thèse op. cit. n°186 et M. VASSEUR in "Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire" Revue Banque 1970 p. 355. Cependant, M. RIVES-LANGES précise que le client est demeuré titulaire des créances commerciales, précis Dalloz n°494.

La loi du 4 janvier 1978 concernant le financement des marchés publics organise elle aussi une aliénation fiduciaire. Cl. WITZ, thèse op. cit. n°162.

patrimoine est de l'intégrer dans un autre⁴². Le législateur n'a pas organisé une gestion spécifique pendant l'opération.

Cependant la loi permet au cessionnaire de mobiliser les créances qu'il détient exerçant alors tous ses pouvoirs de propriétaire. Dans ce cas, l'établissement de crédit peut les conserver dans son patrimoine. Mais il résulte bien de l'article 12 de la loi qu'il n'en est plus propriétaire puisqu'il lui est interdit, sauf clause contraire, de les transmettre à nouveau.

Pourtant, certaines pratiques manifestent déjà la volonté de distinguer les créances des autres actifs du cédant ou du cessionnaire dans leurs patrimoines respectifs, constituant ainsi des pseudo-patrimoines d'affectation. N'est-ce pas au regard de cette pratique que le législateur voudrait consacrer le patrimoine d'affectation ?

La technique de l'opération de pension est exemplaire à cet égard. Cette opération permet "à un banquier ou à un établissement financier d'(obtenir) d'un confrère ou d'un organisme de réescompte une avance de fonds, généralement à très court terme, moyennant remise d'effets publics ou privés endossés en blanc d'une valeur équivalente"⁴³. Les créances ne sont ainsi cédées que temporairement⁴⁴, c'est une vente avec promesse irrévocable de rétrocession constitutive de fiducie.

Les différentes formes de pension livrée⁴⁵ mettent en exergue la place originale des titres, que ce soit dans le patrimoine du banquier cédant ou du banquier cessionnaire". La première forme de l'opération de pension se matérialise par une remise des effets au banquier qui a fait l'avance des fonds. Il s'agit d'un transfert de propriété⁴⁶ des créances dans le patrimoine du

⁴²Cl. WITZ "La fiducie-sûreté en droit privé français" Colloque de Deauville 1981 p. 70. M. VASSEUR "L'application de la loi Dailly". D. 1982 p. 273.

⁴³J. NORMAND "Les opérations bancaires de pension". R.T.D.Com 1966 p. 791 n°1.

⁴⁴comme le précise M. NORMAND, n'étant pas une anticipation sur le paiement, elle n'est pas un transfert définitif de créances. C'est la raison pour laquelle elle a supplanté le réescompte.

⁴⁵Qu'il y ait une livraison véritable ou une mise sous dossier des titres, la pension est qualifiée de pension livrée.

⁴⁶Si les auteurs du début du XXème siècle l'analysent comme un prêt assorti d'une affectation en gage, la doctrine contemporaine s'accorde pour le qualifier de transfert de propriété. Pour l'historique de cette analyse, voir "Mobilisation des emplois bancaires" Jursiclasseeur Banque et crédit, fasc. 490 août 1991 n°15 par F. PELTIER.

Le Professeur NORMAND l'analyse comme un double transfert de propriété (article op. cit. n°25) alors que le Professeur WITZ l'analyse comme une aliéation fiduciaire (thèse op. cit. n°189). Ph. MALAURIE et L. AYNES Les sûretés droit du crédit 1988 n°753 ainsi que M. VASSEUR "La protection du banquier en

banquier cessionnaire. Celle-ci ne pose aucun problème au regard du principe de l'unicité du patrimoine puisque les titres intègrent le patrimoine du banquier cessionnaire, il s'agit seulement de faire "échapper" les biens de son patrimoine pour protéger la créance du banquier cessionnaire.

Cette technique a peu à peu été remplacée par la mise sous dossier des titres. Cette dernière se révèle intéressante pour la présente recherche. En effet, les titres sont transférés au profit du banquier mobilisateur mais peuvent rester dans le patrimoine du banquier initial. L'individualisation des effets, imposée par la convention de place de 1988⁴⁷ dans le patrimoine du banquier mobilisé, permet de rendre le transfert de propriété opposable aux tiers. Le banquier mobilisé reste alors détenteur des titres. Certes, la mise sous dossier ne suppose pas un patrimoine séparé dans le patrimoine du banquier cédant mais les titres ont un traitement juridique, fiscal et comptable particulier⁴⁸.

Même dans le cas d'une livraison effective des effets au banquier mobilisateur, le banquier mobilisé veut "rendre liquide un élément patrimonial sans en modifier les risques contenus dans ce dernier et en particulier le risque de taux d'intérêt"⁴⁹. Ainsi les titres vont intégrer un patrimoine étranger alors qu'ils n'ont pas vocation à y rester, c'est pourquoi ils suivent un régime distinct. Comptablement, la créance est inscrite à l'actif du bilan du cédant et au passif les titres sont inscrits à la rubrique "titres donnés en pension livrée".⁵⁰ Les biens passent d'un patrimoine à un autre sans en subir de modifications juridiques. L'on ne peut pas encore parler de patrimoine d'affectation dans le patrimoine du cessionnaire, mais l'on peut constater que les titres subissent toujours l'influence du patrimoine initial dans l'autre patrimoine (en tout cas les techniques juridiques, fiscales et comptables tiennent compte de la réintégration ultérieure des titres dans ce premier patrimoine).

cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger". R.T.D.Com 1977 p. 27 n°35 considèrent eux aussi que l'opération de pension est une aliénation fiduciaire.

⁴⁷Auparavant, les effets n'étaient pas toujours individualisés. L'opération de pension n'avait alors aucune efficacité juridique, l'absence d'individualisation empêchait de considérer la cession effective. Ainsi, en cas de liquidation judiciaire l'action du cessionnaire était écartée. J-L RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD Droit bancaire Précis Dalloz 1990 n°674.

⁴⁸Les opérations de pension traditionnelles sont inscrites dans des rubriques représentatives d'opérations interbancaires.

⁴⁹Fr. PELTIER op cit n°36.

⁵⁰Cette simplification s'allie à un régime de neutralité fiscale. Ph. BORDENAVE "L'essor de la pension livrée" Revue Banque n°518, juillet-août 1991, p. 745.

Si l'utilisation permanente de la fiducie ne fait aucun doute, son régime juridique permet-il de la considérer comme un instrument juridique efficace?

En effet, faute de patrimoine d'affectation les biens intègrent le patrimoine du fiduciaire. Le fiduciaire a les droits et les obligations d'un propriétaire même s'il n'a pas le droit d'en tirer un profit personnel. Les biens transmis deviennent le gage commun de tous les créanciers du fiduciaire, le bénéficiaire (le fiduciaire ou le tiers) n'a aucun droit de suite, ni de préférence, car il ne bénéficie pas d'un droit réel mais d'un droit personnel.

Comment protéger alors son droit des actions frauduleuses ou de la mauvaise gestion du fiduciaire? Le patrimoine d'affectation serait-il l'unique moyen pour assurer cette protection? Le principe de l'unicité du patrimoine semble suffisamment fort pour être un obstacle dirimant à son existence, même si M. WITZ reconnaît qu'il serait la solution idéale⁵¹. Recherchant alors dans notre arsenal juridique un moyen d'assurer la protection du bénéficiaire, cet auteur considère qu'il suffit de prévoir des clauses d'inaliénabilité (qui entraînent d'une façon générale l'insaisissabilité des biens)⁵². Le rapport de droit français, lors du Colloque de Luxembourg, montre aussi que le problème de la protection des bénéficiaires se mesure à cette impossibilité d'intégrer un patrimoine d'affectation en droit français⁵³. La fiducie deviendrait-elle alors une technique inopérante? Seule la fiduciaire libéralité assure la protection du bénéficiaire au moyen de clauses d'inaliénabilité. Ce sont ces mêmes clauses que M. WITZ cherche à généraliser au profit de toute institution fiduciaire.

Devant la force du *trust* et l'internationalisation des échanges financiers, la France devait envisager d'adopter une technique aussi compétitive. Le projet de loi de 1992 consacre un nouveau concept de fiducie et surtout introduit la technique du patrimoine d'affectation.

b) Le projet de loi instituant la fiducie et l'avènement du patrimoine d'affectation.

⁵¹CL WITZ thèse op. cit. n°289.

⁵²Le bénéficiaire peut agir sur le fondement contractuel par la voie de l'action en résolution de l'acte fiduciaire ou une action en nullité de l'aliénation irrégulière. Cl.WITZ Thèse op. cit. n°295.

⁵³Rapport national "Les opérations fiduciaires en droit français" par MM. D. SCHMIDT, WITZ et BISMUTH. Colloque de Luxembourg de 1984 organisé par la FEDUCI Les opérations fiduciaires, p.324.

Grâce à la consécration du concept de fiducie, le droit français pourra s'enrichir encore de nouvelles possibilités comme les opérations de *defeasance*, de titrisation ou les comptes fiduciaires pour les opérations de compensation internationale.

Quant au régime juridique de la fiducie, les termes du projet de loi sont sans ambiguïté. Le chapitre premier partie III intitulé "Dispositions générales" dispose que <les biens transférés vont former un "patrimoine séparé" distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Les biens transférés ne pourront être saisis ni par les créanciers du constituant, ni pour ceux, personnels du fiduciaire. Il s'agit donc d'un patrimoine d'affectation.>: le patrimoine d'affectation est consacré, les biens étant affectés à la réalisation d'un but et non plus à une personne. Tout d'abord, le transfert de propriété permet une gestion financière plus facile pour les établissements de crédit. De plus, les contrats fiduciaires présentent l'avantage de ne pas bouleverser les règles prudentielles auxquelles sont astreints les établissements de crédit puisqu'ils ne font pas partie du passif du bilan⁵⁴. Enfin, le patrimoine fiduciaire est affecté à la garantie d'une opération ; les créanciers extrinsèques à cette affectation n'auront aucune prérogative sur le patrimoine fiduciaire, qu'ils soient créanciers du fiduciaire ou du fiduciaire⁵⁵.

Un seul doute subsiste à la lecture de la partie II du chapitre premier qui dispose au sujet des biens et des droits transférés par le contrat fiduciaire : <il convient de préciser que la fiducie ne transfère pas une universalité avec une masse active et une masse passive mais seulement des actifs.>⁵⁶ Un patrimoine d'affectation ne suppose-t-il pas toujours le lien entre une masse active et une masse passive de biens? Est-ce la marque de la prudence face à la consécration de la technique du patrimoine d'affectation? En effet, le patrimoine d'affectation relève plutôt d'une conception anglo-saxonne du patrimoine alors que le droit français est d'inspiration romaine. Le droit positif français peut-il créer une institution empreinte de *trust* et de *fiducia* ?

Toujours est-il que la technique du patrimoine d'affectation ne semble pas choquer, les auteurs prenant acte que le projet de loi "lève

⁵⁴Fr. PELTIER "La fiducie, perspectives pour les banques" Banque et Droit n°12 juillet-août 1990 p. 167.

⁵⁵il faut évidemment réserver le cas des créances nées de la gestion du patrimoine fiduciaire pour lesquelles les créanciers ont un droit de saisie sur l'actif fiduciaire. M. GRIMALDI, article op. cit. n°47.

⁵⁶Projet de loi instituant la fiducie du 20 février 1992, document mis en distribution le 25 février 1992.

l'obstacle de l'unicité du patrimoine"⁵⁷. La discussion doctrinale s'est plutôt engagée autour des diverses applications financières de la fiducie. D'ailleurs, la plupart des auteurs essaient de justifier le patrimoine d'affectation. Ainsi M. GRIMALDI⁵⁸ souligne que <la spécificité de l'institution> impose une impossibilité de saisir les <biens en propriété fiduciaire>, le patrimoine d'affectation est alors le seul moyen d'y répondre. Le patrimoine d'affectation permet ainsi de mieux développer et de mieux circonscrire le risque professionnel⁵⁹.

D'une part l'atteinte au principe de l'unicité du patrimoine est limitée⁶⁰. A la lecture de l'article 2092 du Code civil, une personne répond de ses engagements uniquement sur les biens dont elle est riche. Il semble qu'il faille comprendre le mot richesse comme la propriété définitive d'un bien. Or, le fiduciaire est propriétaire temporaire, il n'est donc pas riche des biens du patrimoine fiduciaire. Il ne porte pas atteinte aux droits de ses créanciers personnels. Seul le fiduciaire porte atteinte au principe de l'unicité du patrimoine puisqu'il met effectivement à l'écart dans un autre patrimoine des biens dont il est riche.

D'autre part même cette atteinte manifeste au principe de l'unicité du patrimoine semble possible. En effet, le droit positif français a déjà eu l'occasion, avec l'EURL d'intégrer la séparation de patrimoines chez une personne. La référence systématique à l'institution de l'EURL prouverait que la fiducie ne fait que continuer la voie tracée en 1985⁶¹. Le système juridique n'en est pas pour autant bouleversé, l'on peut multiplier l'expérience par l'institution fiduciaire⁶². D'ailleurs M. GRIMALDI ne voit dans le principe de l'unicité du patrimoine qu'une justification de morale sociale⁶³.

Le projet de loi instituant la fiducie est particulièrement bien accueilli dans le milieu bancaire. L'opération fiduciaire pourrait ainsi donner un cadre légal précis aux opérations de prêt de

⁵⁷A. de Foucaud "Le point de vue du chef d'entreprise sur la fiducie" Revue de droit bancaire, mai-juin 1990 n°19 p. 114.

⁵⁸M. GRIMALDI "La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre." Rép. Défrénois 1991 art. 35085.

⁵⁹Cette idée d'éviter la ruine totale des débiteurs en permettant une limitation de leurs responsabilités est aussi développée par M. G. DAUBON in "Entreprise et patrimoine d'affectation". Rép. Défrénois 1984 art. 33182.

⁶⁰M. GRIMALDI art. op. cit. n°21.

⁶¹J. de GUILLENCHMIDT "La fiducie Pour quoi faire? Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie." Revue de droit bancaire, mai-juin 1990 n°19 p. 105. "La France sans fiducie?" Revue de jurisprudence commerciale 1991 p. 49.

⁶²Les auteurs renvoient le problème de la compatibilité du patrimoine d'affectation en droit français au temps de l'EURL. L'adoption de cette institution aurait clos le débat. P. GULPHE "Quelques réflexions sur l'institution d'un trust à la française" Mélanges BRETON-DERRIDA 1992 p. 159; Fr. PELTIER, article op. cit. p. 167.

⁶³"Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel" M. GRIMALDI et B. REYNIS, Répertoire Défrénois 1987 art. 33947 p. 587.

titres, de réméré ou de pension⁶⁴. Ces opérations cherchent effectivement à échapper à la principale conséquence de l'unicité du patrimoine, le droit de gage général d'un créancier sur les biens de son débiteur sans pour autant organiser expressément un transfert de propriété et encore moins de patrimoine d'affectation. Leur qualification juridique en devient alors plus difficile. Mais cela relève d'une atteinte à la fonction pratique de l'unicité du patrimoine.

⁶⁴J. de GUILLENCHMIDT "La France sans fiducie?" Revue de jurisprudence commerciale 1991 p. 49. A. PEZARD "Les diverses applications de la fiducie dans la vie des affaires." Revue de droit bancaire, spécial fiducie, mai-juin 1990 p. 108.

II - LES ATTEINTES A LA FONCTION PRATIQUE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

A - LES ATTEINTES TOLEREES

1) La clause de réserve de propriété et le crédit-bail

a) La clause de réserve de propriété

C'est la clause par laquelle le vendeur conserve la propriété du bien jusqu'au paiement complet du prix. Plus précisément, selon M. CABRILLAC et C. MOULY, la réserve de propriété est une garantie que se ménage le vendeur en stipulant que le transfert de propriété ne se produira qu'au moment où le prix sera intégralement payé⁶⁵. Selon F. PEROCHON, "la clause de réserve de propriété est la clause par laquelle le transfert de la propriété est suspendu, dans un but de garantie, à l'exécution de la prestation due en contrepartie" (in "La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels" Litec 1988).

La clause de réserve de propriété a toujours existé dans notre droit, mais elle était inefficace en cas de faillite du débiteur car les autres créanciers pouvaient s'en tenir à la solvabilité apparente du débiteur si celui-ci était en possession de la chose vendue.

C'est pourquoi la loi du 12 mai 1980, complétant l'art. 65 de la loi du 13 juillet 1967 repris par l'art. 121 de la loi du 25 janvier 1985, dispose que les marchandises vendues avec clause de réserve de propriété peuvent être revendiquées par le vendeur impayé dans l'actif d'une société en "faillite". Ainsi, le vendeur qui a conservé la propriété du bien vendu jusqu'au paiement du prix convenu, se trouve dans la situation de créancier-propriétaire. A ce titre, il ne concourt pas avec les autres créanciers dans la faillite. Cette situation lui assure une place

⁶⁵Droit des sûretés, Litec, p. 414.

tout à fait privilégiée, à condition toutefois qu'il revendique le bien dans les trois mois à partir du jugement d'ouverture. Il s'agit d'un délai préfix.

Dans les ventes mobilières, assorties d'une clause de réserve de propriété, la possession de la chose est transmise à l'acquéreur qui en aura "l'utilité", le vendeur, pour sa part, retiendra la propriété de la chose dans sa "valeur". Au paiement complet du prix, l'acquéreur obtiendra la totale propriété de la chose dans sa valeur et son utilité.

Cette analyse, qui distingue la "valeur" de l'"utilité" largement exposée par la doctrine⁶⁶, conduit à reconnaître un éclatement de la propriété. La propriété-sûreté confère au créancier un droit seulement sur la valeur de la chose et non sur son utilité qui appartient au débiteur.

Cependant, la propriété-sûreté crée une fausse apparence de propriété du débiteur, la réserve de propriété ne faisant l'objet d'aucune véritable mesure de publicité. Le créancier garanti s'efface donc devant le droit de rétention du possesseur effectif et son action en revendication se brise sur l'art. 2279 du Code civil qui protège le possesseur de bonne foi.

La réserve de propriété, comme les autres propriétés-sûretés, aboutit à geler la propriété. Pour les créanciers, la chose, objet de cette garantie, devient pratiquement insaisissable aussi bien du côté du vendeur que du côté de l'acheteur, sauf à démontrer la fraude. Jusqu'à l'échéance, la valeur de la chose est "inhibée" : elle n'appartient ni au créancier, ni au débiteur, et chacun a vocation à l'obtenir (C. MOULY). Les biens grevés d'une pareille clause relèvent de cette masse de biens "en lévitation" dont on ne sait exactement comment elle se distribuera, d'autant plus que la clause est considérée par la Cour de cassation, qui a fait sienne la conception de M. CABRILLAC⁶⁷, comme un véritable accessoire de la créance, et elle est, comme la créance transmissible⁶⁸. Ainsi la vente avec réserve de propriété se rapproche d'une aliénation fiduciaire : "d'une part, il y a vente avec réserve de propriété et, d'autre part, aliénation fiduciaire par laquelle la propriété de la chose vendue est affectée à la garantie de la créance concernée"⁶⁹.

⁶⁶En particulier par C. MOULY, "Procédures collectives : assainir le régime des sûretés" in *Aspects du droit commercial* ; P. CROCQ "Propriété et garantie, thèse Paris 1992.

⁶⁷Dans son article aux *Mélanges WEIL*, Dalloz, Litec, 1983, p. 107 et s. "Les accessoires de la créances".

⁶⁸Com. 15 mars 1988, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, p. 846, obs. Terré et Lequette.

⁶⁹obs. Soinne, sous Com. 15 mars 1988, G. P. 1988; p. 244 s.

Notons, par ailleurs, que l'acheteur en raison de sa vocation à devenir propriétaire et parce qu'il supporte tous les risques attachés à la chose se voit accorder le droit d'amortir le bien (fiscalement) nonobstant le fait que la propriété ne lui est acquise qu'après le dernier versement du prix⁷⁰.

b) Le crédit-bail

En matière de crédit-bail, mobilier ou immobilier, la société de crédit-bail conserve la propriété du bien financé, tandis que le crédit-preneur en a l'utilité.

Cependant, dans la mesure où le droit de propriété joue ici le rôle d'une "sûreté économique", on constate une dissociation entre la "propriété juridique", effectivement conservée par le crédit-bailleur, et la "propriété économique" qui revient au crédit preneur⁷¹. Pour évoquer cette dissociation, "on dit parfois que le crédit-bailleur a une propriété "artificielle", "purement juridique" et que son espérance est que le bien ne lui soit jamais restitué, que la propriété "économique" appartient au locataire."⁷²

Du fait de cette dissociation du droit de propriété qui rejoint la dissociation précédemment évoquée entre la "valeur" et l'"utilité", on constate donc, à travers l'opération de crédit-bail, une atteinte de plus à l'utilité de l'unicité du patrimoine. Juridiquement ainsi dans le patrimoine du vendeur, le bien ne répond pas de ses dettes.

⁷⁰Lamy fiscal, Ph. BONAFIOUS 1991, tome 1, n° 257.

⁷¹ sur cette question, cf. El Molktar BEY, La propriété : Le crédit-bail envisagé comme une sûreté, RJC 1982, n° spéc. l'évolution du droit des sûretés, p. 48 et s.

⁷² Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les Sûretés, Ed. CUJAS, n° 756 ; v. aussi MARTY et RAYNAUD par Ph. JESTAZ, Les sûretés, la publicité foncière, Sirey, 2e éd. n° 544, pour qui le crédit-preneur "apparaît de facto comme l'acquéreur de la chose et il a toutes les utilités concrètes d'une propriété qui pourra d'ailleurs lui échoir, de jure cette fois, en fin de contrat."

2) Les opérations financières

a) les techniques de cession temporaire des titres

Ces techniques financières ne font pas appel à deux patrimoines distincts car, dans le même laps de temps, le titre disparaît bien d'un patrimoine pour enrichir un autre patrimoine. Il n'y donc aucune atteinte à la théorie de l'unicité du patrimoine.

Mais cette cession est limitée dans le temps, elle est envisagée toujours dans l'optique d'une réintégration future des biens dans le patrimoine initial. Le contenu du patrimoine va être modifié seulement pour un temps déterminé. Quel est alors l'intérêt de cette cession temporaire de titres? Elle permet d'extraire des biens de son patrimoine soit pour les protéger soit pour les affecter à la réalisation d'un but déterminé. N'étant plus comptabilisés dans le patrimoine initial, ces biens ne répondent plus des dettes de son titulaire. La consistance du droit de gage général des créanciers est totalement modifiée par la seule volonté du débiteur. En effet, une doctrine très ferme considère comme appauvrissement, au sens de l'action paulienne, la substitution de numéraire à un bien corporel. C'est dans ces termes que l'on peut parler ici d'atteinte à la "fonction" pratique de l'unicité du patrimoine.

La vente à réméré (1), le prêt de titres (2) et le report en bourse (3) sont des cessions temporaires de titres.

1. *La vente à réméré*

Le réméré d'obligations est une technique contractuelle utilisée entre les établissements de crédits et les détenteurs de liquidités (des OPCVM ou des grandes entreprises).

L'une des parties cède à l'autre des obligations tout en se réservant la possibilité de racheter ces titres à un prix de rachat convenu d'avance et égal au prix de vente majoré d'intérêts.

En général, les parties font référence aux articles 1659 et s. du Code civil. La simple faculté pour le cédant de racheter les titres est transformée en un engagement ferme de rachat généralement dans une contre-lettre.

L'utilisation par les établissements de crédit du réméré d'obligations répond à diverses préoccupations, notamment celle de garantir d'autres transactions. Mais la volonté de respecter les ratios bancaires est peut être la justification la plus significative de l'atteinte à la fonction de l'unicité du patrimoine.

En effet, le patrimoine de l'OPCVM est "utilisé" uniquement pour un temps limité par la banque comme un patrimoine "refuge" pour répondre à ces exigences réglementaires⁷³. D'un côté les banques sont pénalisées lorsque leurs portefeuilles de titres dépassent un certain quota. De l'autre, les OPCVM doivent détenir un nombre minimal de titres obligataires. Les banques donnent alors en réméré des obligations au profit d'un OPCVM. Ainsi les objectifs des deux parties sont atteints, les banques peuvent diminuer leurs portefeuilles titres et l'OPCVM peut revendre les titres acquis temporairement. La même volonté anime l'OPCVM à l'égard des valeurs mobilières de la banque. Le patrimoine n'est plus la photographie fidèle de la richesse de son titulaire ni, pour ce qui nous concerne, l'assiette solide des saisies de créanciers éventuels.

Pourtant c'est une autre difficulté qui amène la pratique bancaire à abandonner cette technique contractuelle. En raison de la double cession, cette opération pourrait être requalifiée en prêt sur gage⁷⁴. Cette incertitude a engagé les établissements de crédit vers l'opération de pension.

⁷³Cette technique permet ainsi une modification de la présentation du bilan, propos recueillis dans l'article de A. LUNEL-JURGENSEN et Fr. GUERANGER p. 247., "Le réméré, la pension et le prêt de titres" article en trois parties Banque 1992 p. 111.

"Mobilisation des emplois bancaires" Jursiclasqueur Banque et crédit, fasc. 490 août 1991 n°15 par F. PELTIER.

⁷⁴Cependant un auteur relève que de par sa nature le réméré est un nantissement avec pacte comissoire permis par la loi, peu importe alors qu'il porte sur un bien immeuble, meuble corporel ou incorporel. M. WIEDERKEHR "Pacte comissoire et sûretés conventionnelles." Mélanges JAUFFRET 1974 p. 661.

2. *Le prêt de titres*

C'est une convention par laquelle une personne (le prêteur) transfère momentanément la propriété des titres (valeurs mobilières ou titres de créances négociables) qu'elle détient moyennant rémunération au profit d'une autre personne (l'emprunteur) à charge pour cette dernière de les restituer à une date convenue.

Cette opération est régie par la loi du 17 juin 1987, modifiée par la loi du 26 juillet 1991⁷⁵.

L'opération reposant sur le principe du prêt de consommation (art. 1892 à 1904 C.civ.), le prêteur dispose d'une créance de restitution de titres rémunérée par un versement d'intérêts. Dès lors, on peut dire que le régime juridique du prêt de titres est très proche de celui du prêt de consommation de choses fongibles.

Cette technique est utilisée soit dans le but de faire une opération de trésorerie et obtenir des liquidités, soit dans le but de se conformer à l'obligation de l'art. 95 de la loi du 24 juillet 1966 qui oblige les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance de sociétés anonymes à être propriétaires d'un nombre minimum d'actions, soit dans le but de transférer la propriété de titres à une société holding.

Le législateur avait dressé une liste limitative des emprunteurs potentiels. La loi du 27 juillet 1991 a élargi cette possibilité à toute "personne morale soumise de plein droit à un régime réel d'imposition, aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières, aux personnes, sociétés ou institutions non résidentes ayant un statut comparable".

Mais pour améliorer la rentabilité et la sécurité de ce marché, le législateur a prévu que les prêts de titres doivent tous s'effectuer par l'intermédiaire d'organismes agréés à cet effet par le Ministre chargé de l'économie : Banque de France et SICOVAM. La loi de 1991 autorise que cette opération soit garantie par la remise d'espèces ou de titres. Ainsi l'opération se

⁷⁵En dernier lieu, cf. M. JEANTIN, "Les prêts de titres", Rev. soc. 1992 p. 465 et s.

traduira par la conclusion de deux prêts de titres croisés, ou d'un prêt de titres croisé avec un prêt d'argent.

L'article 18 de la loi du 26 juillet 1991 dispose que les parties peuvent convenir qu'en cas de défaillance de l'une d'elles, l'autre sera définitivement propriétaire des espèces ou des titres remis. Ainsi le législateur, qui a autorisé une nouvelle fois un mécanisme de garantie reposant sur la propriété-sûreté, valide le pacte comissoire dans le cadre du prêt de titres.

Ce n'est que dans le cas, le moins fréquent, où le prêt de titres est consenti sans sûreté que cette opération est susceptible de porter atteinte à l'unicité du patrimoine. En effet, en cas de cessation de paiements de l'emprunteur, le prêteur ne dispose que d'une créance en restitution (régime de la continuation des contrats en cours).

On peut se demander cependant si, lorsque cette opération a lieu dans le cadre des sociétés anonymes (loi de 1966) ou dans le cadre plus général des sociétés par actions, les personnes qui ont emprunté des titres pour voter dans ces sociétés n'ont pas une fausse apparence de propriétaires.

Au regard de la présente étude l'intérêt de cette opération réside dans sa comptabilisation dans les bilans des organismes de placement collectif. Les titres sont inscrits dans le bilan de l'emprunteur mais une créance de restitution reste écrite dans le bilan du prêteur⁷⁶. Certains auteurs l'analysent comme une pseudo-subrogation réelle⁷⁷, les créanciers personnels du prêteur ont donc un droit de gage sur cette créance. Mais la valeur représentative de titres n'est pas égale à la valeur des titres. Il y a donc atteinte à la fonction de l'unicité du patrimoine en ce que l'assiette du droit de gage général des créanciers ne correspond pas à la richesse exacte du prêteur. D'autant plus que l'on doute légitimement de la saisissabilité de pareille valeur représentation. Pendant le temps du prêt de titres les créanciers n'auront qu'un droit sur cette créance alors que les titres vont réintégrer ultérieurement le patrimoine de leur débiteur.

3. *Le report en bourse*

⁷⁶G. TOUTTEE "Le prêt de titres" mémoire de DEA de droit social et de l'économie 1990/1991, Université de Paris IX Dauphine p. 98.

⁷⁷Y. GUYON "Le régime juridique des prêts de titres" Revue de droit bancaire et de la bourse mars-avril 1988 n°6 p. 36., spéc. p. 37.

Le report en bourse intervient dans le cadre d'un marché à terme. C'est "un marché sur lequel les conditions des opérations sont arrêtées le jour de la négociation, mais dans lequel le règlement et la livraison des titres sont reportés à une date ultérieure"⁷⁸. Il peut donc exister une différence entre le prix négocié et la valeur du titre au moment de la livraison. Le "spéculateur"⁷⁹ risque de subir une perte en *levant* les titres, il a alors la possibilité de *reporter* la liquidation.

Au jour du règlement le "spéculateur"(le reporté) paie la somme due mais demande à un tiers (le reporteur) de racheter les titres. Il s'agit bien d'un contrat translatif de propriété, les achats au comptant et la vente à terme sont "sincères et réels"⁸⁰. Le reporté reprendra les titres à la prochaine liquidation au prix prévu dans le contrat de report en bourse, il pourra alors les revendre au comptant à leur nouvelle valeur et donc encaisser le bénéfice espéré depuis le début de l'opération. Cette opération est qualifiée par la jurisprudence de double vente même s'il s'agit d'un contrat unique, "spécial, complet par lui-même"⁸¹. Certains auteurs l'analysent comme une aliénation fiduciaire⁸², mais M. Witz rejette cette analyse puisque la fiducie ne peut résulter d'un contrat de vente⁸³.

Le report en bourse procède à une dissociation des titres ; les titres sont inscrits dans le patrimoine du reporteur (il en est le propriétaire, il exerce le droit de vote aux assemblées), mais ils restent au profit du reporté (il a droit aux coupons et celui de souscrire aux actions nouvelles). Le reporté n'est plus le propriétaire des titres, mais sa titularité future influence le régime appliqué à ces titres dans un autre patrimoine. Le titulaire des titres va avoir des pouvoirs sur les éléments du patrimoine d'un autre sujet au motif que les biens réintégreront son patrimoine. Comment encore parler de patrimoine, émanation de la personnalité ? Le régime juridique des biens s'explique par leur affectation et non plus par le rattachement au sujet juridique. Leur saisie, expression du gage, est d'autant incertaine. On entrevoit ainsi l'ébauche d'un patrimoine d'affectation.

⁷⁸M. de JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, Banques et bourses Tome 7 3ème éd. 1991, par L. M. MARTIN n°743.

⁷⁹expression empruntée à Cl. WITZ thèse op cit n° 165.

⁸⁰C. DAVID "Le report en bourse". R.T.D.C. 1965 p.286.

⁸¹Cass 1er mars 1897 D. P. 1897. 1. 411 note A. BOISTEL et S. 1897. 1. 220 rapport CREPON.

⁸²J. HAMEL, P.LAGARDE, A JAUFFRET, Traité de droit commercial Tome 2 n°1275 et M. VASSEUR cours précité p.718.

⁸³Cl. WITZ thèse op cit n°167.

b) Les techniques de comptes affectés

1. *Hypothèse de plusieurs comptes tenus au nom d'un même titulaire* :⁸⁴

La pratique bancaire isole les comptes dont peut être titulaire une personne. Cette indépendance repose sur la fiction que chaque compte est l'objet d'un contrat séparé et donc souscrit par un sujet de droit différent. Sachant que le principe de l'unicité du patrimoine aurait réuni les comptes dans le même patrimoine, le banquier multiplie fictivement les personnalités juridiques. Ainsi "la loi contractuelle tient l'unité du patrimoine en l'état."⁸⁵

Cette règle contractuelle empêche le banquier de pratiquer l'affectation en garantie des comptes qu'il détient pour préserver sa créance en cas de saisie-arrêt ou d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Il cherche à rétablir le principe de l'unicité du patrimoine par le biais d'une convention annexe. Soit il procède à un accord d'unité de compte, c'est-à-dire que la pluralité de compte n'est considéré que comme une fragmentation pratique. Soit les parties passent un accord de compensation des soldes de comptes. Le recours obligé à une convention pour rétablir l'unité entre les différentes composantes d'un patrimoine doit-il être interprété comme la condamnation du principe de l'unicité du patrimoine?

2. *Hypothèse d'une affectation spéciale en garantie du solde d'un compte particulier* :

Il s'agit de la mise en gage d'un solde monétaire (compte de dépôt) ou d'un solde de droits sociaux depuis la dématérialisation des valeurs mobilières. Cependant l'opération est

⁸⁴D. MARTIN "Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires" D 1987 Ch. p. 229.

⁸⁵D. MARTIN op cit n°4.

analysée comme une mise en gage. C'est donc un problème en dehors de l'étude de la règle de l'unicité du patrimoine.

3. *Compte bancaire à affectation spéciale ouverts à des professionnels* :⁸⁶

Il s'agit du problème de la propriété des avoirs : est-elle au profit du professionnel (syndic de copropriété, agent d'assurance ou conseil juridique) ou de ses clients? Un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1991⁸⁷ précise que les clients du professionnel gestionnaire de tels groupements collectifs restent propriétaires des sommes déposées, le titulaire du compte ne peut en être le propriétaire. C'est seulement un dépôt de somme d'argent par l'intermédiaire d'un professionnel à titre de détention précaire. N'est-ce pas contraire au principe de fongibilité qui régit le fonctionnement du compte en banque⁸⁸? Pour éviter justement ce transfert de propriété au profit du professionnel, l'individualité des avoirs dans des comptes à rubrique doit être maintenue dans le patrimoine de ce professionnel.

Cet arrêt est intéressant pour notre recherche à deux égards.

D'une part, cette technique illustre la possibilité pour un sujet juridique d'affecter certains biens au profit d'un groupement dans un autre patrimoine que le sien. La qualification de dépôt empêche de parler de masse de biens affectée dans le patrimoine de ce professionnel. Ce sont les remettants qui affectent leurs avoirs au profit de la copropriété par l'intermédiaire du compte chez un professionnel. Ils peuvent donc revendiquer les fonds en cas de redressement judiciaire du professionnel, ils ne sont pas les "créanciers" du professionnel.

D'autre part, il met en exergue le rôle particulier de l'affectation des sommes dans des comptes à rubriques. Cette affectation empêche le transfert de propriété au profit du titulaire du patrimoine, elle deviendrait alors un obstacle au principe de fongibilité.

⁸⁶D. R. MARTIN "Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels" Revue de droit bancaire 1992 n°29 p. 2.

⁸⁷Civ 1, 14 mai 1991 Banque 1991 p. 869 obs J-L RIVES -LANGES. Cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure de la même juridiction du 20 avril 1983 qui avait admis l'appropriation des biens au profit du professionnel faute d'individualisation dans son patrimoine.

⁸⁸D. R. MARTIN, article op. cit. n°4.

3) Les apports partiels d'actifs, les apports en nature

a) Les apports partiel d'actifs

L'apport partiel d'actif, qui se présente comme un apport de certains biens faits par une société à une autre société déjà existante ou qui se constitue à cet effet, peut porter soit sur un bien isolé, soit sur "des éléments actifs et passifs d'une branche d'activité susceptible de fonctionner par ses propres moyens" ⁸⁹. L'opération prend la forme d'une augmentation de capital par apport en nature du côté de la société qui reçoit l'apport. Du côté de la société apporteuse, l'apport partiel d'actif constitue une cession d'un bien en contrepartie des actions émises à cet effet par la société bénéficiaire de l'apport.

Si le régime des fusions doit ainsi être appliqué à l'apport partiel d'actif, les parties ont également la faculté, s'il s'agit de sociétés anonymes, de se placer sous le régime des scissions ⁹⁰.

Le régime juridique des apports partiels d'actif soumis au régime des scissions a été, par deux arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, assorti de conséquences qui viennent bousculer la théorie de l'unicité du patrimoine.

Un premier arrêt, rendu le 16 février 1988⁹¹, est en effet venu affirmer "qu'une fusion et une scission entraînent la transmission universelle de la société qui disparaît au profit du ou des sociétés bénéficiaires, ces sociétés se substituant à elle dans tous ses droits, biens et obligations", ajoutant - et là est l'innovation - "que les mêmes conséquences sont attachées à l'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions pour la branche d'activité faisant objet de l'apport". A cet arrêt, qui assimile un apport partiel d'actif à une scission en lui

⁸⁹ Y. Guyon, *Droit des affaires*, Economica 1986, T. 1, p. 608, n° 638

⁹⁰ Loi du 24 juillet 1966, art. 387

⁹¹ Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 8, 1988 p. 130, n° 2, obs. A. Viandier et JCP E., I, 15177, obs. A. Viandier et Caussain.

appliquant le principe de la transmission universelle de patrimoine, a succédé un second, rendu le 5 mars 1991⁹², affirmant que "dans le cas d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, il s'opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant objet de l'apport".

Ces arrêts, qui visent tous deux les articles 381 et 387 de la loi du 24 juillet 1966, revêtent la forme d'arrêts de principe.

Ils n'en sont pourtant pas moins critiquables sur le terrain de la théorie du patrimoine⁹³ où il ne peut exister de transfert universel de patrimoine que si la société titulaire du patrimoine transféré disparaît : c'est là une "conséquence inéluctable de la conception française du patrimoine" ⁹⁴. Il existe en réalité une "incompatibilité logique entre l'idée même de fractionnement de patrimoine et du principe de l'unicité du patrimoine" : dans ce cadre la survie de la société apporteuse est "inconciliable" ⁹⁵ avec un transfert universel de patrimoine.

C'est que le transfert ne porte pas sur une universalité de droit - le patrimoine - mais sur une universalité de fait, la branche d'activité, ce qui ne permet pas la cession plus que parfaite de dette⁹⁶. Soutenir le contraire serait en effet "violer le principe de l'unicité du patrimoine" ⁹⁷". C'est pourtant cette volonté d'accompagner de plein droit l'actif transféré du passif afférent qui a sans doute conduit la Cour de cassation à raisonner - abusivement - en terme de fusion et de transfert universel de patrimoine. Il n'en demeure pas moins que, même critiquable et critiquée, cette atteinte supplémentaire au principe de l'unicité du patrimoine fait maintenant

⁹²Bull. Joly, mai 1991 n° 5, p. 500, § 171, note M. Jeantin et Rev. droit bancaire et bourse, n° 25, 1991, p. 102, n° 1, obs. A. Viandier

⁹³Ils le sont aussi sur le plan des textes, puisqu'aussi bien le sens de l'article 387 n'est pas d'assimiler un apport partiel d'actif à une scission, mais uniquement de le soumettre à la procédure des scissions. L'article 387 ne renvoie en effet pas à l'article 372-1 qui lie expressément la transmission universelle de patrimoine à la dissolution sans liquidation d'une au moins des sociétés participant à la fusion ou à la scission.

⁹⁴A. Viandier, Rev. droit bancaire et bourse 1988, n° 8, p. 130, n° 2. Pour certains cependant, la solution est incontestable : il s'agit d'une transmission universelle de patrimoine (Y. Reinhard, RTD Com. 1988, 639).

⁹⁵M. Jeantin, *La transmission universelle du patrimoine*, Mélanges Derruppé, Litec 1991, p. 287 s. M. Jeantin, Bull. Joly, mai 1991, n° 5, p. 500, § 172

⁹⁶M. Marteau-Petit, Jurisclasseur Sociétés, fasc. 164-H, n° 341

⁹⁷Ibid.

partie du droit positif et trahit encore une fois l'imprégnation du droit par des considérations économiques: le patrimoine d'affectation fait son chemin...

b) Les apports en nature

Aux termes de l'article 1832 du Code civil, l'apport en société consiste à "mettre quelque chose en commun". L'apport réalise la transmission d'un bien ou de la jouissance de celui-ci à la société, en contrepartie d'une ou plusieurs parts sociales (ou actions) attribuées à l'apporteur.

Les apports en nature sont ainsi tous les biens de production, autres que le numéraire, qui sont dans le commerce et qui peuvent être transmis à une société.

Si l'apport peut être fait en jouissance ou en usufruit, le schéma le plus fréquent est celui de l'apport en propriété. Dans ce dernier cas, bien qu'il y ait transfert de propriété, à la différence du régime de l'apport en jouissance, l'apporteur a vocation à reprendre la chose apportée en nature lors de la dissolution de la société (C. civ. art. 1844-9 al. 3). Dans cette mesure, "il ne peut donc pas être considéré comme ayant définitivement abandonné son bien⁹⁸" et, sous l'angle de la théorie du patrimoine, les biens apportés peuvent être appréhendés comme une "masse en suspens" ou un transfert temporaire que l'on pourrait rapprocher du mécanisme renaissant de la fiducie.

Il apparaît ainsi que le régime des apports en nature peut être considéré comme le révélateur d'une atteinte au principe de l'unicité du patrimoine dans la mesure où les biens échappent aux créanciers de l'apporteur.

⁹⁸Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, T 1, 12^e éd., LGDJ 1990, n° 734

B - LE POINT D'ARRÊT AUX TROUBLES DE LA FONCTION

Paradoxalement, c'est peut-être à travers l'application de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises qu'apparaît la limite des atteintes à la fonction pratique de l'unicité du patrimoine ; on aurait pu penser, en effet, que cette loi qui, dans plusieurs de ses dispositions semble traiter l'entreprise comme une entité autonome⁹⁹ et qui place l'apurement du passif au troisième rang en ses finalités, porterait un coup fatal à la théorie classique du patrimoine.

L'analyse révèle, au contraire, que le droit des procédures collectives conserve au principe de l'unicité du patrimoine sa fonction protectrice. Il le fait notamment lorsqu'il permet au Tribunal initialement saisi d'étendre la procédure de redressement judiciaire à une ou plusieurs personnes, en cas de fictivité de la société à l'encontre de laquelle la procédure a été ouverte ou de confusion des patrimoines. Cette extension de la procédure est d'origine légale ou jurisprudentielle.

1) L'extension légale

Il n'y a pas lieu d'examiner ici le mécanisme, prévu par l'article 178 de la loi du 25 janvier 1985, qui permet au Tribunal ayant prononcé le redressement judiciaire d'une société dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement (SNC, SCP, Société en commandite, en ce qui concerne les commandités, Société de fait, GIE et GEIE) d'ouvrir une procédure de redressement à leur encontre.

⁹⁹ La section III (Chapitre 1er, Titre 1er) traite de l'entreprise au cours de la période d'observation ; la sous section II du même chapitre de la gestion de l'entreprise et son paragraphe 1 de l'administration de l'entreprise ; le chapitre II (Titre 1er) est consacré au plan de continuation ou de cession de l'entreprise et la section III envisage la cession du patrimoine de l'entreprise. Enfin, le chapitre III du même titre s'intitule "la patrimoine de l'entreprise".

Il s'agit en effet d'une conséquence logique du statut des associés responsables sur leurs biens propres des dettes sociales qui n'interfère pas avec le principe de l'unicité du patrimoine ; on observe d'ailleurs que l'emploi du terme "extension " à propos du mécanisme de l'article 178 est impropre puisque la procédure ouverte contre chaque associé est distincte de celle applicable à la personne morale.

En revanche, l'extension de l'article 182 est certainement plus révélatrice du rôle protecteur dévolu à la théorie du patrimoine en matière de procédures collectives.

Dans la lignée de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967, cet article confère au Tribunal le pouvoir d'étendre le redressement judiciaire de la personne morale au dirigeant ayant abusé de ses fonctions.

Les divers cas d'abus de fonction énumérés à l'article 182 sont à la fois plus larges et différents de la faute de gestion de l'article 180. Pour M. GUYON "tous ces cas d'extension ont un fondement commun : le dirigeant a plus ou moins confondu le patrimoine de la société avec son propre patrimoine. On ne sait plus quels sont les biens sociaux et quels sont les biens personnels. La seule solution est de permettre aux créanciers sociaux de poursuivre le dirigeant sur ses biens personnels"¹⁰⁰.

L'idée de confusion des patrimoines expliquerait donc le mécanisme de l'article 182.

2) L'extension jurisprudentielle

L'extension jurisprudentielle vise les situations classiques de fictivité d'une société¹⁰¹ et de confusion des patrimoines¹⁰² : dans chacune de ces hypothèses, le Tribunal étend la

¹⁰⁰ Y. GUYON, Droit des affaires, Tome 2, 3e éd., ECONOMICA n° 1402

¹⁰¹ A.M. ROMANI, Les sociétés fictives dans les procédures collectives, Thèse, Nice, 1981.

¹⁰² M. BAUBRUN, "La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif", Rev. Jur. com. 1980, p. 41.

procédure collective, en son état, à la personne qui contrôlait la société fictive ou dont le patrimoine était confondu avec celui de la personne précédemment soumise à cette procédure.

La société fictive est "une société de façade dont les associés ne sont que des prête noms et qui masquent les agissements d'une autre personne physique ou morale"¹⁰³. C'est un fantôme juridique qui disparaît totalement en cas d'extension de la procédure. La société fictive est alors absorbée "dans le patrimoine de la personne qui l'avait constitué ; l'unité de la procédure correspond à l'unité du patrimoine"¹⁰⁴. A travers cette unité retrouvée du patrimoine, donc de la procédure, le droit sauvegarde ainsi les intérêts des créanciers.

Le deuxième cas d'extension jurisprudentielle concerne la confusion des patrimoines. On considère qu'il y a confusion des patrimoines lorsque les patrimoines de deux ou plusieurs personnes sont tellement imbriqués qu'on ne parvient pas à déterminer qui est créancier, débiteur ou propriétaire de quoi.

A l'évidence, cette hypothèse est inhérente aux groupes de sociétés dans lesquelles l'indépendance juridique et patrimoniale des sociétés se trouve nécessairement entravée.

L'extension de la procédure offre alors aux créanciers une protection accrue¹⁰⁵ ; cependant, à la différence de l'extension en cas de fictivité, ici "l'unité de la procédure n'entraîne pas la disparition des personnalités juridiques ; les personnes dont les patrimoines ont été confondus demeurent indépendantes ; ... l'unicité de la procédure n'entraîne pas une fusion de fait entre les sociétés"¹⁰⁶.

C'est donc le réalisme qui porte les Tribunaux à considérer comme une "unité". L'extension de la procédure apparaît à la fois comme une solution protectrice de l'intérêt des créanciers et respectueuse de l'unicité du patrimoine.

¹⁰³ Ph. PETEL, Bull Joly, fév. 1990, p.190

¹⁰⁴F. DERRIDA, P. GODE, J.P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3e éd., Dalloz n° 585

¹⁰⁵ Les créanciers peuvent également être protégés par l'exercice d'une action en comblement du passif de la société membre du groupe intentée contre la société mère ; ils peuvent encore agir contre la société mère parce qu'elle a créé une apparence.

¹⁰⁶F. DERRIDA, P. GODE, J.P. SORTAIS, Op.. cit., n° 585

Toutefois certaines juridictions ont été tentées de soumettre toutes les sociétés d'un même groupe à une procédure unique, au motif qu'elles constituaient une seule entreprise. Ce mouvement jurisprudentiel récent a suscité de vives critiques¹⁰⁷. Si l'on peut comprendre en effet le souci des Tribunaux d'assurer l'unité de la procédure en cas de confusion des patrimoines, on ne saurait, pour autant, considérer l'unité d'entreprise -fondée elle-même sur la communauté d'intérêts indissociables entre toutes les sociétés d'un même groupe-, comme une cause autonome d'extension de la procédure : une telle jurisprudence permettrait certes d'assurer la fonction pratique de l'unicité du patrimoine, mais ce serait en méconnaissance de sa conception théorique.

Quel que soit l'avenir de cette jurisprudence, elle constitue un symptôme de plus des maux dont souffre, en droit des affaires, le principe de l'unicité du patrimoine, sauf à observer que confondus ces patrimoines ne font plus qu'un, constituant un gage unique, conformément à l'article 2092 du Code civil.

¹⁰⁷ F. DERRIDA, "L'unité d'entreprise" est-elle une cause autonome d'extention de la procédure de redressement judiciaire ?, Mélanges Derruppé, GLN - Joly, Litec, 1991, p. 29,

Coordination : Christophe PICHON
Eric BARON

LA REALITE DE L'UNICITE DU PATRIMOINE

SYNTHESE DE DROIT PUBLIC

C. PICHON
E. BARON

Synthèse Droit Public

Introduction : - La pertinence de l'approche publiciste
- La spécificité du patrimoine public

I - Affectation et propriété : Le flou de la doctrine dominante

A - La spécificité du régime des biens publics fondée sur l'affectation
B - Les tentatives de justification de la domanialité publique dans le cadre de la propriété

II - La remise en cause du principe de l'unicité du patrimoine

A - Les contradictions à la règle dans l'analyse des pratiques
B - L'ébauche de contestations explicites de la règle.

Dans le cadre d'une recherche pluridisciplinaire, le droit public se devait d'être présent. Sans doute certaines des conséquences du principe de l'unicité du patrimoine y revêtent un intérêt moindre. Il en est ainsi du droit de gage général des créanciers, les personnes publiques ne pouvant faire l'objet de voies d'exécution. A l'inverse, l'omniprésence de la notion d'affectation milite en faveur de cette interrogation.

La spécificité du droit public se manifeste immédiatement.

Il résulte de l'étude bibliographique que la notion de patrimoine n'est pas usuelle en droit public.

Ainsi faut-il relever que le terme de patrimoine ne figure dans aucun des ouvrages généraux de droit administratif, tant à la table des matières qu'à l'index alphabétique. Il en est de même - mises à part de rares exceptions - dans les ouvrages relatifs à des aspects spécifiques du droit administratif.

En effet, l'étude du patrimoine fait l'objet d'une parcellisation. Le droit administratif recourt à la notion de domaine pour qualifier le patrimoine des personnes publiques, mais cette substitution n'est pas parfaite puisque, depuis la législation révolutionnaire, le domaine a été amputé de tous les droits incorporels qui sont passés dans la notion voisine de finances publiques.

Cette première segmentation ne réalise pas l'unique division du patrimoine public. En effet, la théorie du domaine a assez récemment fait place à une seconde ligne de partage entre les biens, en fonction de leur affectation. Les uns constituent le domaine public, les autres le domaine privé.

Il faut, par ailleurs, relever que le domaine public apparaît, en raison de sa particularité, comme objet d'étude plus largement traité et exploré que le domaine privé.

Les caractéristiques du "patrimoine" public sont donc originales. Pourtant, et c'est le trait le plus marquant, force est de constater l'absence d'une théorie du patrimoine.

S'attachant à la notion de propriété, la doctrine dominante tente de la concilier avec celle d'affectation et aboutit à un flou relatif. Aussi, émerge une mise en cause implicite et explicite du principe de l'unicité du patrimoine.

I - Affectation et propriété : Le flou de la doctrine dominante

Bien que l'émergence du domaine public consacre la notion d'affectation, la doctrine dominante a tenté d'analyser son régime dans le cadre de la propriété.

A - La spécificité du régime des biens publics fondée sur l'affectation.

L'Ancien Droit connaît un patrimoine unique : le domaine de la couronne. Propriété du Roi, les biens qui le composent sont inaliénables. Ce principe est clairement affirmé dans l'Edit de Moulins (1566).

Avec la Révolution les biens constituent le "domaine national" et la loi du 1er décembre 1790 ("Code domanial") réaffirme le principe : "*Le domaine national et*

les biens qui en dépendent sont et demeurent inaliénables sans le concours de la Nation” (art. 22). En revanche, la notion de domaine est révisée. Elle est amputée des droits incorporels qui relèvent désormais des finances publiques.

Le Code civil ne remet pas ce régime en cause. Mais la doctrine, notamment Victor PROUDHON, conteste le bien fondé de l’inaliénabilité appliquée indifféremment à tous les biens du domaine.

“La raison profonde de cette élaboration doctrinale a été le sentiment, de plus en plus éveillé, de la nécessité d’admettre pour certains biens publics, mais en même temps de limiter à eux un régime exorbitant du droit civil, en particulier de conserver pour eux, sous une forme nouvelle, le principe de l’inaliénabilité” (de LAUBADERE, Traité de droit administratif).

Ces biens sont ceux qui, de par leur affectation à l’intérêt général, doivent ressortir du droit public. Les autres biens relèvent du droit privé et des juridictions judiciaires.

La doctrine ayant dégagé cette distinction entend trouver une justification aux différences de régime entre biens du domaine public et du domaine privé par référence à la propriété.

B - Les tentatives de justification de la domanialité publique dans le cadre de la propriété

Si un consensus se dégage quant à l’affectation comme critère de départ entre domaine privé et domaine public, les auteurs sont en désaccord sur la justification de la domanialité publique par rapport à la propriété.

Un premier courant doctrinal, derrière PROUDHON et BERTHELEMY, fait valoir que les biens du domaine public sont insusceptibles de propriété. Leur affectation à l’intérêt général, à l’usage de tous, exclut leur appropriation. Dès lors n’existe à leur égard qu’un droit de “garde” et de “surintendance”, la personne publique ne disposant ni de l’usus, ni du fructus, ni de l’abusus. (PROUDHON, Traité du domaine, 5 vol., 1833-1834, 2ème éd. 1843 ; BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, 13ème éd. 1933, p. 477 et ss).

Proposé par HAURIOU et WALINE, un deuxième courant, qui prévaudra, considère à l’inverse qu’on doit admettre que ces biens sont l’objet d’une propriété. Reconnaissance de la propriété donc, mais d’une propriété spéciale, affectée, à laquelle HAURIOU donne le nom de “propriété administrative”. Il s’agit d’une notion transposée du droit civil avec un fond essentiel commun, mais des différences (cf. HAURIOU, L’utilisation en droit administratif des principes du droit privé, Recueil en l’honneur de F. GENY, p. 92).

“L’effet de cette transposition est de paralyser les conséquences ordinaires de la propriété dans tous les cas où elle serait incompatible avec l’affectation” (LAUBADERE, Traité de droit administratif, T.2, 8è éd. par J-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, LGDJ 1986p. 148).

Mais, comme le fait remarquer BERTHELEMY, *“si par l’expression de “propriété publique” (administrative) on entend un droit sui generis qui n’est pas la propriété selon le droit civil, il ne s’agit plus que d’une querelle de mots. Mais, si la prétendue propriété publique reste la propriété, nous ne voyons pas en quoi l’adjectif qui en indique l’affectation en put changer le caractère”* (H. BERTHELEMY, op. cit. p. 476).

Malgré cette critique de l'acceptation de la propriété et de ses conséquences, la doctrine dominante ne remet pas en cause le principe de l'unicité qui interviendra ultérieurement.

II - Une remise en cause du principe de l'unicité du patrimoine

La compréhension des divers mécanismes analysés par les auteurs sous entend une remise en cause implicite de la règle, qui conduit certains à la mettre en cause expressément.

A - Les contradictions à la règle dans l'analyse des pratiques

Les critères de la domanialité publique ont été clairement dégagés par la doctrine et la jurisprudence.

Le domaine public est constitué par l'ensemble des biens affectés soit à l'usage du public, soit à un service public, un aménagement spécial étant alors nécessaire ; toutefois ce dernier critère tend à être étendu aux biens affectés à l'usage du public.

L'affectation est donc le critère de répartition. Or, cette notion est d'autant plus fondamentale qu'elle s'impose aux personnes publiques propriétaires et commande application de régimes juridiques différents.

Dès lors, les biens du domaine public ne peuvent être dissociés des buts auxquels ils sont affectés. Cette affectation marque la limite des droits des personnes publiques sur leur patrimoine (J. DUFFAU, *Le Domaine Public*, éd. du Moniteur, 1988).

Cette attribution contraignante d'un régime spécifique à certains biens, identifiés par leur affectation contribue à constituer au sein du patrimoine des personnes publiques des masses distinctes. Un tel isolement de biens paraît en contradiction avec le principe de l'unicité.

Ainsi, par exemple, si les personnes publiques peuvent accorder des autorisation d'occupation privative de leur domaine public, celle-ci doit être compatible avec son affectation (CE 19 JUIN 1931, Ville de Sarreguemines, Rec. 657; CE 3 mai 1953, Commune de Saint Brévin, RDP 1963, P. 1174, note WALINE).

La théorie des mutations domaniales, en opérant "*une dissociation entre la détention du droit de propriété et de la maîtrise de l'affectation*" (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, Monchrétien, 1965, p.321) renforce encore le lien entre les biens du domaine public et leur but. En effet, l'Etat s'est vu reconnaître le droit de modifier unilatéralement l'affectation des dépendances du domaine public des collectivités publiques, sans préjudice de leur droit de propriété (CE 16 juillet 1909, Ville de Paris, Rec. 707, conclusions TESSIER). Ainsi, afin de réguler l'utilisation des biens publics, l'Etat peut imposer à la personne propriétaire une affectation de ceux-ci.

En matière de finances publiques, la règle de l'unité budgétaire est incluse dans la définition du budget. Aux termes des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, "*le budget est constitué par l'ensemble des comptes qui décrivent, pour une année civile, toutes les ressources et toutes les charges permanentes de l'Etat*".

Cette règle tend à regrouper dans un unique document les recettes et les charges de l'Etat, permettant une vue d'ensemble immédiate de sa situation financière.

Son corrolaire principal est la règle de la non-affectation. En application de celle-ci, chaque recette perçue est intégrée dans la globalité du budget. Dès qu'une recette est perçue, elle perd donc sa particularité en tombant dans la caisse du Trésor.

Toute tentative de distinction de recettes ou de dépenses du cadre du budget général constitue une gestion de fait et est sanctionnée par le juge des comptes.

Toutefois, la règle, ainsi présentée idéalement, connaît des amodiations.

D'une part, la multiplication des services dotés de la personnalité financière fait naître des budgets particuliers.

D'autre part, les nécessités pratiques ont conduit à aménager la règle. Ainsi, peut-on relever l'existence de comptes d'affectation spéciale (Fonds forestier national, compte d'emploi de la redevance audiovisuelle...), financés sur des ressources qui leur sont affectés par exception au principe de l'unité.

Ces pratiques, régulières, marquent les limites du principe de l'unité budgétaire.

B - L'ébauche de contestations explicites de la règle

De manière isolée, un auteur contemporain développe explicitement une critique de la théorie de l'unicité du patrimoine. Un autre préconise un détour par le droit anglais.

Critique de la théorie d'AUBRY et RAU

La référence à la théorie d'AUBRY et RAU retenue par l'auteur est très marginale en droit public (B; DELCROS, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat, th. Pris 1976, LGDJ).

Il relève que la théorie classique est indissolublement liée à la personne juridique. Chaque personne ayant un patrimoine et un seul, l'unité du patrimoine impliquerait donc qu'il fut géré par un seul centre et qu'il soit destiné à la réalisation d'un but unique.

Mais force est de constater selon l'auteur que la théorie d'AUBRY et RAU est en partie contredite par les faits avec l'existence de patrimoines d'affectation. Les services de l'Etat *"auraient finalement, grâce aux droits qu'on leur aurait conférés ou qu'ils se seraient octroyés par leur organisation et leur fonctionnement propres, un patrimoine autonome susceptible d'être considéré comme le leur. On assiste donc à un éclatement, à la division du patrimoine de l'Etat"*.

L'auteur démontre la véritable autonomie du patrimoine affecté à un service de l'Etat qui n'est pas doté de la personnalité juridique ;

- d'une part, dans la mesure où un service de l'Etat est soumis en tant que tel à la fiscalité directe, qu'elle soit d'Etat ou locale, c'est que le patrimoine touché par cet impôt est considéré comme propre à ce service ;

- d'autre part, la gestion du patrimoine de l'Etat affecté aux divers organismes le composant met en avant l'existence d'intérêts patrimoniaux distincts, révélés à travers l'exécution d'obligations contractuelles entre les divers services.

Marqués par la théorie d'AUBRY et RAU, la plupart des auteurs n'ont

envisagé le contrat avec "soi-même" que dans le cadre de la représentation. Mais, celui-ci peut être expliqué par la théorie de la dissociation des patrimoines au sein d'une même personne juridique. *"Le problème est de savoir, si acceptant d'abandonner une vision trop anthropomorphique de la personnalité morale, on pourrait admettre que, personnalité d'une part, et patrimoine d'autre part, sont deux notions qui peuvent être dissociées"*.

Ainsi, un patrimoine ayant été affecté à certains services de l'Etat en vue de la fonction qui leur a été assignée, les contrats que ceux-ci passent visent à la défense de leur intérêt d'ordre strictement patrimonial. En effet, bien que subordonnés à l'intérêt de l'Etat, on peut déceler des intérêts propres aux services ayant contracté entre eux.

Il y a donc une division du patrimoine de l'Etat à travers les services qui le composent. On se trouve donc en présence d'un patrimoine affecté.

La référence au droit anglais

L'insuffisance des théories relatives au domaine suscite une critique. En effet, un auteur (Ch. LAVIALLE, "Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations", RDP 1990, p. 569 et ss) considère qu'il *"peut être pertinent de s'interroger sur la nature des droits exercés sur le domaine en allant au-delà du cadre classique du droit français, trop axé sur le rapport de propriété, sur le lien entre une personne et une chose"*.

Cette démarche mène l'auteur à la rencontre du droit anglais et plus précisément du Trust. En effet, l'étude de la jurisprudence confirme que *c'est "l'usager affectataire (qui) fait le domaine public ; la domanialité publique provient de la destination publique"*.

Il en résulte que l'affectataire (le bénéficiaire du Trust) a un droit protégé à l'usage conforme qui correspond à l'affectation de la dépendance. Les autres usages doivent être compatibles avec l'affectation de la dépendance et sont subordonnés à autorisation.

L'affectation du domaine à l'usage de tous implique aussi et surtout son inaliénabilité. Certes une personne publique peut procéder à une désaffectation qui permet de ranger une dépendance dans le domaine privé et de le rendre aliénable. Mais, cet argument ne vaut, semble-t-il, *"qu'appliqué à une dépendance déterminée et non pour le domaine public pris en tant que tel qui, lui, est bien inaliénable"*.

"Penser le domaine public comme un patrimoine fondatif ou trust assurerait plus clairement la situation de l'usager affectataire et permettrait de limiter les distorsions entre les textes, la jurisprudence et la pratique en matière de domanialité publique".