

Université de Cergy-Pontoise
Licence en droit – 2^{ème} année

TRAVAUX DIRIGÉS DE
DROIT DES BIENS

Fiche n° 1

Introduction au droit des biens

2016-2017
Cours de M. Julien Laurent

CONTENU DE LA FICHE

Doc. 1 : Indications bibliographiques

Doc. 2 : Conseils pour les exercices écrits

Doc. 3 : La hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation

Doc. 4 : Le plan du Code civil (extraits)

Doc. 5 : J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », Petites Affiches, 15 juin 2005, n° 118.4.

Doc. 6 : H. PERINET-MARQUET : « Regard sur les nouveaux biens », JCP G. n° 44, 1er Novembre 2010, doct. 1100.

EXERCICES

D'après les documents n°4, 5 et 6 (et en vous aidant d'un dictionnaire des termes juridiques afin de comprendre le sens des notions que vous n'avez pas encore étudiées), déterminez la place du droit des biens dans le Code civil.

* * *

Doc. 1 : Indications bibliographiques

C. Atias, Droit civil, Les biens, Litec, 12^{ème} éd., 2014

J. Carbonnier, Droit civil, vol. 2, Les biens, Les obligations, PUF, Quadrige, 2004

G. Cornu, Les biens, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2007

W. Dross, Droit des biens, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2014 (manuel)

W. Dross, Les choses, éd. LGDJ, 2012 (traité)

C. Larroumet, Droit civil, Les biens, Droits réels principaux, Tome II, Economica, 5^{ème} éd., 2006.

J. Lefevre, Leçons de droit des biens, Ellipses, 2009

Ph. Malaurie et L. Aynès, Les biens, 5^{ème} éd., Defrénois, 2013

M-L. Mathieu-Izorche, Droit des biens, éd. Sirey, 2013

H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, Les biens, 10^{ème} éd. par F. Chabas et V. Ranouil, Montchrestien, 2000

N. Reboul-Maupin, Droit des biens, 4^{ème} éd. Dalloz, coll. Hypercours, 2012

J.-B. Seube, Droit des biens, Litec, Coll. Objectif droit, 2010

S. Schiller, Droit des biens, Dalloz, 5^{ème} éd., 2011

Y. Strickler, Les biens, PUF, coll. Themis, 2006

F. Terré et Ph. Simler, Les biens, Dalloz, 9^{ème} éd., 2014

F. Zénati et T. Revet, Les biens, Droit fondamental, 3^{ème} éd. PUF, 2008

Doc. 2 : Conseils pour les exercices écrits

Vous trouverez dans ce document les conseils vous permettant de réussir les épreuves écrites en droit. Ces épreuves sont principalement de trois types : le commentaire de texte (le plus souvent une décision de justice), le cas pratique et la dissertation. Avant de présenter la méthodologie propre à chacun de ces trois types d'épreuve, quelques conseils communs à tous les exercices doivent être donnés.

Les épreuves écrites en droit sont principalement de trois types : le commentaire de texte (le plus souvent une décision de justice), le cas pratique et la dissertation. Avant de présenter la méthodologie propre à la dissertation,

quelques conseils communs à tous les exercices doivent être donnés. La méthodologie du commentaire d'arrêt et celle du cas pratique vous seront présentées dans les prochaines séances.

CONSEILS COMMUNS À TOUS LES EXERCICES ECRITS

Le premier conseil est de garder constamment à l'esprit la nature du sujet et les objectifs qu'il convient d'avoir en vue pour le traiter convenablement. Une dissertation n'est pas un cas pratique. Un cas pratique n'est pas un commentaire de texte. Demandez-vous souvent : « mon devoir répond-il aux exigences propres au sujet donné ? » ; « Suis-je bien en train de résoudre un cas pratique ou bien en train de commenter un texte ? » ; « Ne suis-je pas en train de tomber dans le registre de la récitation de cours ? ».

Il importe ensuite de lire attentivement le sujet. Cela signifie deux choses.

Tout d'abord, il faut identifier avec précision les limites de l'exercice qui vous est donné. Commenter une décision de justice n'est pas la même chose que répondre à une question précise à propos d'une décision de justice. De même, envisager tous les aspects d'un cas pratique, n'est pas la même chose que répondre à une question précise posée à la suite d'un cas pratique. Ne faites que ce qui vous est demandé mais faites tout ce qui vous est demandé !

Ensuite, dans les cas où le sujet est un commentaire de texte ou un cas pratique, il faut n'oublier aucun passage du texte ou de l'énoncé des faits.

La lecture du sujet doit être la plus « neutre » possible. Il ne doit pas s'agir, au moins dans un premier temps, de chercher à plaquer sur le sujet vos connaissances. A cet égard, il est préférable de ne pas souligner trop rapidement les mots qui vous paraissent importants. Ce serait prendre le risque d'« enfermer » votre analyse du sujet dans une vision trop limitée, qui serait celle d'une première lecture.

Une fois le sujet attentivement lu, il faut délimiter avec précision votre devoir. En utilisant vos connaissances, vous devez identifier ce qui doit être traité et ce qui, au contraire, ne doit pas être abordé. Demandez-vous souvent : « ai-je tout dit du sujet ? », « ne suis-je pas hors-sujet ? ».

Les devoirs doivent être présentés d'une manière simple, qui permette à un lecteur censé ne pas connaître la matière de comprendre votre raisonnement, votre démonstration. Cela vaut autant pour le style (la sobriété est une qualité !) que pour le fond. Avant de rentrer dans les détails, n'oubliez donc pas de rappeler les règles générales ou les définitions.

L'étape du brouillon est importante. Mais il ne faut pas s'y attarder trop. Elle doit permettre de fixer les grandes lignes du raisonnement ou de lister les points qui seront approfondis dans le devoir. En revanche, elle ne saurait être une occasion de parfaire la rédaction du devoir. La rédaction doit être entreprise directement « au propre », faute de temps le plus souvent.

Une mobilisation rapide des connaissances est capitale. Il importe donc de connaître parfaitement les éléments de cours et d'être capable d'en proposer une restitution fidèle et précise. Un effort de mémorisation des définitions est à cet égard incontournable.

MÉTHODOLOGIE DE LA DISSERTATION

La dissertation en droit ne présente pas de spécificités par rapport à la dissertation à laquelle vous avez été habitués lors vos études antérieures en sciences humaines, que ce soit en histoire, en philosophie ou en français par exemple.

Il importe toutefois de rappeler quelques conseils élémentaires :

- Le **sujet doit être parfaitement** cerné. Chaque mot doit être pris en compte. Le choix d'un mot plutôt que d'un autre doit être relevé. Il faudra ainsi réfléchir à la signification de chaque mot du sujet puis des mots du sujet mis ensemble (ex : « la loi est-elle toujours au fond un contrat ? », les mots loi et contrat devront être analysés avant d'envisager ce qu'impliquerait qu'une loi soit envisagée comme un contrat).
- Il faut résister à la tentation de n'aborder que la partie la plus évidente du sujet (ne parler que de la loi ou que du contrat) mais au contraire rechercher **toutes les implications du sujet**, tous les exemples les plus atypiques. Ce rassemblement des matériaux ne doit pas être négligé. Car de sa qualité dépend largement la qualité de la dissertation dans son ensemble. C'est à partir de ce rassemblement que pourra s'élaborer un plan.
- Il convient de dégager une **problématique**. Une dissertation n'est en effet pas une compilation de connaissances sur un thème donné (ne pas récitez votre cours sur la loi ou le contrat). Il faut donc trouver un fil conducteur et mener une véritable **démonstration**. Vous devez livrer au correcteur votre approche de la question posée, en menant un exposé cohérent, en vous appuyant sur vos connaissances juridiques (ex : en quoi une loi peut-elle être rapprochée ou opposée avec le contrat ? Qu'y a-t-il de contractuel dans la loi ou réciproquement, de normatif dans le contrat ?).
- Les connaissances doivent s'effacer derrière la démonstration. Elles ne doivent être mobilisées qu'au soutien de la dissertation.
- Il faut éviter le bavardage (ou le café du commerce !), ce qui suppose une maîtrise irréprochable du cours et des connaissances acquises en TD.
- Le **plan** se construit à partir de la démonstration. Ex : si vous comptez démontrer en quoi loi et contrat s'oppose radicalement, un I/ sera consacré aux rapprochements que l'on peut faire entre les deux notions avant de voir dans un II/ en quoi ces notions sont irréductibles l'une à l'autre ; inversement si votre démonstration tend à répondre positivement à la question posée. Le plan doit vous permettre, outre de présenter votre démonstration de manière harmonieuse de ne pas vous répéter ni vous contredire...
- Le plan « classique » (commencez par maîtriser celui-ci avant de vous lancer dans des plans plus audacieux...) comprend **au moins** deux parties (I/II) et deux sous-parties (A/B). On peut ensuite décliner suivant la précision de votre pensée et l'importance de vos connaissances (1/2 ; a/b ; etc.). Mais la subdivision ne rime pas nécessairement avec qualité : le plan n'est là que pour assurer la clarté et l'élégance de votre propos. Veillez donc davantage à la clarté de vos titres (et à leur brièveté, toujours signe d'efficacité) qu'à leur nombre. Sous les intitulés doivent **impérativement**, sous peine de pénalisation, se glisser des paragraphes très brefs (des « chapeaux ») qui annoncent la sous-division (ex : sous le I/ on annonce le balancement A/B). Ces chapeaux sont très importants car ils donnent tout de suite au lecteur la structure suivie par le devoir. C'est exactement l'équivalent d'un synopsis au cinéma ou d'un livret à l'opéra. Sans eux, le lecteur (ou le spectateur) est perdu.
- **L'introduction** est une partie importante qui représente en général un tiers du devoir. Elle ne se différencie pas d'une introduction de dissertation classique (celle du lycée). Elle commence par une **phrase d'attaque**, en principe efficace, c'est-à-dire une courte phrase destinée à présenter

rapidement le sujet et, pourquoi pas, où vous voulez en venir. Elle doit ensuite aborder les termes du sujet de manière générale avant d'aborder la question de leur mise en problématique, c'est-à-dire la façon dont vous avez choisi d'aborder le sujet. Enfin, elle se termine impérativement par **l'annonce du plan** (I et II : « nous verrons, dans une première partie ceci et dans une seconde partie cela »).

- **La rédaction** du corps du devoir proprement dit n'est pas de la littérature. Il s'agit, sous forme de phrases courtes, de présenter simplement vos idées sous-tendues par vos connaissances juridiques simplement exposées. Quand vous changez d'idée, utilisez volontiers les liaisons (néanmoins, cependant, en outre, etc.) et n'hésitez pas, si besoin est, à revenir à la ligne. N'oubliez pas que vous êtes lu et que le cheminement de votre pensée doit être le plus limpide possible, sur le fond comme sur la forme.
- Enfin, votre devoir se termine par une **conclusion** assez courte censée donner la synthèse de ce qui a été dit. Idéalement, en contrepoint de celle-ci vous pouvez à ce stade tenter d'élargir la réflexion en étendant le sujet ou en faisant une proposition générale (tout dépend du sujet posé). Ex : « Finalement, on en vient à se demander si, au même titre qu'une loi est un contrat entre les membres d'une société donnée, le contrat ne pose pas une norme, la norme des cocontractants ».

METHODOLOGIE DU CAS PRATIQUE

Le cas pratique consiste à présenter, sous une forme argumentée, la solution pratique, en suivant un **raisonnement juridique**, à un problème pratique posé directement à la suite d'un énoncé de faits ou bien à un problème s'inférant des faits. Par exemple, un client vient vous trouver et vous demande s'il peut obtenir l'exécution de tel contrat qu'il a conclu avec tel autre personne. Ou bien un ami vient vous trouver et vous demande de manière plus générale ce que vous pensez de sa situation juridique au regard du bail qu'il a conclu avec tel bailleur. C'est un exercice qui vous place dans la situation effective de nombreux professionnels du droit (avocat, magistrat, notaire...). Dans le premier cas, le cas pratique, est fermé ou à questions multiples. C'est la version la plus simple de l'exercice car les questions, en quelque sorte, guident vos réponses. La forme est élémentaire : il suffit de répondre, pas à pas, aux questions posées. Dans le second cas, le cas pratique est dit ouvert. La question n'est pas clairement exprimée : elle se formulera sous la forme d'un « qu'en pensez-vous ? » ou encore « quelle est sa situation juridique ? ». L'exercice est plus difficile car vous avez alors la main sur le cheminement et la forme que doit suivre votre devoir. Plusieurs écoles s'affrontent : certains préconisent un plan ; d'autres, le traitement, question par question, du chemin que vous aurez choisi pour traiter votre cas pratique, après avoir exposé brièvement celui que vous emprunterez. En vérité : le choix importe peu du moment que votre devoir est rigoureux et clair et que vous veillez à bien séparer les différentes étapes de votre raisonnement. Tout dépend donc ou presque de la forme sur ce plan – d'où l'importance de travailler encore et encore votre expression écrite.

Comme tous les exercices juridiques, le cas pratique suppose que vous ayez appris votre cours. Il suppose aussi et surtout que vous fassiez preuve de rigueur et de cohérence dans le raisonnement juridique.

Le travail préparatoire (§1) vous permettra de passer à la phase de rédaction proprement dite (§2). Vous éviterez de commettre certaines erreurs, assez répandues (§3).

§1 Le travail préparatoire

La phase de préparation est essentielle. Elle commence par plusieurs lectures de l'énoncé du cas pratique. Il ne faut pas sélectionner trop vite les éléments pertinents mais au contraire prendre le temps de s'imprégner de tous les faits avant d'opérer **le tri entre ce qui est essentiel**, ce qui est secondaire et ce qui est dépourvu d'intérêt. Ce tri est important car il vous servira au moment de la résolution du cas, lorsqu'il s'agira d'appliquer la règle applicable aux faits concrets.

Les faits étant connus, il faut les qualifier et déterminer ainsi les problèmes de droit posés (si l'énoncé ne le fait pas). C'est l'étape cruciale : il s'agit simplement – mais c'est parfois difficile – de « traduire » les litiges purement factuels en **problématique** posées **en termes juridiques** – d'où l'importance d'avoir une bonne pratique des arrêts car c'est le même exercice.

§2 La rédaction du cas

La qualité de l'argumentation et la cohérence de la démonstration sont décisives. Il n'est pas nécessaire d'adopter un plan. Vous identifierez les différentes questions qui se posent et les résoudrez dans l'ordre qui vous paraît le plus logique. Si la réponse est longue, il est possible de la couper en plusieurs développements appelés par des titres.

La résolution d'un cas pratique suppose de respecter les étapes suivantes :

Il faut commencer par énoncer les faits pertinents par ordre chronologique en les qualifiant (c'est-à-dire en les rattachant à la catégorie juridique qui leur convient). Comme pour le commentaire de décision de justice, il faut donc s'abstraire des faits matériels et raisonner en termes juridiques généraux.

Il convient ensuite de présenter le problème de droit (là encore en des termes généraux). Ex : M. A a vendu à M. B. une voiture qui s'avère après deux jours d'usage, défectueuse (le carburateur est très endommagé. M. A s'interroge sur ses recours (cas pratique ouvert). Traduction : Il s'agit de s'interroger sur les recours dont dispose un acquéreur contre son vendeur en cas de défaut de la chose vendue.

Pour résoudre les problèmes posés, il convient d'identifier les règles applicables (rassembler ses connaissances de cours, les textes applicables, les arrêts) puis d'appliquer les règles aux données du cas (en commençant par le principe puis en poursuivant par les exceptions). Vous résoudrez alors le problème de droit en mobilisant les règles applicables. Cette étape du raisonnement doit être soigneusement argumentée. Elle consiste à confronter la situation d'espèce, correctement qualifiée, aux règles de droit applicables. Au fond, la résolution d'un cas pratique, une fois la problématique posée, consiste en un pur syllogisme, d'où l'importance de maîtriser ce mode de raisonnement.

Vous formulerez ce passage de la règle aux faits concrets au correcteur par les formules consacrées « **En droit** » (pour la ou les règle(s) de droit applicable(s) ou la jurisprudence applicable, en partant *du principe pour aller aux exceptions*) et « **En l'espèce** » (pour les faits *pertinents* à l'application de la règle ; ainsi, pour l'application de la garantie du vendeur, les faits pertinents seront ceux qui font référence au défaut que présente le véhicule).

Une conclusion au cas pratique pourra enfin être proposée. Elle doit être concrète et répondre parfaitement à ce qui vous a été demandé. Ex : M. B aura toutes les chances d'obtenir devant un juge, soit un remboursement de la somme versée ; soit une réduction de son prix. Une bonne technique : pensez à quelqu'un qui n'entend rien au droit, que voudra-t-il entendre ? Le texte qui lui est applicable ou la conséquence concrète pour son affaire ? Une conclusion de cas pratique est courte : une phrase ou deux, au plus.

§3 Les erreurs fréquentes

- les solutions non justifiées : il faut que le problème juridique et les raisons, de droit et de fait, qui justifient la solution proposée, apparaissent explicitement dans le devoir ; une solution non justifiée n'a aucune valeur.
- la récitation de cours : il faut absolument éviter l'erreur fréquente qui consiste à « démembrer » de manière artificielle le syllogisme. On évitera notamment de réciter son cours dans une première partie du raisonnement sans le mettre en rapport avec les faits puis, dans une deuxième partie, de donner les réponses directement au cas pratique sans les justifier en laissant le soin au correcteur de faire le lien.
- Les ellipses (justification partielle) : omission de parties essentielles du raisonnement (ex : la règle qui déroge à un principe est appliquée au cas alors même que l'applicabilité du principe n'a pas été démontrée)
- Le hors sujet : pour faire un cas pratique, il est indispensable d'avoir des connaissances... mais il faut discerner ce qui est pertinent pour le cas pratique de ce qui ne l'est pas. Réciter des connaissances ou citer des textes de loi sans pertinence n'est bien évidemment pas de nature à vous rapporter des points. Au contraire.
- Les jugements personnels : Vous n'avez pas à vous prononcer sur la conduite des personnages évoqués dans le cas pratique ni à donner votre avis personnel sur ce qu'il convenait de faire. Seul un avis juridique permettant de répondre à la question posée est pertinent.

METHODOLOGIE DE LA FICHE D'ANALYSE D'ARRET

La fiche d'arrêt consiste dans une **présentation** analytique d'un arrêt ; c'est une forme élaborée de lecture d'une décision judiciaire. Pour le dire simplement, il s'agit de « résumer » la décision qui vous est soumise, en listant de manière systématique les éléments essentiels de la construction de celle-ci. Ces éléments sont :

1) Les faits :

Il s'agit de relever les faits pertinents à l'origine du litige (*ex : M. Dupont a acheté une voiture de 1995, pour une somme de 7000 francs à M. Durand en 1997. En 2009, M. Dupont découvre que la voiture n'est pas de l'année convenue et il demande remboursement à M. Durand qui refuse. M. Dupont intente une action en justice*). Le but de cette étape est de comprendre les événements ayant donné naissance au procès. Ne négligez pas cette recherche car elle est souvent essentielle à la compréhension globale de la décision. Faites attention à la chronologie et qualifiez juridiquement les parties en présence (*ex : M. Dupont devient l'acheteur dans votre résumé des faits et M. Durand le vendeur ; « l'affaire » qui les lie est un contrat de vente*). Restez neutre, ne prenez aucunement parti : il s'agit de faire une présentation objective.

2) La procédure :

Il s'agit de retracer « l'historique » du procès. Lorsque vous êtes en présence d'une décision de la Cour de cassation, il y a eu, eu moins, une étape préalable et, le plus souvent deux (un jugement de première instance et un arrêt d'appel). Vous devez mettre en évidence l'histoire du procès en expliquant, à chaque étape (1^{ère} instance et appel) qui est **demandeur** et **défendeur**. Egalement, qui a interjeté appel et formé un pourvoi.

Veillez à utiliser le vocabulaire adéquat, tel que fourni aux fiches précédentes (*ex : on ne dira pas : il a « appelé » mais « interjeté appel »*).

3) Les argumentaires :

Pour désigner cette partie de la fiche d'arrêt, on utilise très communément le terme de « moyens ». En vérité, l'expression n'est pas très heureuse car les moyens sont les **prétentions juridiques** des parties (v. les fiches précédentes). Or vous verrez que lorsque l'arrêt est un arrêt de cassation, sont souvent reproduits, non les moyens (cad les arguments juridiques des parties fournis au pourvoi) mais les **motifs** de la Cour d'appel.

Dans cette partie, il est essentiel de cerner les discours **argumentatifs** de chacun. Sur quels raisonnements le demandeur ou le défendeur s'appuient pour emporter le procès ? Quel raisonnement la Cour d'appel ou le tribunal ont-ils suivi pour trancher en faveur de l'un ou de l'autre ? Autrement dit : « **qui dit quoi** ? » et surtout : « **pourquoi** ? ». Le piège le plus classique consiste à confondre le discours de la Cour d'appel et celui de la Cour de cassation : attention, la Cour de cassation reprend souvent dans son propre argumentaire celui de la Cour d'appel (le plus souvent pour en casser la décision) aussi une lecture très précise s'impose à ce stade. Utilisez tous les artifices nécessaires : couleurs, surlignement, etc. Ne vous inquiétez pas : vous vous familiariserez vite avec les tournures de la Cour de cassation ou d'une Cour d'appel.

Une fois ce repérage fait, vous devez présenter sur quels textes et selon quelle interprétation le demandeur et le défendeur s'appuient et sur quel(s) texte(s) la Cour d'appel et sur quelle interprétation fonde son raisonnement. En somme le but est de synthétiser l'argumentaire de chacun de manière à présenter les deux thèses en présence

(ex : *M. Durand, le vendeur, prétend que le défaut invoqué par M. Dupont, l'acheteur, ne peut être invoqué plus de deux ans après la vente ; M. Dupont prétend au contraire que ce délai de deux ans ne court qu'à compter de la découverte du défaut*).

4) Le problème de droit (ou la question de droit) :

C'est l'étape cruciale de la fiche d'arrêt. La question de droit résulte de la **confrontation des thèses** précédemment mises en exergue (ex : *le problème de droit concerne ici manifestement le point de départ du délai d'action ; doit-il être décompté à partir de la formation du contrat ou de la découverte du défaut ?*). Attention, parfois, les argumentaires ne soulèvent qu'imparfaitement le problème de droit (ex : *ici, la difficulté n'est peut être pas tant celle du point du départ du délai que celle de la nature du défaut invoqué : l'année de fabrication d'un véhicule est-elle un véritable défaut ?*). En cas de difficulté, une méthode permet le plus souvent de mesurer l'à-propos de votre question de droit : lorsque l'attendu de solution (v. ci-après) semble répondre au problème que vous avez abstraitement posé.

Une fois identifié, le problème de droit doit être formulé en termes abstraits et idéalement sous forme interrogative (d'où le fait qu'il est parfois désigné par l'expression de « question de droit »). Il s'agit de poser la difficulté que pose **précisément** l'arrêt mais sans verser dans le factuel (ex : on ne dira pas : « *M. Durand a-t-il raison de refuser le remboursement* » mais : « *Le point de départ de l'action en remboursement¹ court-il à compter de la formation du contrat ?* »).

5) La solution :

Si vous avez méthodiquement suivi les étapes précédentes, l'énoncé de la solution est le passage le moins difficile : il s'agit d'identifier l'énoncé de la solution dans la décision. Dans les arrêts de la Cour de cassation, cette solution se trouve généralement à la fin de l'arrêt, juste avant la « conséquence » de la décision de celle-ci (rejet ou cassation). Souvent, les termes « *Mais attendu que* » en signale le point de départ. Le raisonnement menant à la solution de la Cour de cassation est identique soit à l'argumentaire de la Cour d'appel (arrêt de rejet) soit aux moyens d'une des parties (arrêt de rejet ou de cassation suivant la partie triomphante). Il se peut également que la Cour de cassation s'écarte des uns et des autres pour fonder sa solution sur un argumentaire propre (la plus pure de ces hypothèses étant ce que l'on appelle une *substitution de motifs* lorsque la décision prise par les juges du fond est la bonne mais mal fondée en droit, ce qui permet d'éviter une cassation inutile de l'arrêt). Attention, dans des arrêts particulièrement importants, la Cour de cassation fonde sa solution sur des textes en particulier (que la Cour signale à l'aide de ce que l'on appelle des « *visas* ») et en donne une interprétation circonstanciée, dans des énoncés placés en tête de sa décision (ce que l'on appelle des « *attendus de principe* » ; lesquels signalent des « *arrêts de principe* »).

Enfin, concluez cette étape (et la fiche) sur la « conséquence » juridictionnelle de la décision proprement dite (ce que l'on appelle le **dispositif**, c'est-à-dire la partie d'un jugement ou d'un arrêt situé après la locution « par ces motifs »). Le pourvoi est-il rejeté ? Au contraire, l'arrêt ou le jugement rendu précédemment est-il cassé ? Totalemment ? Partiellement ? Tous ces éléments sont naturellement à signaler.

¹ On parlera plus précisément d'action réhabilitatoire, si d'ailleurs il s'agit bien de cela, ce qui reste à démontrer car une telle action exige un véritable vice caché de la chose.

METHODOLOGIE DU COMMENTAIRE D'ARRET

1. L'exercice du commentaire d'arrêt consiste dans la **discussion analytique** d'une décision de justice (on parle « d'arrêt » parce que cet exercice porte en général sur les décisions rendues par les cours d'appel et notamment par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat). Un commentaire d'arrêt n'est pas un résumé de la solution ; il ne s'agit pas de paraphraser l'arrêt ni d'en faire un simple exposé. Il ne s'agit pas non plus de reproduire de manière abstraite ses connaissances en rapport avec la décision commentée (par exemple une récitation de cours sur le point soulevé par l'arrêt). Il s'agit d'en **expliquer la solution** d'une part ; et d'autre part, **à la discuter de manière argumentée**.

L'exercice du commentaire est donc à la fois une explication et une analyse.

Tout d'abord, un bon commentaire s'appuie sur une bonne fiche d'arrêt, qui est **l'étape essentielle** sur laquelle repose le commentaire. La fiche de jurisprudence est en effet le préalable nécessaire à la discussion de l'arrêt : c'est à cette occasion que vous faites une première lecture de l'arrêt ; une sélection des faits importants ; un résumé de la procédure ; un exposé des moyens ; une première identification des argumentaires des forces en présence (attention à ne pas confondre moyens du pourvoi, raisonnement de la cour d'appel, motifs de la cour de cassation etc.). Surtout, la fiche de jurisprudence permet de cerner le **problème de droit** en cause. Cette étape est fondamentale car à défaut d'avoir sélectionné le bon problème de droit, le commentaire sera nécessairement hors-sujet. Enfin, la fiche de jurisprudence permet d'isoler la réponse que donne la juridiction saisie au problème en cause.

C'est à partir de la fiche d'arrêt que vous pourrez ensuite construire votre commentaire. En effet, la fiche de jurisprudence constitue l'essentiel des éléments à partir desquels vous rédigerez votre introduction. L'introduction est donc formée d'une phrase d'attaque sur la décision, destinée à présenter sommairement la solution ; des éléments constituant la fiche de jurisprudence ; du plan précédant le corps du commentaire. Le tout dans une forme **rédigée**. Cette introduction achevée, il vous faut passer au commentaire proprement dit de la solution après avoir présenté sommairement le plan de votre commentaire dans une annonce de plan (v. infra n°3) efficace, de fait tout à fait comparable à celle que vous pourriez faire dans une dissertation.

2. Le commentaire doit contenir les éléments essentiels d'une discussion **à propos** de l'arrêt. C'est ce qui distingue essentiellement le commentaire d'arrêt d'une dissertation générale autour du problème que pourrait soulever l'arrêt.

Ces éléments essentiels sont variables mais la discussion pourra en général se nourrir de l'étude des points suivants :

- Les **textes applicables** ou la règle de droit à l'origine de la solution : il faut étudier la disposition (le plus souvent une loi mais ce peut être des principes généraux du droit ou la jurisprudence d'une Cour suprême) à partir de laquelle le juge a tranché. D'où l'importance, au moment de la fiche de jurisprudence, de bien cerner les visas, les attendus de principe, les textes en cause, etc. Non seulement le

texte lui-même et les difficultés qu'il pose, mais encore et surtout l'interprétation qu'en donne le juge. Cette discussion est l'occasion notamment de vérifier que le juge a appliqué le (ou les) bon texte et que son interprétation est justifiée. Il faut également discuter la logique de la solution en regard du texte visé : cette application est-elle celle que prévoit précisément le texte ?

- Le **contexte** : dans quel contexte la solution a-t-elle été rendue ? Il faut remettre la solution *en perspective* avec le « paysage » juridique. Non seulement par rapport à la jurisprudence interne ou internationale (dans quelle séquence jurisprudentielle s'inscrit l'arrêt ? la solution est-elle un revirement ? Au contraire la réitération d'une solution connue ? Un arrêt de principe ? Un arrêt fondamental ? Précède-t-elle un changement ? etc.) mais également par rapport aux règles de droit en vigueur (la solution conforte-t-elle l'interprétation d'un texte ? Appelle-t-elle une réforme de texte ? Soulève-t-elle notamment une difficulté d'application ou une obscurité de la norme ? Rentre-t-elle en contradiction avec tel ou tel principe ? etc.). Enfin, le contexte doctrinal peut être également étudié, en particulier si l'arrêt tranche opportunément une controverse entre savants du droit (par exemple en se rangeant à la thèse d'un ou de plusieurs auteurs).
- La **portée** : quel est le *champ d'application* (le domaine) de cette solution ? Plus largement, quelles sont les implications de cette solution ? Ce point est souvent délicat mais crucial. Il s'agit de d'évaluer (quand ce n'est pas spéculer) les différentes répercussions de la solution. Ainsi, la solution sera-t-elle applicable pour des faits comparables quoique différents ? La solution peut-elle être étendue à propos d'autres textes proches dans leur inspiration ? Remet-elle en cause tel ou tel principe établi par ailleurs ?
- **L'opportunité** : quelles sont les implications, *en fait*, de cette solution ? Cette idée est la suite naturelle de la discussion sur la portée. On sait qu'une solution parfaitement justifiée en droit peut être nuisible dans les faits par suite d'une application aveugle ou systématique. Ce point est l'occasion de faire preuve de bon sens et d'intelligence pratique. Attention : il ne s'agit pas de sombrer dans « le café du commerce » ! Il faut prendre un peu de recul et imaginer les conséquences concrètes (*pour chacun* par pour les parties au litige en cause) de telle ou telle solution : le principe de justice est-il respecté ? Les justiciables sont-ils correctement protégés ? Certains intérêts sont-ils sacrifiés ? etc.

3. C'est à partir de ce matériau de base que vous pouvez organiser votre commentaire autour d'un **plan**. Bien que parfois assez académique, le recours au plan est indispensable à la présentation organisée et rationnelle de vos arguments. Le plan sera dans l'immense majorité des cas composé de deux parties (I/II) et deux sous-parties (A/B). Ce point fait difficulté car l'étudiant a malheureusement tendance à construire son plan avant que de réfléchir à l'arrêt. De là des plans souvent artificiels ou « pré-remplis » souvent hors-sujet.

Il n'y a pas de plan « prêt à l'emploi » ; il vous faut construire le vôtre en tenant compte des idées développées plus haut. La superstructure du plan (I et II) se construit en principe à partir du texte même de l'arrêt ; notamment, en s'appuyant sur l'attendu de solution et le problème de droit. Cette méthode vous permet d'une part, de ne pas faire de hors-sujet en hiérarchisant les points « à ne pas manquer » ; d'autre part, de bien « coller » à l'arrêt.

Tout en présentant la solution commentée, les intitulés peuvent être abstraits : (condition/mise en œuvre ; principe/exception ; nature de l'institution en cause/régime de l'institution ; fondement de la solution/conséquence de la solution, etc.). A l'intérieur de chaque partie, déclinez en deux sous-parties la problématique annoncée par votre intitulé supérieur : ainsi, dans un I/ consacré « aux conditions » de tel mécanisme juridique, vos A/ et B/ porteront nécessairement sur ces conditions (le A sera vraisemblablement dédié à la présentation générale du mécanisme ; le B/ à la condition qui pose difficulté dans l'arrêt). Afin de guider le lecteur sur la logique de votre plan, soignez particulièrement les paragraphes introduisant ces sous-parties (ce que l'on appelle les « chapeaux ») : ils sont l'équivalent de votre annonce de plan (à la fin de l'introduction). Ils doivent être courts et présenter de manière claire le déroulé de votre discussion.

L'important des intitulés est qu'ils rendent compte de la solution – ils doivent être *substantiels* – et de la discussion que vous comptez mener sur elle. Utilisez la méthode en « aveugle » : une personne n'ayant pas lu l'arrêt comprendrait-il de quoi il retourne en lisant seulement votre plan ?

4. Enfin, il faut passer à l'étape de **rédaction**. Rédiger clairement par des phrases courtes, en séparant à l'intérieur des sous-parties les différents points abordés ; on peut utiliser des subdivisions inférieures voire des artifices *rédactionnels* – évitez les tirets. Attention à l'emphase ou inversement à l'emploi d'un ton trop neutre : l'idée est de donner une appréciation mesurée de l'arrêt en argumentant vos réponses autant que possible. Afin de présenter la solution, vous pouvez vous appuyer sur l'arrêt d'appel (quand vous commentez un arrêt rendu par la Cour de cassation) mais sans répéter ce que vous avez déjà restitué en introduction. Vous pouvez citer certains auteurs pourvu que ces citations soient en rapport avec la question traitée ; également d'autres décisions – grâce aux arrêts référencés dans les codes – dans la même mesure (attention, ne les utilisez pas pour faire du « remplissage », cela se repère facilement).

Contrairement à la dissertation, une conclusion n'est pas indispensable au commentaire d'arrêt. Tout au plus, pouvez-vous, au sortir du II/ B/, glisser quelques mots faisant office de conclusion.

Bien qu'en principe assez court à rédiger, le commentaire est long à préparer dans de bonnes conditions : le minutage de 3 heures est donc en réalité serré. Il ne faut perdre aucune minute. Je préconise (mais ceci est variable selon les aptitudes et le goût de chacun) : 25/30 min. pour une relecture parfaite de l'arrêt et la rédaction sommaire de la fiche de jurisprudence (« squelette » de l'introduction). 1h/1h30 pour la réflexion générale sur les points à aborder et la construction du plan. 1h/1h30 (selon le temps consacré plus haut) à la rédaction proprement dite et à la relecture. Pour tenir le temps, il faut évidemment rédiger directement le corps du devoir sans brouillon ; l'introduction peut être à la limite pré-rédigée sur brouillon à l'occasion de l'étape 1.

Doc. 3 : La hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation

Le texte suivant a été élaboré par le service de documentation de la Cour de cassation. Il est disponible sur le site Internet de la Cour de cassation. Les informations qui y sont contenues sont de nature à vous permettre de mieux saisir la portée des décisions de la Cour de cassation :

« Les mentions P.B.R.I. permettent de hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation. La publication d'un arrêt est décidée, après le délibéré, par les magistrats de la chambre.

B = publication au bulletin d'information de la Cour (BICC).

P = publication au bulletin des arrêts de la Cour, bulletins des arrêts des chambres civiles et de la chambre criminelle, bulletin trimestriel du droit du travail.

I = diffusé sur le site internet de la Cour.

R = analysé au rapport annuel de la Cour de cassation.

D = diffusion sur Jurinet, la base des arrêts de la Cour de cassation, accessible sur le site intranet de la Cour de cassation (non publique).

Selon la complexité des pourvois, les formations des chambres diffèrent. Elles sont signalées par les lettres :

- FP : formation plénière de chambre,
- FS : formation de section (9 à 15 magistrats selon les chambres),
- F ou FR : formation restreinte (le président, le doyen et le conseiller rapporteur).

Pour une vision d'ensemble de la hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation, la lecture de deux articles est recommandée :

« Vision prospective de la Cour de cassation » par Guy Canivet, accessible sur le site internet de la Cour : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/autres_publications_discours_2039/discours_2202/2006_2203/sciences_morales_9619.html

« Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », d'A. Lacabarats publié au recueil Dalloz 2007, p889. »

Doc. 4 : Le plan du Code civil (extraits)

Titre préliminaire : De la publication, des effets et de l'application des lois en général.

Livre Ier : Des personnes.

Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété.

Titre Ier : De la distinction des biens. ([Article 516](#))

Chapitre Ier : Des immeubles. ([Articles 517 à 526](#))

Chapitre II : Des meubles. ([Articles 527 à 536](#))

Chapitre III : Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent. ([Articles 537 à 543](#))

Titre II : De la propriété. ([Articles 544 à 546](#))

Chapitre Ier : Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose. ([Articles 547 à 550](#))

Chapitre II : Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. ([Article 551](#))

Section 1 : Du droit d'accession relativement aux choses immobilières. ([Articles 552 à 564](#))

Section 2 : Du droit d'accession relativement aux choses mobilières. ([Articles 565 à 577](#))

Titre III : De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

Chapitre Ier : De l'usufruit. ([Articles 578 à 581](#))

Section 1 : Des droits de l'usufruitier. ([Articles 582 à 599](#))

Section 2 : Des obligations de l'usufruitier. ([Articles 600 à 616](#))

Section 3 : Comment l'usufruit prend fin. ([Articles 617 à 624](#))

Chapitre II : De l'usage et de l'habitation. ([Articles 625 à 636](#))

Titre IV : Des servitudes ou services fonciers. ([Articles 637 à 639](#))

Chapitre Ier : Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. ([Articles 640 à 648](#))

Chapitre II : Des servitudes établies par la loi. ([Articles 649 à 652](#))

Section 1 : Du mur et du fossé mitoyens. ([Articles 653 à 673](#))

Section 2 : De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

([Article 674](#))

Section 3 : Des vues sur la propriété de son voisin ([Articles 675 à 680](#))

Section 4 : De l'égout des toits. ([Article 681](#))

Section 5 : Du droit de passage. ([Articles 682 à 685-1](#))

Chapitre III : Des servitudes établies par le fait de l'homme.

Section 1 : Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

([Articles 686 à 689](#))

Section 2 : Comment s'établissent les servitudes. ([Articles 690 à 696](#))

Section 3 : Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due. ([Articles 697 à 702](#))

Section 4 : Comment les servitudes s'éteignent. ([Articles 703 à 710](#))

Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

Dispositions générales. ([Articles 711 à 717](#))

Titre Ier : Des successions.

Titre II : Des libéralités.

Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

Titre IV : Des engagements qui se forment sans convention. ([Article 1370](#))

Titre IV bis : De la responsabilité du fait des produits défectueux. ([Articles 1386-1 à 1386-18](#))

Titre V : Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux

Titre VI : De la vente

Titre VII : De l'échange. ([Articles 1702 à 1707](#))

Titre VIII : Du contrat de louage

Titre VIII bis : Du contrat de promotion immobilière. ([Articles 1831-1 à 1831-5](#))

Titre IX : De la société

Titre IX bis : Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis. ([Article 1873-1](#))

Titre X : Du prêt. ([Article 1874](#))

Titre XI : Du dépôt et du séquestre

Titre XII : Des contrats aléatoires. ([Article 1964](#))

Titre XIII : Du mandat.

Titre XIV : De la fiducie. ([Articles 2011 à 2030](#))

Titre XV : Des transactions. ([Articles 2044 à 2058](#))

Titre XVI : Du compromis. ([Articles 2059 à 2061](#))

Titre XIX : De la saisie et de la distribution du prix de vente de l'immeuble. ([Article 2190](#))

Titre XX : De la prescription extinctive.

Titre XXI : De la possession et de la prescription acquisitive.

Livre IV : Des sûretés. ([Articles 2284 à 2287](#))

Titre Ier : Des sûretés personnelles. ([Article 2287-1](#))

Titre II : Des sûretés réelles.

Livre V : Dispositions applicables à Mavotte. ([Articles 2489 à 2490](#))

Doc. 5 : J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *Petites Affiches*, 15 juin 2005, n° 118.4.

Restées quasiment inchangées depuis 200 ans, les parties que le Code civil consacre au droit des biens renvoient l'image d'un droit immobile et immuable. Le droit des biens a évolué à l'écart du Code civil. Pourtant, le droit des biens hors le Code civil ne peut se priver des principes féconds posés par l'oeuvre bicentenaire. Paradoxalement, le droit des biens hors le Code civil ne révèle pas l'épuisement du Code civil ; il démontre sa fabuleuse jeunesse.

1. Tout code étant porteur d'un voeu d'exhaustivité et de complétude ⁽²⁾, il y a quelque incongruité à célébrer l'oeuvre de Napoléon en s'intéressant au droit civil hors le Code civil. L'incongruité masque cependant une menace : l'existence d'un droit civil non codifié peut en effet conduire au dépérissement du Code civil qui, ne constituant plus le droit civil commun, risque de se trouver relégué au rang des reliques ou des pièces de musée ⁽³⁾.

2. Une telle menace est particulièrement présente quand on examine les livres, titres et sections consacrés aux biens ⁽⁴⁾. Le Code civil renvoie en effet l'image d'un droit à l'abri des grands torrents et des grands

tourments ayant agité deux siècles de législation civile : la vénérabilité des notions est restée intacte et certains vestiges d'une société rurale comme les moulins à vent ou à eau ⁽⁵⁾, les lapins des garennes ou les ruches à miel ⁽⁶⁾ côtoient à présent, dans le même corpus, l'écrit électronique et le pacte civil de solidarité. Loin d'être la preuve d'une parfaite adéquation du droit codifié aux besoins de l'époque contemporaine, cette somnolence traduit en réalité l'épuisement et la sclérose du droit des biens ⁽⁷⁾. Resté à l'écart du mouvement, le Code civil a laissé le droit des biens évoluer en dehors de lui ⁽⁸⁾.

3. En effet, d'innombrables textes qui n'auraient pas dépareillé dans le Code civil vivent à ses côtés, dans un univers parallèle : certains, comme la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété, n'ont pas été codifiés ; d'autres ont été intégrés dans différents codes comme le Code rural, le Code de l'environnement, le Code de la construction et de l'habitation, le Code de l'urbanisme ou le Code de commerce... ⁽⁹⁾ ; d'autres enfin, signe d'une émancipation achevée, ont constitué un nouveau code, comme le Code de la propriété intellectuelle. Cette vitalité du droit des biens hors le Code civil contraste avec la tranquillité du droit des biens dans le Code civil. Restant silencieux (ou presque) sur les nouveaux biens que sont les fonds, les créations intellectuelles, ou encore les valeurs mobilières..., le Code civil se désertifie : victime d'une décodification d'autant plus discrète qu'elle ne s'est pas accompagnée d'une abrogation de ses dispositions, le livre II du Code civil paraît constituer une sorte de droit savant des biens, n'ayant qu'une valeur symbolique, alors que le vrai droit des biens, le droit vivant, serait ailleurs. Pourquoi en est-on arrivé là ?

4. L'explication est d'abord historique. Dès 1804 en effet, le Code civil avait usurpé sa généralité puisque, loin de traiter de tous les biens, il s'intéressait surtout à l'immeuble, fonds de terre d'abord, bâtiments ensuite. Il suffit de lire les articles relatifs aux récoltes pendantes par racines ou aux fruits des arbres, aux atterrissements, accroissements et relais qui se forment sur les rives d'un fleuve, aux eaux de sources, aux plantations et ouvrages... pour se persuader que le droit des biens du Code civil est en réalité une exaltation de l'immeuble, conçue pour une civilisation agraire. Ainsi orienté, le Code civil n'a pas su répondre aux modifications des patrimoines accompagnant la révolution industrielle et l'essor du capitalisme ⁽¹⁰⁾. Plusieurs facteurs de blocage peuvent être identifiés : focalisés sur l'immeuble qui constituait la valeur centrale des patrimoines de l'époque, les codificateurs se sont désintéressés des meubles qui ont été abandonnés à leur sort par l'article 2279 ⁽¹¹⁾ ; axés sur les seuls biens corporels, alors que la Révolution avait admis la protection de certaines créations de l'esprit, ils ont laissé hors du Code, sans espace pour s'y développer, les biens incorporels et ceux tirés de l'industrie humaine ; révérencieux envers la propriété individuelle, ils ont rejeté hors du Code les nombreuses atteintes qui, dès 1804, pouvaient y être portées ⁽¹²⁾.

5. Le droit des biens hors le Code civil constitue cependant un ensemble de textes totalement dépourvu d'homogénéité : le seul dénominateur commun des lots de copropriété, des certificats d'obtention végétale, des clientèles ou des fonds de commerce... n'est-il finalement pas de s'être développé à l'écart du Code civil ? Ce droit extérieur au Code exerce sur lui une double influence : d'abord, en élargissant considérablement l'horizon dans lequel le Code civil avait enfermé le droit des biens, il conduit nécessairement à son vieillissement. Toutefois, du fait du manque d'unité du droit des biens hors le Code civil, on est vite contraint de rechercher des principes directeurs dans le Code civil et, paradoxalement, d'en assurer le rajeunissement. Tout se passe donc comme si les biens nés à l'écart du Code ne pouvaient se passer des principes fondateurs qu'il a posés. Aussi, se réappropriant la formule de Saleilles, on peut penser que le droit des biens hors le Code civil va au-delà du Code civil (I) mais par le Code civil (II) ⁽¹³⁾.

I. Le droit des biens au-delà du Code civil

6. Le Code civil présente un droit des biens pétrifié. Hermétique aux évolutions, il renvoie une image déformée et trompeuse de la réalité. Certaines de ses dispositions sont aujourd'hui remises en cause par le droit positif des biens qui appelle à aller au-delà des classifications des biens (A) et au-delà de la propriété individuelle (B).

A. Au-delà des classifications

7. L'article 516 du Code civil dispose que « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». Par sa généralité, ce texte pose une **summa divisio** destinée à embrasser tous les biens. Jadis critiquée eu égard à sa faible

portée pratique ⁽¹⁴⁾, cette distinction fondamentale est aujourd'hui nettement malmenée au point que certains auteurs considèrent qu'elle n'énonce plus une règle de droit positif ⁽¹⁵⁾. La contemplation du droit des biens hors le Code civil permet pourtant d'en affirmer la permanence (1.) tout en lui déniait son importance (2.).

1. Permanence de la distinction meubles/ immeubles

8. Il suffit d'évoquer les articles du Code de la consommation relatifs au crédit mobilier et au crédit immobilier pour constater que la distinction meuble/immeuble est vivace en dehors du Code civil. Toutefois, la permanence de la distinction s'accompagne d'un éclatement des abstraites catégories des immeubles et des meubles.

9. Devenus un enjeu social majeur, les immeubles font l'objet de réglementations foisonnantes et touffues. Le classicisme du **in** (les règles contenues dans le Code civil) s'oppose alors au bouillonnement du **off** (celles qui en sont exclues) ⁽¹⁶⁾. Mais les nombreux textes applicables aux immeubles conduisent nécessairement à l'apparition de sous-ensembles : plus descriptive qu'annonciatrice d'un régime juridique particulier, la figure du « fonds de terre » de l'article 518 éclate par exemple, en dehors du Code civil, en espaces boisés ⁽¹⁷⁾, en espaces naturels sensibles ⁽¹⁸⁾, en zones de montagnes ⁽¹⁹⁾, ou en zones littorales ⁽²⁰⁾.

Les meubles ont subi le même sort. Sans évoquer les meubles incorporels que sont l'oeuvre originale, l'invention brevetable, le fonds de commerce, les valeurs mobilières, ou encore les clientèles..., l'unité des « corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre » ⁽²¹⁾ a éclaté sous l'effet de lois particulières : désormais, on parlera plus volontiers de biens culturels, de biens ou produits de consommation, d'automobiles, d'animaux domestiques ou sauvages, de livres, de déchets... pour mieux souligner la réglementation qui s'y attache.

10. De fait, si l'on a pu, dans une célèbre formule, écrire que « le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien » ⁽²²⁾, on s'aperçoit que la législation contemporaine, hors le Code civil, prend de plus en plus les choses en considération dans leur originalité. Cela n'est guère étonnant : là où, suivant Portalis, le Code civil avait établi des principes féconds en conséquences, la législation hors le Code civil est descendue dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. En dépit du maintien de la distinction meuble/immeuble, il en est résulté une sophistication croissante et une multiplication des régimes juridiques différenciés applicables à certains meubles ou immeubles. La permanence de la distinction ne signifie cependant pas qu'elle doit rester une **summa divisio**.

2. Déclin de l'importance de la distinction meubles/immeubles

11. Secondaire à Rome, la distinction entre les meubles et les immeubles ne concernait que les **res corporales** et emportait d'assez médiocres conséquences ⁽²³⁾. Redécouverte par les romanistes, cette distinction prendra pour fondement la valeur économique et sera étendue aux droits et actions pour finalement supplanter la distinction féodale entre héritage et cateux ⁽²⁴⁾. L'inadaptation de la **summa divisio** ainsi retenue ayant déjà été soulignée, on se contentera ici de se demander si l'on peut proposer une autre division fondamentale pour classer les différents biens ou si, comme pour les contrats qui peuvent être synallagmatiques ou unilatéraux, onéreux ou à titre gratuit, de gré à gré ou d'adhésion..., on doit se résigner à n'avoir aucune **summa divisio**, mais simplement des critères de distinction concurrents les uns des autres ⁽²⁵⁾. Si la contemplation du droit des biens hors le Code civil permet de proposer de nombreuses distinctions ⁽²⁶⁾, deux seulement peuvent, en raison de leur importance pratique ou éthique, prétendre à être qualifiées de **summa divisio**.

12. Le droit des biens hors le Code civil révèle, évidemment, l'expansion de l'incorporel ⁽²⁷⁾. Dans le Code de commerce, dans le Code de la propriété intellectuelle, dans le Code monétaire et financier fleurissent les fonds de commerce, les brevets d'invention, les droits d'auteur, les noms commerciaux, les valeurs mobilières dématérialisées... Ne pouvant être qualifiés d'immeubles, la plupart de ces biens incorporels ont été attirés, par le jeu de l'article 529, dans la catégorie des meubles. Pourtant, à proprement parler, ces valeurs dépourvues de corps ne sont pas plus immobilières que mobilières de sorte que l'on mesure ici l'artifice de la **summa divisio** de l'article 516 du Code civil. Substituer la distinction corporel/incorporel à celle de

meuble/immeuble présenterait l'avantage de donner plus de hauteur à la **summa divisio** et serait sans doute plus conforme à la réalité.

En dépit de leur hétérogénéité, les biens incorporels présentent en effet, outre leur absence de corps, certaines caractéristiques communes qui les opposent fondamentalement aux biens corporels. D'abord, à la différence des choses tangibles qui sont aptes à devenir des biens dès lors que le législateur ne s'y oppose pas, l'incorporel ne peut se métamorphoser en bien que par une intervention législative expresse ⁽²⁸⁾. Si la qualification de bien est donc naturelle et de principe pour les choses corporelles, elle est artificielle et exceptionnelle pour les valeurs incorporelles ⁽²⁹⁾. De là, le développement d'une protection indirecte pour les valeurs incorporelles non reconnues par le législateur : en amont, par la technique contractuelle et les clauses de confidentialité, en aval, par le droit pénal ou le droit de la responsabilité ⁽³⁰⁾. Ensuite, si les différentes manières dont on acquiert la propriété ⁽³¹⁾ sont adaptées aux choses corporelles, elles s'exportent difficilement vers le règne de l'incorporel et, notamment, ne sont pas aptes à permettre l'établissement d'un lien entre la chose incorporelle et son auteur ⁽³²⁾. Plus que l'acquisition, la possession, la prescription ou l'occupation ⁽³³⁾, c'est sans doute dans l'idée de création ou de révélation, souvent doublée d'une forme quelconque d'enregistrement, que réside le secret de l'appropriation des choses incorporelles. Enfin, faute de **corpus**, les biens incorporels sont longtemps restés rebelles à toute idée de possession ⁽³⁴⁾, ce qui n'exclut pas une adaptation de l'élément matériel de la possession qui s'entendrait alors, non plus comme une maîtrise matérielle de la chose, mais comme un pouvoir de fait sur ce bien ⁽³⁵⁾.

13. Le droit des biens hors le Code civil suggère d'autres distinctions : le souci de protéger l'environnement, la nature, l'être humain, l'animal... conduit à se demander si une distinction entre le vivant et l'inerte n'est pas en train d'éclorre. Cette **summa divisio** s'autoriserait de différents fondements : le remord pour l'homme d'avoir trop malmené la nature, la prise de conscience de la fragilité de certains équilibres naturels, le sentiment plus ou moins diffus que l'homme appartient à la catégorie plus large du vivant dont les différents éléments sont intimement liés les uns aux autres. On mesure alors combien cette nouvelle distinction vivant/inerte ne tardera pas à rejaillir sur la distinction plus fondamentale sujet/objet ⁽³⁶⁾ : jadis seul dans la catégorie des sujets de droit, l'homme voisinerait, dans la catégorie du « vivant », avec le monde animal, végétal, et minéral. Sans se voiler les difficultés de la distinction ⁽³⁷⁾, la distinction vivant/ inerte est porteuse, au regard du droit des biens, de riches conséquences.

La première tient sans doute à l'admission du « vivant » comme bien. En dépit de considérations morales ou éthiques, le « vivant » franchit peu à peu les différentes étapes de la patrimonialité ⁽³⁸⁾ comme en témoignent deux exemples. Posée pour lutter contre ceux qui seraient tentés de faire de leur corps une source de richesse, l'extra-patrimonialité du corps humain visée par l'article 16-1 du Code civil a une portée ambiguë mais elle ne s'oppose pas à la reconnaissance de « biens corporels » : lue de pair avec le Code de la santé publique, la disposition interdit seulement à la personne concernée de transmettre les produits et éléments de son corps à titre onéreux ⁽³⁹⁾ ; sachant dès lors que toute personne peut s'opposer aux atteintes portées à son corps, on peut penser que se trouve consacrée une « souveraineté effective » de chaque individu sur son corps, qui se rapproche d'un droit de propriété ⁽⁴⁰⁾. Dans un autre registre, le droit des biens hors le Code civil montre que le « vivant » sera parfois convoité plus directement : les certificats d'obtention végétales ⁽⁴¹⁾, la brevetabilité du gène humain ⁽⁴²⁾ témoignent de la soif d'appropriation de l'homme et rendent urgente une réflexion renouvelée sur les choses hors commerce et sur les choses communes ⁽⁴³⁾.

Une deuxième conséquence tient, pour autant que l'appropriation ait été admise, à l'exercice du droit de propriété sur la matière vivante. De ce que le propriétaire ne peut « abuser » de son bien en infligeant à l'animal des mauvais traitements, certains auteurs sont prêts à doter l'animal d'une personnalité juridique à des fins instrumentaires ⁽⁴⁴⁾. Même si l'on a du mal à se laisser convaincre par le raisonnement ⁽⁴⁵⁾, l'évolution de la protection animale, depuis la loi Grammont de 1850 jusqu'à la loi du 6 janvier 1999, montre combien la considération de ce que l'animal est un « être sensible » ⁽⁴⁶⁾ impose certains aménagements...

B. Au-delà de la propriété individuelle

14. L'article 544 du Code civil dispose que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ». Cette

disposition constitue une profonde rupture avec l'ancien droit : elle met fin aux nombreuses dissociations qui permettaient à différentes personnes de tirer profit des utilités d'une même chose ⁽⁴⁷⁾. Désormais, la propriété, droit naturel et imprescriptible de l'homme, est unifiée et la formule pléonasmique (« la plus absolue ») est là pour conjurer tout retour à l'idée d'une propriété divisée. Pourtant, un rapide balayage du droit des biens en dehors du Code civil montre combien « les lois et règlements » sont aujourd'hui si nombreux qu'ils atténuent sensiblement les prérogatives du propriétaire (1.) et combien « la manière la plus absolue » paraît souvent très relative en raison de nombreuses hypothèses où plusieurs personnes exercent des droits concurrents sur un même bien (2.).

1. Multiplication des lois et règlements encadrant l'usage de la propriété

15. En 1804, la référence aux lois et aux règlements visait essentiellement à aménager de manière harmonieuse les relations du voisinage, et à ne pas méconnaître l'intérêt de la sécurité publique. Servant désormais de nombreux autres intérêts ⁽⁴⁸⁾, les lois et règlements se sont multipliés en dehors du Code pour répondre, souvent par le mécanisme de la servitude d'utilité publique, aux besoins d'une société urbaine et industrielle.

Leur énumération serait fastidieuse et il suffit de consulter les nombreux renvois sous l'article 650 du Code civil pour voir s'entrechoquer dans un assortiment baroque des servitudes de halage et de marchepied, des servitudes de visibilité sur les voies publiques, des servitudes liées au voisinage d'installations classées, des servitudes aéronautiques, des servitudes pour le curage et l'entretien des cours d'eau, pour les ouvrages d'électricité et de gaz, des servitudes en matière de télécommunications, de pistes de ski...

16. Plus que la description de ce phénomène, c'est son retentissement sur le droit de propriété qui doit être scruté. La doctrine française a généralement analysé ce fourmillement de textes comme autant de signes d'un déclin de la propriété individuelle ⁽⁴⁹⁾ : on serait passé d'un droit individualiste à un droit tout ordonné autour de sa fonction sociale. Hors le Code civil, le déclin de la propriété privée est d'abord symbolique puisque, alors que le Code civil dispose que sont des dépendances du domaine public « toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée » ⁽⁵⁰⁾, l'article L. 110 du Code de l'urbanisme dispose, sans réserver la possibilité d'une appropriation privée, que « le territoire français est le patrimoine commun de la nation » ⁽⁵¹⁾. Mais c'est surtout en pratique qu'il faut bien reconnaître que la liberté du propriétaire sera souvent un leurre : ici, il sera contraint d'exploiter son bien ⁽⁵²⁾, là, il devra le réparer ⁽⁵³⁾, là encore, il devra obtenir une autorisation pour faire certains actes ⁽⁵⁴⁾. D'aucuns voient même dans cette dernière hypothèse une survivance déformée des domaines éminents et utiles que le Code civil avait tant voulu éviter ⁽⁵⁵⁾ : tributaire d'une décision de l'administration, le propriétaire n'a plus un pouvoir direct sur son bien puisqu'il devient trop dépendant de la décision d'un tiers.

On peut pourtant ne pas partager ces analyses en renouant avec la vision que les rédacteurs du Code civil avaient de la propriété. Dès 1804 en effet, Portalis avait concilié le droit de propriété avec les limitations que l'État peut apporter en vue de la satisfaction de l'intérêt général : il s'était alors efforcé de montrer que le pouvoir de l'État ne dérivait point d'un domaine éminent qu'il aurait sur les terres mais d'un simple pouvoir de réglementation dans l'intérêt général. En d'autres termes, l'État n'intervient pas comme maître de la chose mais comme arbitre, comme régulateur, pour le maintien du bon ordre et de la paix publique ⁽⁵⁶⁾.

Approfondissant cette vision originelle, on doit alors considérer que la propriété ne sort pas altérée de son encadrement, fût-il de plus en plus pressant : d'abord, en s'intéressant à l'objet des réglementations, on fera remarquer qu'elles ne concernent que les immeubles de sorte que ces textes et règlements consacrent plus un dépérissement de l'immeuble qu'un dépérissement du droit de propriété ⁽⁵⁷⁾. Ensuite, et plus fondamentalement, les contraintes externes n'entament pas le rapport d'exclusivité puisqu'elles ne sont pas des immixtions dans la relation entre le propriétaire et sa chose ⁽⁵⁸⁾ : en effet, toutes ces limitations n'affectent pas la teneur du droit mais prohibent ou restreignent tel ou tel exercice du droit qui serait contraire à l'intérêt général.

C'est d'ailleurs dans cette approche du droit de propriété que se sont engagées les juridictions qui le protègent en tant que droit fondamental. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu juger que « s'il est loisible au législateur d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires... c'est à la condition que ces

limitations n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété en soient dénaturés » ⁽⁵⁹⁾. Dans le même ordre d'idées, la CEDH opère une distinction entre les textes qui portent atteinte à la substance même du droit de propriété ⁽⁶⁰⁾ et ceux qui ne sont que des restrictions dans un but légitime d'utilité publique ⁽⁶¹⁾. Même si les frontières entre les simples restrictions d'usage du droit de propriété et celles conduisant à sa remise en cause ne sont pas clairement dessinées, le sentiment général est celui d'un renforcement du droit de propriété face aux restrictions qui peuvent lui être apportées ⁽⁶²⁾.

2. Multiplication des propriétés concurrentes sur le même bien

17. On a souvent présenté la propriété comme un tête-à-tête entre le propriétaire et sa chose. Conçu comme un droit essentiellement individuel, la propriété conférerait à une personne physique le monopole des utilités d'une chose. Pourtant dès 1804, les rédacteurs n'ont pu ignorer des formes d'appropriation collective, soit qu'ils les aient traitées par préterition eu égard à leur faible intérêt ⁽⁶³⁾, soit, au contraire, qu'ils les aient redoutées en y consacrant de longues et précises dispositions ⁽⁶⁴⁾. On sait combien cette méfiance initiale n'a pas résisté et combien la propriété collective est aujourd'hui devenue un outil de gestion incontournable des biens ⁽⁶⁵⁾. Hors du Code civil, les manifestations d'une propriété collective sont nombreuses mais leur unité peine à émerger.

18. On peut, en premier lieu, citer la copropriété des immeubles bâtis. Alors que le Code civil s'était, en 1804, gardé de toute référence à une propriété collective en la matière ⁽⁶⁶⁾, la loi du 10 juillet 1965 a clairement posé que « les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement » (art. 4). Reste que cette figure de propriété collective apparaît singulièrement diluée par le fait que chaque copropriétaire demeure propriétaire d'un lot de copropriété ⁽⁶⁷⁾.

Ensuite, on sait que les sociétés, surtout lorsqu'elles ne bénéficient pas de la personnalité morale ⁽⁶⁸⁾, réalisent une collectivisation de certains biens qui se trouvent asservis à un objectif commun à tous les associés ⁽⁶⁹⁾. De la même façon, l'émergence de la multipropriété ⁽⁷⁰⁾, de la fiducie ⁽⁷¹⁾, des sociétés de gestion des droits d'auteurs ⁽⁷²⁾ ou des fonds communs de placement ou de créances ⁽⁷³⁾ témoignent de l'essor du phénomène et de la difficulté, en pareilles situations, de déterminer le propriétaire. Mais la propriété collective s'illustre aussi dans des hypothèses plus inattendues, comme celle du bail à construction. Jusqu'à présent, il était décidé que « le preneur restait propriétaire, pendant la durée de location, des constructions qu'il avait régulièrement édifiées [de sorte que] la résiliation anticipée du bail du fait de l'expropriation ne pouvait priver le locataire de son droit à indemnité pour ces constructions » ⁽⁷⁴⁾. La Cour vient pourtant d'admettre que « l'indemnisation du preneur pour perte, pendant la durée contractuelle du bail, de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain loué n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail » ⁽⁷⁵⁾. Voilà donc preneur et bailleur indemnisés pour la « perte de la propriété » de constructions identiques. De là à en déduire qu'ils exercent tous deux des droits concurrents sur elles, il n'y a qu'un pas...

19. Toutes ces illustrations, commodément désignées par l'expression de propriété collective font renaître le spectre de la propriété divisée : chaque propriétaire est propriétaire de l'intégralité de la chose mais les prérogatives de chacun exercent une pression mutuelle qui est difficilement conciliable avec l'exclusivisme traditionnellement entendu ⁽⁷⁶⁾. Frileux à l'égard des propriétés collectives pour des raisons qui ont sans doute disparu, le Code civil a bien du mal, avec les seules indivisions légale ou conventionnelle à en embrasser toutes les hypothèses. Le droit des biens hors le Code civil dévoile donc l'existence d'un genre des propriétés collectives dont l'indivision ne serait qu'une espèce ⁽⁷⁷⁾.

20. Le droit des biens va donc nettement au-delà du Code civil qui, sur de nombreux points, apparaît étrangement désuet. On ne saurait toutefois en déduire que les parties que le Code civil consacre aux biens ne sont plus utiles. En effet, si le droit des biens est allé au-delà du Code civil, c'est par le Code civil qu'il trouve sa cohérence et sa structure ⁽⁷⁸⁾.

II. Le droit des biens par le Code civil

21. Même dépassé sur certains points, le Code civil offre au droit des biens qui s'est développé hors de sa structure un cadre dans lequel il pourra s'épanouir. En effet, le droit des biens hors le Code civil ne peut échapper à la propriété (A) et aux droits réels (B) qui sont la sève nourricière de toutes les nouveautés.

A. Par la propriété

22. L'éclosion des nouveaux biens a évidemment posé la question de savoir si l'on pouvait en être propriétaire ⁽⁷⁹⁾. Les réponses apportées dépendent grandement de la conception adoptée de la propriété : si l'on s'en tient aux trois prérogatives dans lesquelles le droit de propriété a été enfermé ⁽⁸⁰⁾ ou si l'on prend en considération les seuls attributs qui lui sont reconnus ⁽⁸¹⁾, la réponse sera certainement négative ou ampoulée. On éprouve alors quelques insatisfactions à voir ces valeurs échapper à la propriété... Le récent arrêt de l'Assemblée plénière du 7 mai 2004 par lequel il a été jugé que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci » ⁽⁸²⁾ révèle l'impasse dans laquelle a conduit ceux qui voient dans l'article 544 un conglomérat de prérogatives applicables aux seules choses **quae tangit possunt**, autrement dits aux seuls corps. Comment expliquer que le propriétaire, théoriquement investi d'un **plena in re potestas** voit son pouvoir sur la chose concurrencé par des tiers ? Comment concevoir pareil morcellement du droit de propriété sans y voir une tendance régressive du droit et un retour aux propriétés divisées que la Révolution française avait entendu abolir ?

23. De fait, si l'on ne conçoit plus la propriété comme la superposition de trois prérogatives prédéfinies mais comme la vocation du propriétaire à bénéficier des utilités de la chose (dès lors que cela n'est pas interdit) et à modifier la structure juridique du bien (en transférant la propriété, en faisant des remises temporaires à un tiers supposant restitution, en concédant certaines utilités à des tiers par la constitution de droits réels...) ⁽⁸³⁾, la perspective s'inverse.

24. On peut, pour illustrer cette adaptabilité de la propriété à tous les biens, prendre l'exemple des « propriétés intellectuelles » qui, objet d'un code particulier, sont généralement présentées comme lui étant irréductibles. Les arguments de cette irréductibilité sont trop connus pour être longuement développés : d'abord, l'affirmation que l'article 544 ne concerne que les choses corporelles ; ensuite, le fait que les « propriétés intellectuelles » sont temporaires alors que la propriété est perpétuelle ⁽⁸⁴⁾ ; enfin, le fait que, attachées à la personne de leur créateur, les « propriétés intellectuelles » ne peuvent être aliénées, imprimant au droit reconnu une dimension trop personnelle pour être prise en compte par le droit des biens ⁽⁸⁵⁾. De tout cela on déduit que « les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique, sous le nom de propriété ; loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire » ⁽⁸⁶⁾.

En dépit de leur répétition fréquente, ces arguments n'ont jamais totalement convaincu : on a, d'abord, montré combien le bornage de l'article 544 du Code civil aux choses corporelles relevait d'un manque d'audace ⁽⁸⁷⁾ ou d'une vision anachronique du droit de propriété ⁽⁸⁸⁾ ; ensuite, la précarité des propriétés intellectuelles n'exclut en rien la propriété comme le montre l'existence d'une propriété temporaire en matière corporelle ⁽⁸⁹⁾ ; enfin, l'attachement de l'oeuvre au créateur n'exclut pas son appropriation, soit que l'on considère le droit moral comme un accessoire nécessaire ou fonctionnel du bien économique que constitue l'oeuvre ⁽⁹⁰⁾, soit que l'on admette qu'il existe certains biens subjectifs ou affectifs (comme les souvenirs de famille, les créations artistiques, les biens tirés du corps humain, les droits au nom ou à l'image, la force de travail...) caractérisés par une certaine inaptitude à intégrer le circuit marchand ⁽⁹¹⁾.

25. De fait, même si elles sont au-delà du Code civil, les propriétés intellectuelles ne peuvent s'en couper car il constitue leur droit commun ⁽⁹²⁾.

Ainsi, les « propriétés intellectuelles » sont des propriétés et, en tant que telles, soumises à l'article 544. Se présentant comme la relation de principe entre les personnes et les biens, la propriété est apte à saisir tous les biens sans égard à leur incorporelité ou à leur origine ⁽⁹³⁾ : comme tous les biens, les créations immatérielles entrent donc dans la sphère de l'article 544 du Code civil ⁽⁹⁴⁾ et les nombreux textes qui en assurent la

réservation ne sont que la mise en oeuvre du droit de propriété relatif à ces différentes valeurs. Il va en effet de soi que l'intégration des propriétés intellectuelles dans le domaine de l'article 544 n'entraîne pas, de fait, l'application du régime des biens du Code civil qui, on l'a dit, vise essentiellement l'immeuble ⁽⁹⁵⁾. De la même façon que, soumis à l'article 544, les meubles et les immeubles, les choses fongibles et les choses non fongibles... ont conservé leur originalité, les propriétés intellectuelles garderont leurs spécificités. Dès lors, « la reconnaissance d'une propriété des créances n'entraîne pas plus l'abolition du régime des obligations, que celle des oeuvres de l'esprit ne marque l'abrogation du Code de la propriété intellectuelle » ⁽⁹⁶⁾.

Au-delà de l'article 544 et en cas de silence de la loi, le Code civil offre encore aux propriétés intellectuelles de nombreuses ressources : ainsi, en présence de créations intellectuelles indivises, les mécanismes généraux du Code civil offrent un encadrement minimal des oeuvres de collaboration ⁽⁹⁷⁾, ou de la copropriété des brevets ⁽⁹⁸⁾; de même, définie par l'article 2228 comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit », la possession a évidemment vocation à s'appliquer aux choses incorporelles ⁽⁹⁹⁾; enfin, les oeuvres composites et dérivées ne sont pas sans évoquer l'accession mobilière des articles 565 et suivants du Code civil ⁽¹⁰⁰⁾.

26. Ces quelques exemples montrent nettement que le pouvoir d'exclusivité posé par l'article 544 n'est pas cantonné à l'immeuble et aux biens corporels : tous les biens, y compris ceux que le Code civil n'évoque pas, restent soumis à la propriété. La propriété est ainsi une notion qui demeure constamment identique à elle-même, tandis que le régime concret qu'elle épouse varie en fonction de son objet. Sensible à ces analyses, la Cour européenne des droits de l'homme protège d'ailleurs tant la propriété des biens corporels que celle des droits intellectuels et autres biens incorporels au visa du 1^{er} Protocole additionnel ⁽¹⁰¹⁾. La propriété retrouve ainsi l'air du grand large après avoir trop longtemps respiré un air raréfié ; le Code civil retrouve sa généralité initiale en abattant les artificielles cloisons dans lesquelles la propriété avait été enfermée.

B. Par les droits réels

27. Objet d'une profonde indécision doctrinale ⁽¹⁰²⁾, les droits réels peuvent constituer un cadre accueillant pour embrasser les nombreuses figures nées hors du Code civil. L'usufruit, les servitudes et la situation du preneur à bail témoignent des virtualités du Code civil.

28. Disposant qu'il « peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles », l'article 581 offre à l'usufruit une appréciable généralité. L'usufruit a ainsi délaissé les choses corporelles pour s'appliquer à de nombreux biens nés hors du Code civil : des créances ⁽¹⁰³⁾, des droits sociaux ⁽¹⁰⁴⁾, des droits intellectuels ⁽¹⁰⁵⁾, des universalités, comme un fonds de commerce ⁽¹⁰⁶⁾ ou un portefeuille de valeurs mobilières ⁽¹⁰⁷⁾. Bien mieux, alors qu'on le pensait inadapté aux choses consommables, la découverte du quasi-usufruit a permis à l'usufruitier de consommer les choses en en faisant usage, à charge pour lui de rendre, à l'expiration de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité, soit une somme d'argent correspondant à leur valeur ⁽¹⁰⁸⁾. Mais par un étrange retour des choses, le quasi-usufruit a ensuite été étendu aux biens corporels non consommables, qui auraient pu, par conséquent, faire l'objet d'un vrai usufruit.

En même temps qu'il devenait donc un instrument privilégié des montages sociétaires à des fins de gestion et de transmission de patrimoine ⁽¹⁰⁹⁾, l'usufruit était menacé d'éclatement car on voyait dans le quasi-usufruitier un véritable propriétaire. Finalement, de la même façon qu'on n'admettait pas que la propriété pût se concevoir à l'égard de certains biens (cf. **supra**), on refusait à l'usufruit une extension au-delà de ses frontières habituelles. Avec une profonde érudition, il a pourtant été démontré combien le quasi-usufruit ne constituait pas une propriété mais bien un usufruit ⁽¹¹⁰⁾. On doit donc conclure que l'usufruit reste une notion unitaire qui, comme la propriété, peut s'appliquer à tous les biens. Le Code civil conserve donc à cet égard sa généralité initiale et reste le siège du droit commun du droit des biens hors le Code civil.

29. Entendue par l'article 637 du Code civil comme « une charge imposée sur héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », la servitude tend à s'exporter hors de son cadre initial.

Ainsi, la servitude a longtemps été considérée comme incompatible avec la copropriété des immeubles bâtis, soit qu'il s'agisse d'une servitude établie entre deux parties privatives ⁽¹¹¹⁾, soit qu'il s'agisse d'une servitude établie sur une partie commune au profit d'une partie privative ⁽¹¹²⁾. Justifiée par le fait que la servitude supposait deux propriétés totalement indépendantes, cette incompatibilité traduisait aussi une résistance à

l'analyse unitaire du lot de copropriété ⁽¹¹³⁾. Généralement critiquée ⁽¹¹⁴⁾, la solution vient d'être abandonnée à propos de l'établissement d'une servitude entre deux parties privées ⁽¹¹⁵⁾. Par où l'on voit que la servitude peut désormais s'appliquer à l'immeuble incorporel qu'est le lot de copropriété. La même exportation de la servitude au-delà de son domaine naturel est notable avec les « servitudes de non-concurrence » ⁽¹¹⁶⁾ et certains auteurs envisagent même la possibilité d'une servitude mobilière ⁽¹¹⁷⁾. Même s'il ne s'agit que de vues prospectives, on mesure encore les virtualités du Code civil.

30. Enfin, hors du Code civil, de nombreux textes assurent aux locataires une stabilité dans les lieux loués ⁽¹¹⁸⁾. Le résultat est tel que les expressions de « propriété commerciale » ou de « propriété culturale » désignent, à des moindres degrés, les situations où le bailleur a l'obligation de verser au preneur une indemnité quand il ne renouvelle pas le contrat de louage ⁽¹¹⁹⁾. Parfois, allant plus loin, certains textes confèrent expressément au preneur un droit réel : tel est le cas du bail emphytéotique ⁽¹²⁰⁾, du bail à construction ⁽¹²¹⁾ du bail à réhabilitation ⁽¹²²⁾, mais aussi du bail à domaine congéable ⁽¹²³⁾, du bail à complant ⁽¹²⁴⁾, de la concession d'exploitation d'une mine ⁽¹²⁵⁾ ou de la concession immobilière ⁽¹²⁶⁾.

Face à ces nombreuses situations, on est contraint de se demander si la constitution d'un droit réel au profit du preneur réside dans une durée particulièrement longue du bail et dans une disposition expresse du législateur (auquel cas elle est cantonnée aux hypothèses sus-évoquées) ou dans la nature même du bail (auquel cas elle peut être généralisée). Se fondant sur une analyse classique qui voit dans le droit réel le pouvoir direct qu'a une personne sur une chose, la Cour de cassation a admis de longue date que « le bail n'opère aucun démembrement de la propriété qui reste entière entre les mains du bailleur... et qu'à la différence de l'emphytéote ou de l'usufruitier, le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle » ⁽¹²⁷⁾. Même si elle est depuis maintenue, cette solution n'a jamais totalement convaincu ⁽¹²⁸⁾ : l'article 1743 du Code civil imposant le maintien du bail en cas de vente de l'immeuble ne métamorphose-t-il pas le **jus ad rem** du locataire en **jus in re** ? Aussi, pour peu que l'on considère les droits réels comme étant les prérogatives dont dispose un créancier contre un débiteur pris en sa seule qualité de propriétaire d'un bien, support du droit réel ⁽¹²⁹⁾, rien ne s'oppose à la réalité du bail : le locataire a un droit sur la chose, circonscrit par les utilités qui lui ont été concédées, qu'il exerce contre le bailleur, pris en sa seule qualité de propriétaire de la chose et qui se conservera contre tous les propriétaires successifs tant que le droit se maintiendra. Par où l'on voit que le Code civil recèle sans doute des notions fondamentales lui permettant de s'adapter au droit des biens développé hors de son **corpus**.

* *

31. La contemplation du droit des biens hors le Code civil révèle en même temps le vieillissement et les capacités d'adaptation du Code civil. Si une recodification est nécessaire, l'ossature et les notions fondamentales restent, plus de 200 ans après la promulgation du Code civil, incontournables. Si le droit des biens est donc allé au-delà du Code civil, il doit encore passer par le Code civil. Après avoir inversé la formule de Gény, Saleilles affirmait que « ce à quoi nous tenons le plus, c'est l'Au-delà... » ⁽¹³⁰⁾. Qu'il soit permis, sur ce point, de n'être pas de l'avis du maître...

Jean-Baptiste SEUBE

Professeur à l'Université de la Réunion

Doc. 6 : H. PERINET-MARQUET : « Regard sur les nouveaux biens », JCP G. n° 44, 1er Novembre 2010, doct. 1100

1. - Aborder la question des **nouveaux** biens^{Note 1} est un exercice à la fois stimulant, frustrant et arbitraire.

L'exercice est intellectuellement intéressant dans la mesure où il permet de vérifier la plasticité du droit des biens à de **nouveaux** éléments. La base de notre législation de droit des biens demeure le Code civil qui, en matière de droit des biens, n'a fait l'objet d'aucune évolution significative depuis plus de deux siècles. Moderne en 1804, quoique beaucoup moins révolutionnaire dans son contenu que d'autres parties du code, il fait, aujourd'hui, comparé à beaucoup de législations modernes, figure d'ancêtre et donne une image quelque peu surannée du droit des biens français. Il n'a pas, en effet, su intégrer les **nouveaux** biens qui n'en ont pas moins une santé florissante, essaimant dans tous les compartiments de notre droit.

2. - Cette prolifération anarchique donne à tout essai de classement son caractère frustrant. L'étude des **nouveaux** biens conduit, habituellement, à dresser un catalogue d'un certain nombre d'éléments dont l'hétérogénéité est redoutée autant qu'admiration. Mais une telle démarche est-elle encore digne d'intérêt ? Rédiger un catalogue ne présente, en effet, que deux utilités.

La première est de servir de repère, de table d'orientation, afin de faciliter la recherche. Or, en l'espèce, tous les utilisateurs des biens **nouveaux** savent parfaitement où ces derniers se trouvent. Ils n'ont nul besoin de catalogue pour se guider et les non-utilisateurs de ces biens **nouveaux** se moquent, généralement, de savoir où les trouver. Le bénéficiaire d'un droit de propriété intellectuelle se préoccupe assez rarement du régime d'un droit de produire. De même, le spécialiste du droit de l'information n'aura que peu d'intérêt pour les produits du corps humain.

Mais il est une toute autre acception du catalogue que l'on trouve, notamment, en matière artistique et qui permet de rassembler les éléments épars d'une oeuvre pour en permettre une meilleure connaissance. Le catalogue se pare alors souvent de l'épithète « raisonné ». Dresser un catalogue des biens **nouveaux** permettrait donc de mieux appréhender leur structure générale. Cependant, existe, en la matière, un évident obstacle. Le catalogue raisonné rassemble et détaille l'oeuvre d'une seule personne. En l'espèce, sauf à idéaliser le législateur, les lois successives sur les biens **nouveaux** n'ont pas été conçues de manière coordonnée. Elles proviennent de la même personne morale, l'État, mais ont été élaborées et discutées par des personnes physiques différentes. Les biens **nouveaux** ne s'éclairent pas l'un l'autre à la lumière d'un génie créateur unique.

3. - 3 - Un autre élément un peu déroutant du sujet est d'ailleurs la notion même de « **nouveau** bien », nulle part définie et ainsi laissé à l'arbitraire de chacun. La nouveauté est, en effet, une notion éphémère et variable selon les temps et les lieux. Il suffit, pour s'en convaincre, de regarder les travaux de l'Association Henri Capitant de 2003 sur la propriété dont un sous-thème intégrait les **nouveaux** biens. Or la liste dressée par les rapporteurs de chacun des pays montre une grande diversité tenant à l'actualité du moment, à l'importance de tel ou tel **nouveau** bien ou, plus simplement, au champ d'expertise du rédacteur^{Note 2}. Le fonds de commerce, l'électricité, la propriété intellectuelle sont-ils des biens **nouveaux** ? Sans doute par rapport au Code civil mais celui-ci ne paraît vraiment plus pouvoir servir d'étalon de la nouveauté. Pour se référer à un critère objectif, notre regard portera donc, pour l'essentiel, sur les biens les plus **nouveaux**, ceux qui ont été, d'une manière ou d'une autre, sous les feux de l'actualité économique ou juridique de l'année 2010 tels les nanoparticules, les OGM, la fibre optique, les quotas, l'information, les téléphones mobiles, et les droits à retraite^{Note 3} ...

4. - Cette plongée dans le régime de ces biens les plus **nouveaux** conduit à se poser trois questions : Ces biens obéissent-ils au même mode de création que les anciens ? (1) Sont-ils adaptés à la distinction des biens corporels et incorporels ? (2) Sont-ils compatibles avec le régime classique des biens ? (3)

1. 1. Les biens les plus nouveaux obéissent-ils au même mode de création que les anciens ?

5. - Carbonnier, dans une des phrases célèbres dont il avait le secret, écrivait que « Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction »^{Note 4}. Pourtant, le droit ne définit nulle part la notion de bien. Le Code civil, au contraire, partant implicitement de ce que toute chose est un bien, se contente de définir les critères de répartition des biens entre meubles et immeubles.

6. - Pour les biens « anciens », l'accès des choses à la qualité de bien ne dépend que de leur appropriation^{Note 5}. La propriété, et la possession qui peut y conduire^{Note 6}, transforment la chose en bien. Cela est évident pour les choses déjà existantes. Celles qui ne sont pas encore appropriées sont cependant rares, mis à part le gibier, et ne peuvent être que mobilières. Les terrains, au moins dans nos contrées, ont tous un propriétaire, qu'ils fassent l'objet d'une propriété publique ou privée. De plus, leur abandon (si l'on admet cette possibilité pour le propriétaire), ne transforme pas le bien en chose mais aboutit simplement au passage d'un patrimoine privé à un patrimoine public.

La transformation de choses corporelles **nouvelles** en biens est également liée à leur appropriation. Les composants d'un produit fini sont des choses déjà appropriées et souvent achetées et constituent donc des biens. Le produit qui en est la résultante est une chose **nouvelle** qui, d'évidence, est également un bien. Mais comment s'opère la qualification de cette chose **nouvelle** en bien ? Les règles de l'accession mobilière, auxquelles on pourrait penser sont ici le plus souvent inopérantes. Les articles 565 et suivants du Code civil supposent, en effet, que les matériaux assemblés appartiennent à des propriétaires différents^{Note 7} ce qui n'est pas ici le cas. En réalité, sauf situation particulière ou clause contraire, l'appropriation est consubstantielle à la création des choses corporelles puisque le fabricant peut difficilement ne pas être possesseur du résultat de son travail.

7. - Les choses corporelles deviennent donc des biens en vertu des mécanismes classiques du droit des biens touchant à la propriété et à la possession. Les règles de la propriété permettent au propriétaire lui-même de transformer la chose en bien, mais aussi, à sa convenance, le bien en chose. Les *res delictae* ne sont en effet plus que des choses qui d'ailleurs, si elles retrouvent un propriétaire, peuvent redevenir des biens. Le rapport de la personne et de la chose, d'appropriation ou de désappropriation, est ainsi déterminant dans la création ou la disparition du bien.

Il n'en va pas de même pour certains biens **nouveaux**. Leur accession au statut de bien dépend directement soit de tiers, soit d'une autorité publique.

A. - A. - Les nouveaux biens au bon vouloir de tiers ?

8. - Une information est-elle un bien ? *A priori* la réponse paraît plutôt négative. L'information peut être banale si elle est partagée par beaucoup. Mais, même rare, elle peut rester à l'état de chose incorporelle. Un ami vous confie, à vous seul, qu'il va se marier l'an prochain. Mais il n'est pas *people*. Cette information pourtant exclusive n'intéressera aucun média. Elle n'est pas un bien mais seulement un petit secret. La transformation de l'information brute^{Note 8} en bien dépend donc, non de son appropriation, mais de sa capacité à être commercialisée, à trouver quelqu'un prêt à la payer et ainsi, à lui conférer une valeur marchande.

La vente d'une information est cependant parfois suspecte. Elle se rapproche très vite du délit d'initié. Dans un certain nombre de situations, les informations les plus intéressantes ne peuvent être communiquées au regard tant du droit commercial que du droit du travail ou du droit pénal. Mais certaines informations brutes peuvent se transformer en biens. Lorsque des journaux rémunèrent des informateurs pour avoir, dans leurs colonnes, les dernières indiscrétions du *show biz*, ils paient des informations qui deviennent dès lors des biens puisqu'elles ont

un prix parfaitement légal^{Note 9}. De même, lorsque la famille de la victime d'une infraction promet une récompense à quiconque fournira un renseignement, l'information se transforme alors en bien. La situation n'est pas différente lorsque l'administration fiscale ou douanière rémunère un informateur. Dans ces trois cas, un tiers (personne physique, personne morale de droit privé ou de droit public), donne à une chose des plus incorporelles une valeur.

9. - La transformation de la chose en bien dépend alors de la concrétisation juridique de l'intérêt que porte à la chose ce tiers. À bien des égards, ce n'est pas l'appropriation (relation personne chose) qui transforme la chose en bien mais le contrat (relation de personne à personne) qui donne à cette propriété incontestée une valeur et conduit à la qualifier de bien^{Note 10}.

B. - B. - Les nouveaux biens au bon vouloir de l'autorité publique ?

10. - L'autorité publique, qu'elle soit nationale ou supranationale, joue, à l'égard de certains biens les plus **nouveaux**, un double rôle. Il peut les créer, inclure certaines choses dans la liste des biens. Il lui est également loisible de les en écarter. Il dispose donc d'un pouvoir d'inclusion et d'exclusion.

Plusieurs exemples, parmi beaucoup d'autres, du **pouvoir d'inclusion** peuvent être pris. Le droit de produire en matière agricole, les quotas d'émission de gaz à effet de serre, les autorisations administratives, et notamment celles relatives à la construction sont aujourd'hui considérés comme des biens. Mais il s'agit, d'évidence, de biens créés de toutes pièces par l'État.

Cette remarque apparaît d'autant plus forte que, ces biens étaient, à l'origine, des prérogatives comprises dans les pouvoirs normaux de tout propriétaire. Au XIXe siècle, tout agriculteur pouvait librement utiliser sa terre comme bon lui semblait, il pouvait produire autant de céréales, de lait que sa force de travail et la richesse de sa terre le lui permettaient. De même, l'industriel propriétaire d'une usine pouvait, à ce titre, l'exploiter comme bon lui semblait, dans le seul respect des inconvénients anormaux de voisinage. Nulle autorisation n'était nécessaire pour construire ou diviser un bien^{Note 11}. Les droits de construire, de produire ou de polluer étaient donc les corollaires incorporels normaux de choses corporelles, en l'occurrence le sol, les bâtiments, le bétail. Ils n'étaient donc pas des biens, faute d'individualisation mais seulement des attributs de biens, des prérogatives normales du propriétaire de ces biens.

11. - La situation aurait pu rester la même si l'autorité publique s'était contentée, à un moment donné, de supprimer ou de limiter les possibilités d'utilisation de ces propriétés. Aucun bien **nouveau** n'aurait été créé puisque seuls des droits existants auraient été réduits. Or, pour des raisons diverses, l'autorité publique s'est, en quelque sorte, appropriée les prérogatives de biens corporels immobiliers. Elle n'en a pas fait des choses communes ne voulant pas, bien au contraire, qu'elles puissent être utilisées par tous. Mais elle les a parfois mutualisées, comme le sont, dans une certaine mesure, les droits de produire et ceux de polluer, pour ensuite les redistribuer sous forme d'un pur droit incorporel, déconnecté du sol ou de tout autre bien corporel. Ainsi, les droits de produire sont liés à la personne de l'agriculteur et non au terrain, le droit de construire bénéficie au détenteur d'une autorisation d'urbanisme^{Note 12}.

12. - Les quotas d'émission de gaz à effet de serre^{Note 13}, font l'objet quant à eux, d'une évolution intéressante de leur réglementation. Dans le système actuel, ils sont fixés en fonction de l'activité de l'entreprise^{Note 14}. Leur attribution n'est pas liée à un bien matériel qui serait le terrain ou les bâtiments, mais à une unité productrice, à une activité qui, même si elle est faite à partir d'éléments corporels pour l'essentiel, est, par nature incorporelle. Un bien incorporel est donc attribué, en l'espèce, à un autre bien incorporel. Mais, une fois cette attribution gratuite faite, le quota n'est plus lié à l'entreprise qui l'a reçu puisqu'il peut être librement cédé à d'autres^{Note 15}. En revanche, dans le régime découlant de la directive du 23 avril 2009^{Note 16}, les quotas ne seront plus attribués en fonction de l'activité de l'entreprise mais mis aux enchères, ce qui montre bien leur attribution préalable à la puissance publique. Les quotas gratuits seront supprimés à partir de 2023.

Le système MDP (Mécanisme de développement propre), issu du protocole de Kyoto^{Note 17} va encore plus loin. Les pays industrialisés payent pour des projets qui réduisent ou évitent des émissions dans les nations les moins riches et bénéficient, en contrepartie, de crédits carbone pouvant être utilisés pour atteindre leur propres

objectifs d'émission. Ce système de quotas internationaux est géré par une conférence des parties sous l'égide de l'ONU qui est donc à l'origine de ces **nouveaux biens**^{Note 18}. Dans ces diverses hypothèses, le droit octroyé est une création du système juridique qui lui donne sa qualité de bien au travers de son régime et en fait une prérogative plus ou moins autonome.

Mais l'autorité publique joue également un **rôle important d'exclusion** puisqu'elle a le pouvoir, non négligeable, de rejeter des choses ou des droits en dehors du domaine des biens.

Cette remarque n'est pas **nouvelle** et, dans de nombreuses hypothèses, le droit vient interdire la commercialisation de produits, de substances ou de droits qu'il considère, au sens large du terme, comme contraires à l'ordre public, qu'il s'agisse de droits ou de produits du corps humain, de substances dangereuses ou de droits exclusivement attachés à la personne. Jusqu'alors, cette exclusion faisait l'objet d'un relatif consensus. Mais, plus récemment, trois débats ont divisé l'opinion, celui sur les OGM^{Note 19}, sur les nano-particules et sur les drogues douces.

De nombreuses condamnations pénales de « faucheurs volontaires »^{Note 20} et la quasi impossibilité de tenir des débats publics prévus sur les nano-technologies^{Note 21}, ceux-ci étant systématiquement perturbés par des opposants radicaux, ont montré l'hostilité d'une partie non négligeable de la population à la transformation de ces **nouvelles choses en nouveaux biens**.

13. - La problématique est différente en ce qui concerne la vente de drogues douces, interdite dans la plupart des pays de l'Union, mais autorisée dans certains lieux au Pays-Bas^{Note 22}, même si la vente est soumise à certaines restrictions. Ainsi, la ville de Maastricht ne voulant plus des touristes de la drogue, a décidé, en 2010, de limiter la vente de telles substances aux résidents néerlandais, cette mesure semblant devoir être validée par la CJUE si l'on en croit la position prise, en la matière, par l'avocat général. Ainsi la drogue douce en vente à Maastricht est-elle un bien pour les ressortissants néerlandais mais reste une chose pour les étrangers qui ne peuvent se l'approprier légalement. Ce pouvoir d'exclusion suscite deux remarques.

En premier lieu, le principe de précaution fait une entrée en force en droit des biens^{Note 23}. L'une des questions majeures concernant les **nouvelles choses corporelles** est donc, de ce point de vue, celle de leur libre accès au marché. La question de la commercialisation de viande issue d'animaux clonés, qui commence à se poser, en constitue une **nouvelle illustration**.

Mais, en la matière, l'État ne peut pas tout et ne peut s'abstraire des politiques menées à une échelle supérieure ou par d'autres États membres. Même si le régime des biens ressortit du pouvoir des États membres et non de celui de l'Union, force est de constater, en deuxième lieu, que le principe de liberté de circulation des marchandises a, de ce point de vue, un impact évident, quoiqu'indirect, sur la notion de bien et leur régime. Il peut conduire à des biens à géométrie commerciale variable, leur production pouvant être interdite mais pas leur importation ou l'inverse, leur commercialisation réservée à certains groupes de citoyens.

2. 2. Les biens les plus nouveaux sont-ils adaptés à la distinction des biens corporels et incorporels ?

14. - La question peut paraître déplacée tant la réponse est, à première vue, évidente. La plupart des **nouveaux biens** étant des biens incorporels, leur création en nombre soutenu serait la marque même du triomphe de l'incorporel et justifierait, pour certains, un redécoupage du droit des biens entre incorporel et corporel. Cette analyse ne relève cependant pas de l'évidence. La frontière entre le corporel et l'incorporel est moins nette qu'il n'y paraît et la diversité des biens incorporels fragilise l'intérêt même de la catégorie de bien incorporel.

A. - A. - Les biens nouveaux remettent en cause la frontière entre le corporel et l'incorporel

15. - Cette idée se vérifie tant pour les immeubles que pour les meubles.

La distinction des biens corporels et des biens incorporels est parfois délicate à mettre en oeuvre **en matière d'immeubles**. Un lot de copropriété est un immeuble^{Note 24}, tout comme un lot de volume. Tous les deux sont d'ailleurs publiés au fichier immobilier. Mais sont-ils des biens corporels ou incorporels ? Le lot de volume, quand il n'est pas construit, ne peut pas être touché. Il ne répond pas à la définition classique, romaine, du bien corporel^{Note 25}. Pourtant ce lot de volume est un bien parfaitement délimité et qui est incontestablement composé d'un certain nombre d'atomes, en l'occurrence d'atomes d'air. Il a donc une matérialité chimique et physique et n'a rien à voir avec un droit d'auteur ou une information^{Note 26}. Aucune différence n'existe entre un volume de terre et un volume d'air, si ce n'est que leur composition chimique est d'évidence différente. On pourrait donc penser qu'il s'agit en fait d'un bien corporel, et sans doute est-ce là la meilleure qualification. Mais la plupart des professionnels qui achètent un volume immobilier pour construire, acquièrent, dans leur esprit, une constructibilité, de la SHON (surface hors oeuvre nette constructible) dans un lieu donné. Il y a donc, psychologiquement, vente d'un bien incorporel, le droit de construire, cédé par l'aménageur, généralement dans une zone d'aménagement concertée. L'attribut incorporel prend le pas sur le contenu corporel. La problématique du lot de copropriété n'est pas très différente. En droit français, ce lot est composé d'une partie privative et d'une quote-part indivise de parties communes. Il est difficile de voir une quote-part indivise comme un bien autre qu'incorporel^{Note 27}. Dès lors, un bien comme le lot, composé d'une partie corporelle, la partie privative, et d'une partie incorporelle, la quote-part indivise ne peut être, lui-même, qu'incorporel. Mais, là encore, telle n'est pas la perception la plus communément admise en pratique. Le lot de copropriété est oublié dans sa réalité juridique et psychologiquement considéré comme un bien corporel, même si l'immeuble n'est pas encore construit. Ainsi, un lot de volume sera perçu par les praticiens comme plutôt incorporel et un lot de copropriété, par ses acquéreurs, comme corporel. Or quelle différence y-a-t-il entre un lot de volume et un lot de copropriété avant que ce dernier ne soit construit, c'est-à-dire, au moment où les acheteurs acquièrent, sur plans, un immeuble à édifier ?

De même, lorsque la Cour EDH juge que « l'intérêt patrimonial » attaché à des constructions légères bâties par les requérants sur un terrain qui ne leur appartenait pas mais qu'ils occupaient depuis douze ans avec la tolérance des autorités est suffisamment important et reconnu pour constituer un « bien » au sens de l'article 1er du premier Protocole^{Note 28}, ce bien, incorporel puisqu'il est constitué d'un intérêt, ne se rapproche-t-il pas, en pratique, des constructions légères bâties, et donc d'un bien corporel ?

16. - Ces hésitations ne sont d'ailleurs pas propres aux immeubles. Elles peuvent s'appliquer également à **des meubles très nouveaux**.

Les nanomatériaux sont-ils des biens corporels ? Au sens romain certainement pas car il est impossible de toucher une chose dont la dimension se mesure en millionième de millimètre. Pourtant ces choses sont bien composées d'atomes et ont une réalité tant physique que chimique. Les **nouvelles** technologies multimédias bouleversent également les critères traditionnels. Certes, d'un point de vue classique, le *hard* est corporel et le *soft* incorporel. Les organismes de protection de la concurrence luttent d'ailleurs pour que matériels et logiciels soient commercialement déconnectés et qu'ainsi, corporel et incorporel ne soient pas liés. Mais, là encore, la réalité semble bien différente, comme le montrent plusieurs exemples flagrants. L'acheteur d'un téléphone portable ordinaire achète un objet corporel. L'acheteur d'un *Iphone* acquière, bien évidemment, lui aussi un meuble corporel dont il attend tous les services d'un meuble corporel et, notamment, que son antenne fonctionne. Mais son choix pour l'appareil n'a pas été fait en fonction de ses caractéristiques techniques de téléphone. Il a été commandé par l'extraordinaire diversité d'applications pouvant être téléchargées, gratuitement ou non, sur le boîtier. Concrètement, l'incorporel a été largement l'élément déclencheur de l'achat du corporel. Le bien acquis est-il encore le téléphone portable ou n'est-il pas le système *MAC*^{Note 29} ? Le corporel n'est alors que la face émergée de l'incorporel.

La même démonstration peut être faite à propos d'un autre produit vedette, le *Blackberry*. Ce qui fait préférer, pour les entreprises, ce type d'appareil, par rapport à d'autres, y compris le précédent nommé, est le cryptage centralisé, par RIM, des données émises avant leur retransmission, ce qui rend impossible leur interception^{Note 30}. L'incorporel joue donc un rôle non négligeable dans l'achat du bien corporel car il permet au propriétaire du téléphone une liberté appréciée de conversation. Les déboires de *Blackberry* dans un certain nombre de pays,

notamment en Arabie Saoudite en sont, en creux, une excellente illustration, ces pays estimant que cette liberté de communication était excessive et dangereuse pour eux^{Note 31}. Pour ces pays, là encore, l'objet corporel n'est qu'un élément secondaire d'un système incorporel qui, seul, les préoccupe.

B. - B. - La diversité des nouveaux biens incorporels fragilise la catégorie même de bien incorporel

17. - La catégorie des biens incorporels peut apparaître, à certains égards, comme un tiroir de rangement où l'on peut entasser, pêle-mêle, les choses ou les droits les plus disparates. Qu'y a-t-il de commun entre un numéro de carte bancaire, un droit d'auteur, un lot de copropriété à construire, une information... ? Le régime juridique de chacun de ces biens incorporels est trop différent pour que leur regroupement dans une catégorie unique présente un avantage décisif. En d'autres termes, le regroupement de tous les biens incorporels dans une même catégorie ne paraît présenter aucun intérêt quant à la détermination ou à l'unification de leur régime juridique. On pourrait penser que leurs seuls éléments communs sont la propriété et la possession mais, même en admettant la possession de biens incorporels, ce que ne fait pas toujours la Cour de cassation^{Note 32}, il est difficile d'imaginer un régime de la possession commun aux différents droits incorporels ou choses incorporelles^{Note 33}. Les modalités de possession d'une information ne peuvent être identiques à celles d'un fonds de commerce ou d'un droit intellectuel. La propriété, elle-même, n'obéit pas au même régime alors que certains droits intellectuels sont tout sauf perpétuels^{Note 34} et que, pour certains d'entre eux, le propriétaire n'a pas le droit au non-usage^{Note 35}.

18. - En réalité, on peut se demander si les biens incorporels **nouveaux** ne sont pas irréductibles aux classifications et si le fait de les placer tous dans une catégorie unique a du sens. Cette difficulté de catégoriser ces **nouveaux** biens ne peut qu'attrister, au regard de la conception du Code civil, qui précisément, raisonne toujours par catégorie. Cependant, les patrimoines ne sont pas composés que de **nouveaux** biens et la distinction traditionnelle conserve une justification. Il apparaît simplement que, contrairement aux apparences, les **nouveaux** biens sont plus perturbateurs que consécuteurs des classements éprouvés.

3. 3. Le régime classique des biens est-il adapté aux biens les plus nouveaux ?

19. - La question mérite d'être posée tant pour les biens corporels qu'incorporels et pourrait donner lieu à d'abondants développements. Compte tenu du cadre de cet exposé, seuls quelques exemples significatifs et nécessairement limités seront abordés.

A. - A. - Le régime classique est-il adapté aux biens corporels les plus nouveaux ?

20. - Deux exemples permettent d'en douter. Le premier est celui de la fibre optique. *A priori*, cette fibre est un câble comme un autre, sauf qu'elle possède des propriétés différentes, notamment quant à la vitesse de la circulation de la lumière ou de l'information. Ses modalités **nouvelles** d'utilisation conduisent à se poser un certain nombre de questions. Chaque opérateur peut acquérir, en le payant, un droit sur la fibre, même si cette dernière a été installée par d'autres. Ce bien **nouveau**, de par ses caractéristiques techniques, permet donc une mutualisation des droits qui peuvent en découler. Pour la régir, la pratique tend à développer un droit inspiré des pratiques anglo-saxonnes, l'*indefeasible right of use* (IRU), qui bénéficie de l'appellation, surprenante et officielle, de « quasi droit réel »^{Note 36}. Il n'est pas de meilleure preuve de l'ébranlement que certains biens **nouveaux** font subir aux catégories traditionnelles du droit, même si la qualification adoptée est d'évidence des plus contestables. Le régime classique des biens s'applique également difficilement aux nano-matériaux, précédemment évoqués et dont l'avenir va montrer toute l'importance économique^{Note 37}. Même s'il s'agit, indiscutablement, de meubles corporels, leur taille, inférieure à un millionième de millimètre, rend aléatoire l'application de certaines règles, notamment en matière d'accession ou de possession. Mais autant les questions

d'autorisation et de surveillance des nano-technologies ont fait l'objet de vifs débats, autant ces aspects juridiques sont, pour l'instant, passés inaperçus.

B. - B. - Le régime classique est-il adapté aux biens incorporels les plus nouveaux ?

21. - Le numéro de carte bancaire a été considéré comme un bien susceptible d'appropriation frauduleuse^{Note 38}. Pourtant, un numéro de carte bancaire n'est pas cessible, puisque la carte est nominative. Il n'est pas susceptible de location. On imagine mal le possesseur d'une carte en tirer un quelconque effet légal et il en va de même de celle du numéro qui bien évidemment ne saurait conférer aucune propriété. L'article 2276 paraît totalement inapplicable. Ce « **nouveau** bien » est donc un bien aux petits pieds. Mieux vaudrait dire qu'à cette chose qu'est le numéro s'est vue attribuée, pour les besoins de la cause, l'une des prérogatives d'un bien, sans en faire un bien à part entière.

Le droit à pension a également été qualifié de bien. La CEDH admet, en effet, qu'une potentialité de droits soit considérée comme un bien^{Note 39}, y compris pour un droit à pension ou à retraite^{Note 40}. Le droit français s'est, en grande partie, aligné sur cette conception^{Note 41}. Cette position est logique. Si l'on considère que les biens sont des éléments qui composent le patrimoine, l'actif de beaucoup de retraités n'est, aujourd'hui, composé que d'un éventuel bien immobilier, de quelques biens mobiliers et, surtout, de leurs droits à retraite. Soustraire ces droits à retraite du patrimoine au motif qu'ils ne constitueraient pas un bien serait donc un non-sens économique tout autant que psychologique. Mais ce droit à retraite, est un bien d'une nature extrêmement particulière. Il n'est intangible qu'une fois mis en oeuvre. Il est totalement incessible^{Note 42}. Il est attaché à la personne sans être proprement extrapatrimonial. Il ne peut davantage être loué. Il obéit donc à un régime particulier, rendu nécessaire pour éviter la spoliation anticipée de son bénéficiaire.

Sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres exemples on constate que nombre de **nouveaux** biens n'obéissent qu'assez partiellement au régime classique des biens et, notamment aux articles 544 et suivants. Leur titulaire bénéficie souvent de prérogatives réduites, voire très réduites. Les vrais biens voisinent donc avec des demi-biens et des mini-biens à moins qu'il ne s'agisse, tout simplement, de faux biens.

22. - En **conclusion**, cette étude des **nouveaux** biens annoncée comme frustrante pourrait s'avérer, à certains égards, totalement déroutante pour le juriste habitué à ses notions traditionnelles. Les **nouveaux** biens sont rétifs aux catégories. Ils ignorent les frontières. Ils méprisent les acquis juridiques. Les systèmes juridiques romano-germaniques fonctionnent de manière déductive en appliquant leurs principes à tel ou tel type de droits ou de biens. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le régime d'une chose **nouvelle** ou d'un droit **nouveau** s'impose en tant que tel ; il fait ou défait le bien tout en modelant ses caractéristiques. Le respect des grands principes juridiques n'est plus présent qu'en arrière fond constitutionnel ou conventionnel.

Ces régimes sont d'ailleurs élaborés sans respect d'éléments communs. Certains **nouveaux** biens, comme les propriétés intellectuelles, vivent en tribu dans leur propre code. D'autres sont des individualistes forcenés. Mais aucun d'entre eux n'est un véritable citoyen du Code civil, code de tous les français mais plus de tous leurs biens. Ce constat, inquiétant pour le livre II du code, n'a cependant aucune incidence pratique. Notre droit a bien acclimaté ses **nouveaux** biens. Mais la plasticité évoquée dans l'introduction a pris le chemin de traverse qui va, en matière de droit des biens, du singulier au pluriel. Il semble, en effet, que n'existe plus aujourd'hui un droit des biens mais, au moins au regard de ces biens **nouveaux**, des droits des biens dont le seul élément véritablement commun serait, précisément, d'être protégé, comme bien, tant par le Conseil constitutionnel que par la CEDH, sur le fondement de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole. Le droit des biens conserve une réalité et une unité pour la plupart des biens mais plus pour tous.

On oppose souvent le droit moderne de la famille et le droit plus ancien des biens. Mais en réalité, les deux obéissent, malgré les apparences, à des évolutions identiques. À la famille, modèle unique ont été substituées les familles dont le droit n'a eu de cesse de diversifier mais aussi de rapprocher le statut. Au droit des biens succèdent aujourd'hui les droits des biens. Une différence non négligeable subsiste toutefois : contrairement aux **nouvelles** familles, les biens les plus atypiques ne souhaitent absolument pas ressembler aux biens les plus traditionnels. Ils n'ont donc pas besoin, contrairement aux familles, d'être rassemblés dans le même code pour échapper à la marginalité. Les droit des biens vivent bien leur diversité.

Il est peut-être temps, pour les juristes, d'accepter cette variété et cette autonomie et de renoncer à des regroupements unitaires ou identitaires inutiles et inadaptés. La richesse *du* droit des biens tient peut-être, aujourd'hui, à la diaspora de ceux qui ne rêvent pas du Code civil comme terre promise.