



La propriété commune

Florent Masson

► To cite this version:

Florent Masson. La propriété commune. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2016. Français. NNT : 2016PA01D013 . tel-01522772

HAL Id: tel-01522772

<https://theses.hal.science/tel-01522772>

Submitted on 15 May 2017

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

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

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

École doctorale de droit de la Sorbonne

Thèse de doctorat en droit privé

soutenue le 31 mars 2016

La propriété commune

Florent MASSON

Sous la direction de: **Monsieur Philippe STOFFEL-MUNCK**
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Rapporteurs: **Madame Florence DEBOISSY**
Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV
Monsieur William DROSS
Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin)

Membres du jury: **Monsieur Rémy LIBCHABER**
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Monsieur Laurent PFISTER
Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

À Sandrine

Je tiens à remercier en premier lieu M. Philippe Stoffel-Munck, mon directeur de thèse, et à lui exprimer ma profonde gratitude pour tout ce qu'il m'a apporté tant intellectuellement qu'humainement au cours de ces années et pour l'attention, l'exigence et la bienveillance dont il a constamment accompagné mon travail.

Je remercie également mes proches, famille et amis, pour avoir inlassablement veillé à ce que ce travail se déroule dans les meilleures conditions possibles. Ils y ont parfaitement réussi.

Enfin, je remercie Michèle, Sandrine et Victor pour leur relecture attentive et leurs précieuses suggestions.

Glossaire

Adde Ajouter

AJ Actualité jurisprudentielle (Recueil Dalloz)

AJ Famille Actualité Juridique Famille

AJDI Actualité juridique, droit immobilier

al. alinéa

APD revue Archives de philosophie du droit

Ass. plén. Assemblée plénière

Banque et droit revue Banque et droit

BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)

Bull. Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation

Bull. Joly Bourse Bulletin Joly Bourse

Bull. Joly Entr. Bulletin Joly Entreprises en difficulté

Bull. Joly Sociétés Bulletin Joly, mensuel d'information des sociétés

C. Civ. Code civil

C. Com. Code de commerce

C. Cons. Code de la consommation

C. constr. hab. Code de la construction et de l'habitation

C. mon. fin. Code monétaire et financier

C. pén. Code pénal

C. proc. civ. exéc. Code des procédures civiles d'exécution

C. rur. Code rural

C. transp. Code des transports

C. trav. Code du travail

CA Cour d'appel

Cah. dr. entr. Cahiers de droit de l'entreprise

Cass. Cour de cassation

Cass. Civ. Arrêt rendu par une chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Com. Arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. Crim. Arrêt rendu par une chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. Soc. Arrêt rendu par une chambre sociale de la Cour de cassation

CCC revue Contrats, concurrence, consommation

CE Conseil d'État

CEDH Cour Européenne des Droits de l'Homme

CGCT Code général des collectivités territoriales

CGI Code général des impôts

Ch. mixte Chambre mixte

Ch. réun. Chambres réunies

chron. Chronique (Recueil Dalloz)

comm. commentaire

concl. conclusion

Cons. Const. Conseil Constitutionnel

Cons. Const. Conseil constitutionnel

Contra À l'inverse
CPC Code de procédure civile
CPI Code de la propriété intellectuelle

D. Recueil Dalloz
Defrénois Répertoire Defrénois
DH Dalloz Hebdomadaire
DMF Droit maritime français
DP Dalloz Périodique
Dr. et patr. revue Droit et Patrimoine
Dr. Fam. Revue Droit de la Famille

et al. et autres

Fasc. Fascicule

GAJC Grands Arrêts Jurisprudence civile
Gaz. Pal. Gazette du Palais

ibid. ibidem
infra ci-dessous
IR Informations Rapides du recueil Dalloz

J.-Cl. Juris-Classeur
JCP E La Semaine juridique, édition Entreprises et affaires
JCP G La Semaine juridique, édition Générale
JCP N La Semaine juridique, édition Notariale

L. Loi
Loy. et cop. revue Loyers et Copropriété
LPA Les Petites Affiches

MLR Modern Law Review

obs. observations
op. cit. opere citato
OUP Oxford University Press

Pacs Pacte civil de solidarité

préc. précité
PUAM Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF Presse Universitaire de France

Rép. civil Répertoire civil (Dalloz)
Rép. min. Réponse ministérielle
RDC Revue des contrats
Req. Arrêt rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. crit. DIP Revue critique de droit international privé
Rev. Sociétés Revue des sociétés (Dalloz)
RFDA Revue française de droit administratif
RIDC Revue internationale de droit comparé
RJ Com. Revue de jurisprudence commerciale
RJDA Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF Revue juridique personnes et famille

RLDA Revue Lamy de droit des affaires
RLDC Revue Lamy de droit civil
RTD Civ. Revue Trimestrielle de droit civil
RTD Com. Revue Trimestrielle de droit commercial

S. Recueil Sirey
s. suivants
somm. sommaire
sq. et suivants
supra ci-dessus

th. thèse
v. voir
vol. volume

Sommaire

Glossaire	vii
Sommaire	ix
Introduction	1
Partie I La spécificité de la propriété commune	17
TITRE I UNE SITUATION SPÉCIFIQUE : L'APPROPRIATION EN COMMUN	21
Chapitre 1 L'impossible propriété commune	25
Chapitre 2 L'existence de la propriété commune	93
TITRE II UNE STRUCTURE SPÉCIFIQUE	175
Chapitre 1 Le statut des biens communs	179
Chapitre 2 Le statut de la part	265
Partie II Le fonctionnement de la propriété commune	319
TITRE I GÉRER LES BIENS COMMUNS	323
Chapitre 1 Répartir les habilitations à gérer	327
Chapitre 2 Respecter les habilitations à gérer	395
TITRE II JOUIR DES BIENS COMMUNS	457
Chapitre 1 Partager la richesse commune	461
Chapitre 2 Assumer le passif ?	529
Annexe : Liste des formes de propriété commune	599
Bibliographie	605
Index	643
Table des matières	651

Introduction

1. La propriété collective a une grande et une petite histoire.

Sa grande histoire est faite de mythes et d'idéaux, de révolutions réussies, ratées ou jamais tentées. La propriété collective, c'est le régime de l'Âge d'Or où tout était commun entre tous et rien n'était à personne comme ont pu le peindre Hésiode, Virgile ou Sénèque¹. C'est le régime de la République idéale de Platon, celui des premières communautés chrétiennes et de ses suites dans le monachisme². Et plus récemment, celui des utopies socialistes et de leurs applications collectivistes au cours du XX^e siècle.

Cette grande histoire s'écrit toujours contre un unique ennemi : la propriété privée individuelle, jugée aliénante, vulgaire ou représentative de la faiblesse humaine. La propriété collective se pose alors comme un contre-modèle idéal(iste), où l'humanité, réconciliée avec elle-même, n'accapare plus les biens. L'Occident, qui s'est construit sur la propriété individuelle, n'a jamais cessé de rêver de propriété collective. Les rêves se réinventent à chaque siècle sous de nouvelles formes, le marxisme pour le XX^e siècle, les "communs" pour le XXI^e - peut-être. Dimension fondamentale de l'imaginaire occidental, cette grande histoire de la

1. HÉSIODE, *Les travaux et les jours*, trad. par P. MAZON, Les Belles Lettres, 1986, «Tous les biens étaient à eux : le sol fécond produisait de lui-même une abondante et généreuse récolte, et eux, dans la joie et dans la paix, vivaient de leurs champs, au milieu de biens sans nombre» (v. 100-105). VIRGILE, *Géorgiques*, trad. par J. DELILLE, Folio, 1997, v. 125-128, p. 143-44 : «Avant lui, point d'enclos, de bornes, de partage/La terre était de tous le commun héritage/Et, sans qu'on l'arrachât, prodigue de son bien,/la terre donnait plus à qui n'exigeait rien». SÉNÈQUE, *Lettres à Lucilius*, trad. par H. NOBLOT, t. 4, Les Belles Lettres, 1962, Lettre 90, 36 : «L'époque fortunée où les bienfaits de la nature étaient à la portée et à la disposition de tous, avant que la cupidité, le luxe n'eussent désuni les mortels et qu'après avoir partagé en frères ils ne courussent chacun de leur côté à la rapine».

2. Sur toutes ces traditions, qui se sont mutuellement influencées, v. P. GARNSEY, *Penser la propriété*, Les Belles Lettres, 2013.

propriété collective dépasse de loin le cadre juridique. Car derrière la question du rapport de l'homme aux biens, elle interroge en réalité le rapport de l'homme à ses semblables.

2. Et puis, il y a la petite histoire, celle du droit privé. La propriété collective n'est plus l'absence ou le dépassement de la propriété privée, mais un simple mode d'appropriation des biens. La propriété est collective lorsqu'un bien appartient à plusieurs personnes, par opposition à la situation où le bien n'appartient qu'à une seule¹. Cette petite histoire fut paisible. On se demanda seulement, à la fin du XIX^e siècle, laquelle, de la propriété individuelle ou collective, était originaire et avait engendré l'autre. Il s'agissait de déterminer si, dans les sociétés primitives, l'appropriation était naturellement collective ou individuelle². Mais cette recherche s'est arrêtée sur un consensus : toutes les sociétés humaines ont recours simultanément à l'appropriation individuelle ou collective, quoiqu'en des proportions variables selon les lieux et les époques³. Lorsque cette appropriation est reconnue par le droit, apparaissent simultanément propriétés individuelle et collective. Le droit est ici le reflet de l'anthropologie : la tension entre individualité et vie en commun, cette «insociable sociabilité» de l'homme, se répercute sur sa relation aux choses : ces dernières sont tantôt généreusement partagées, tantôt jalousement gardées⁴.

3. A priori, puisqu'elles coexistent, propriété individuelle et propriété collective pourraient se trouver sur un pied d'égalité. Soit un bien appartient à une personne, et il fait alors l'objet d'une propriété individuelle ; soit il appartient

1. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 653 : «Une propriété est collective lorsque la même chose appartient simultanément à plusieurs personnes».

2. On oppose traditionnellement les noms de Laveye (communisme originaire) et de Tarde (individualisme originaire). V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 95 et 96.

3. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p.5 : «La coexistence entre propriété communautaire et propriété individuelle paraît présente chez de nombreux peuples primitifs avec les premières formes de division du travail».

4. L'expression «insociable sociabilité» vient d' E. KANT, « Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique » in *Œuvres philosophiques*, t. 2, Gallimard, «La Pléiade», 1985, p. 192 : «L'homme possède une inclination à s'associer, car dans un tel état il se sent plus homme, c'est-à-dire ressent le développement de ses dispositions naturelles. Mais il a aussi une forte tendance à se singulariser (s'isoler), car il en rencontre en lui-même ce caractère insociable qu'il a de vouloir tout diriger seulement selon son point de vue».

à plusieurs personnes, et il fait alors l'objet d'une propriété commune. Deux modes d'appartenance, deux types de propriété privée.

On sait cependant que les choses ne furent pas présentées ainsi. La propriété privée est assimilée - souvent implicitement - à la seule propriété individuelle. La propriété collective apparaît au contraire comme une notion floue, peu intéressante, accessoire, voire impossible¹.

Le phénomène est particulièrement net en droit français, où la propriété collective, selon un diagnostic largement accepté, a fait l'objet depuis la Révolution d'un «refoulement»². L'individualisme révolutionnaire a laissé le droit civil français avec l'indivision comme seul horizon. La cicatrice est encore visible, car «malgré l'évolution incontestable des conceptions philosophiques et politiques», «un réflexe persistant pousse à ramener le collectif à l'individuel»³. La propriété collective s'est installée dans l'ombre du droit, présente mais invisible⁴.

4. La preuve la plus éclatante de ce refoulement se trouve dans le Code civil, ou plutôt résulte de ce qui ne s'y trouve pas. Le livre 2 du Code civil consacré aux biens et à la propriété ne comporte aucune disposition générale relative à la propriété collective. Il s'agit d'un phénomène probablement unique : tous les grands pays de tradition continentale mentionnent une ou plusieurs formes de propriété collective dans leur législation relative à la propriété.

Le silence français n'est pas un legs du droit romain, car les droits italien et espagnol définissent la propriété collective et la dotent d'un régime supplétif⁵. Si les juristes français ont toujours eu tendance à regarder outre-Rhin en matière

1. VAREILLES-SOMMIÈRES, « De la copropriété », *Rev. crit. leg. jur.* 1907, p. 530-541, n° 13 : « Il y a contradiction dans les termes à parler de propriété appartenant à plusieurs personnes, du moins à plusieurs personnes qui ne sont pas artificiellement unifiées ». V. également F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, th. Lyon III, 1981, n° 556 et s.

2. V. notamment R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, n° 15.

3. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 545.

4. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 3 : « Du point de vue du strict droit positif, la victoire du modèle de l'appropriation individuelle est totale, au point que les formes d'appropriation en commun que l'on connaît ne méritent pas même le nom de propriétés collectives ».

5. V. art. 1100, CC it : « *Quando la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone, se il titolo o la legge non dispone diversamente, si applicano le norme seguenti* » ; art. 393, CC esp : « *Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título* ».

de propriété collective, les droits latins seraient les plus à même de servir de source d'inspiration¹.

Sur le «marché législatif», les droits de tradition germanique sont réputés pour leurs propriétés collectives². Le BGB distingue ainsi la *Gemeinschaft* (propriété en main commune) (§741 et s.) et la *Miteigentum* (copropriété ou indivision) (§1008 et s.). De la même manière, le Code civil suisse dissocie la «copropriété» de la «propriété en main commune» (art. 646-651, C. Civ. suisse), mais les réglemente tous deux dans la partie relative aux biens. Même si les Codes ne donnent pas de définition générale, la doctrine dans l'un et l'autre pays les considère comme étant deux formes de propriété collective³.

Quant aux législations les plus récentes, elles consacrent en général une définition large de la propriété collective avant de distinguer deux formes. C'est le cas du Code civil roumain, adopté en 2009, qui dispose dans son article 631 que «les dispositions du présent chapitre s'appliquent chaque fois que, en raison d'un acte juridique ou d'un autre mode d'acquisition prévu par la loi, le droit de propriété privée a deux ou plusieurs titulaires»⁴. C'est le cas également du droit québécois⁵ et du droit chinois⁶.

1. On peut ainsi regretter que l'avant-projet de réforme du droit des biens, s'il fait entrer les propriétés collectives dans le livre 2, reste rivé sur les seules figures de l'indivision et de la copropriété des immeubles bâtis (v. art. 569 et s.).

2. «Il existe, sur les marchés commerciaux, des nations qui font figure de vedettes collectives : l'étiquette suisse est promesse de durée, la japonaise promesse de prix modique, etc. Et il en va pareillement sur les marchés législatifs [...] Voulez-vous aujourd'hui libéraliser votre droit de la famille ? faites venir les modèles suédois» (J. CARBONNIER, « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger » in *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 238.).

3. P. PIOTET, *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne : Staempli & Cie, 1991, p. 12 : «Il paraît généralement admis aujourd'hui que la titularité est la même pour la copropriété et pour la propriété commune, seul l'exercice (usage, administration, disposition) étant différent».

4. L'article 632 (1) poursuit : «Les formes de la propriété commune sont les suivantes : a/ La propriété à quote-parts (la copropriété) ; b/ La propriété collective».

5. V. art. 1010, C. Civ. queb. : « La copropriété est la propriété que plusieurs personnes ont ensemble et concurremment sur un même bien, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit.

Elle est dite par indivision lorsque le droit de propriété ne s'accompagne pas d'une division matérielle du bien.

Elle est dite divisée lorsque le droit de propriété se répartit entre les copropriétaires par fractions comprenant chacune une partie privative, matériellement divisée, et une quote-part des parties communes».

6. v. l'article 93 de la loi du 16 mars 2007, relative aux droits réels «A real property or

5. Ce silence criant du droit français n'a cependant pas empêché la «fleuraison» des propriétés collectives¹. Car outre les formes historiques (indivision, communauté, société), le XX^e siècle a vu l'apparition de la copropriété des immeubles bâtis, des fonds communs, des propriétés communes spéciales du droit de la propriété intellectuelle, etc. «Le Droit moderne a vu se reconstituer et grandir les propriétés collectives que le Code civil voulait ignorer»². La propriété collective est allée au-delà du Code, sans le Code.

Aujourd'hui, si l'on retient une conception extensive de la notion incluant les personnes morales - ce qui sera le cas dans cette thèse - la propriété collective surpasse certainement en valeur économique la propriété individuelle. Loin de l'idéal révolutionnaire du citoyen propriétaire de son fonds, l'appropriation en commun est devenu le mode de tenure dominant. Étonnante propriété collective donc, qui est à la fois partout et nulle part, omniprésente en droit privé et incapable de s'affirmer en sa demeure, le droit des biens.

6. Puisque le droit français ne connaît que *des* propriétés collectives sans reconnaître *la* propriété collective, le juriste semble libre de définir cette notion comme il l'entend³. La propriété collective est une notion qui appartient au *discours sur le droit*, et non au *discours du droit*⁴.

movable property may be commonly owned by two or more entities or individuals. Common ownership includes several co-ownership and joint ownership».

1. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 653.

2. A. WEILL, *Les biens*, 2^e éd., Dalloz, 1974, n° 212.

3. C'est également le cas dans la *common law* où le terme de *co-ownership* peut désigner des choses différentes. V. par exemple M. E. TRACHT, *Co-ownership and Condominium in Encyclopedia of Law and Economics : Civil Law and Economics*, sous la dir. de B. BOUCKAERT et G. DE GEEST, t. 2, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 62 : «Co-ownership refers to legal relationships that entitle two or more entities to equal rights to the use and enjoyment of property. (...) Co-ownership also takes numerous legal forms. The category includes tenancy in common, joint tenancy, indivision, marital estates such as tenancy by the entirety and community property (all of which are referred to here as "cotenancy interests"), as well as condominium ownership of common areas». Comp. R. J. SMITH, *Property Law*, 7^e éd., Pearson, 2011, p. 290, qui a une approche plus classique : «Concurrent interests (co-ownership) exist where two or more people enjoy property (or an interest in it) at the same time. [...] English law recognises more than one form of co-ownership. The two that have survived to the present day are the joint tenancy and tenancy in common».

4. Sur la distinction, v. notamment V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014. Pour une critique, v. F. BRUNET, *La normativité en droit*, préf. d'E. PICARD, Mare & Martin, 2011, spéc. p. 93 et s.

Cette liberté a engendré un foisonnement de conceptions. Chacune d'entre elles donne une définition de la propriété collective et en déduit logiquement le domaine, plus ou moins étendu, qui lui correspond. Trois grandes approches coexistent.

(i) *L'approche restrictive* : La propriété collective ne désigne que les appropriations de nature communautaire. Cette tradition doctrinale commence avec Josserand qui distingue trois formes de propriété plurale : la *Gesammte Hand*, l'indivision et la personne morale¹. Seule la première mérite le nom de propriété collective, car les deux autres seraient réductibles à la propriété individuelle². En droit positif, seules la communauté légale et quelques formes mineures (biens de famille, sépultures) pourraient donc recevoir la qualification de propriétés collectives. Elles seraient en outre «des institutions inadaptées au droit moderne, dont elles contredisent le régime de la propriété et la prohibition des biens de mainmorte»³.

(ii) *L'approche intermédiaire* : La propriété collective englobe toutes les institutions assurant une appropriation en commun non dotées de la personne morale (indivision, copropriété des immeubles, fonds commun de placement, communauté, etc.)⁴. Certains auteurs admettent en outre que les personnes morales peuvent être considérées sociologiquement comme des formes de propriétés collectives, mais non techniquement⁵.

1. L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective » in *Livre du Centenaire*, 1904, p. 357–379. La *Gesammte Hand*, ou “propriété en main commune”, désigne «un patrimoine appartenant à tous les communistes dans leur union et dans leur personnalité physique sans aucune distinction de quote-parts qui compèterait à chacun d’eux» (J. RICOL, *La copropriété en main commune et son application possible au Droit français*, thèse Toulouse, 1907, p. 14.).

2. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges Gilles Goubaux*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 610 : Dans l’indivision, l’appropriation se fait via «une pluralité de droits de propriété distincts mais ayant la particularité d’avoir le même objet, là où la véritable propriété collective suppose [...] un droit unique et collectif indivisiblement tenu et exercé par plusieurs personnes». V. également F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 347 et s.

3. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges Gilles Goubaux*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 610.

4. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 741 ; C. DUVERT, « La propriété collective », *LPA*, 6 mai 2002, n° 90, p. 4, n° 11 ; G. CORNU, *Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 57.

5. V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 546. V. aussi H. MAZEAUD et al., *Leçons de droit civil, Biens : Droit de propriété et ses démembrements*,

(iii) *L'approche large* : La propriété collective englobe toutes les formes d'appropriation en commun, y compris les personnes morales pluripersonnelles. Ici encore, une sous-distinction peut se faire. Selon certains auteurs, seules les sociétés à risque illimité peuvent s'appréhender comme des formes de propriété collective¹. En effet, dans les sociétés de capitaux, «la personne [des associés] s'efface»² et la personne morale gagne en consistance. D'autres auteurs, à l'inverse, ne font pas explicitement cette distinction³.

7. La nature de la propriété collective suscite donc moins des oppositions tranchées que des différences d'appréciation. Les divergences se concentrent sur deux points : la nature de l'indivision et de la personne morale.

L'indivision est-elle une forme de propriété collective ou peut-elle être réduite à la propriété individuelle ? Depuis l'introduction d'un principe majoritaire par la loi du 23 juin 2006, les doutes ne sont guère permis : elle est une forme spéciale de propriété collective⁴.

L'analyse de la personne morale pluripersonnelle est plus délicate. Cette figure relève à la fois du droit des biens, du droit des contrats et du droit des personnes : elle permet à une pluralité de membres de mettre des biens en commun dont elle est réputée seule titulaire⁵. Elle est techniquement une propriété individuelle et économiquement une propriété collective. Cette ambiguïté fon-

par F. CHABAS, *Montchrestien*, 1994, n° 1307-1 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, n° 16, p. 317 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 299 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 654 : « Il paraît douteux que la personnalité morale constitue une ligne de partage très ferme ».

1. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : Histoire et théories*, Paris : Arthur Rousseau, 1910, p. 419-420 ; P. CATALA, « Trois figures de la propriété collective » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 107-123. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 204-2.

2. *Ibid.*, n° 204-2.

3. J. VINCENT, « Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage », *Rev. crit. leg. jur.* 1932, p. 284, n° 44 ; C. ATIAS, *Droit civil - Les Biens*, 11^e éd., Litec, 2011, n° 136 ; C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 268 ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, 1^{re} éd., LGDJ, 2016, n° 437 et s.

4. *Contra* F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges Gilles Goubeaux*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 595, pour qui une transformation en personne morale a été opérée « inconsciemment par le législateur ».

5. Cette fonction n'épuise cependant pas les usages possibles de la personne morale : il existe des sociétés unipersonnelles et des personnes morales au patrimoine insignifiant. Sur la nécessité de distinguer autonomie patrimoniale et personnalité juridique, v. *infra*, n° 334 et s.

datrice, clé de son succès, ne peut être niée. Mais elle ouvre deux grandes façons d'interpréter son régime selon l'aspect que l'on privilégie ¹.

L'interprétation que l'on peut appeler *formelle* ou *orthodoxe* privilégie l'aspect individuel. La personne morale est bien distincte de ses membres ; les biens sont sa seule propriété. Quand bien même elle permettrait économiquement une mise en commun de biens, cela ne peut guère avoir de conséquences juridiques. La personne morale est hors de la propriété collective ; elle s'oppose à la propriété collective.

L'interprétation *réaliste* privilégie l'aspect collectif. Même si la personne morale est réputée être un sujet de droit distinct, seule propriétaire des biens, elle reste sous le contrôle des membres qui peuvent agir à travers elle. L'analyse juridique ne peut donc faire l'économie de voir la propriété collective sous la personne morale ².

Cette dialectique s'observe chez le législateur qui prend l'écran sociétaire plus ou moins au sérieux selon les cas ³. La jurisprudence y est aussi régulièrement confrontée lorsqu'elle doit déterminer le champ d'application de certaines règles. Peut-on appliquer les règles protectrices du droit de la consommation aux opérations faites via une SCI ? La modification de la répartition des bénéfices au sein d'une société peut-elle constituer une donation indirecte entre associés ⁴ ? Lorsque les acteurs juridiques recourent à l'écran sociétaire pour échapper à l'application des règles usuelles du droit civil, est-ce une habileté permise ou un contournement illicite ⁵ ?

1. G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens » in *Mélanges R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199, p. 202 : « Ce n'est donc pas une répartition des personnes morales entre celles qui ressortissent au droit des personnes et celles qui dépendent du droit des biens qu'il s'agit d'entreprendre. Plus simplement, il y a deux éclairages différents sous lesquels on peut examiner l'ensemble de la matière. Selon le point de vue de l'observateur, ce ne sont plus les mêmes éléments qui apparaissent au premier plan ou qui se confondent dans des lointains brumeux, alors que, pourtant, l'objet de l'observation est identique. Là est l'intérêt de la double appartenance des personnes morales ».

2. V. notamment B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse Paris, 1963, p. 454 : « Ce n'est pas le groupement, considéré comme une entité distincte, qui est propriétaire du patrimoine social, mais les membres du groupement collectivement ».

3. Pensons à l'image née en droit fiscal mais applicable aussi pour d'autres règles, distinguant personnes morales opaques, transparentes, semi-transparentes ou translucides... (M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 62.).

4. Sur ces deux problèmes, v. *infra*, respectivement n° 394 et s. et n° 774 et s.

5. Pour des exemples, v. R. MORTIER, « L'instrumentalisation de la personne morale » in *La*

L'approche formelle est sans doute techniquement suffisante pour nombre de questions. Mais elle doit laisser place, dans certains cas, à une approche plus réaliste de la personne morale¹. Intégrer les personnes morales pluripersonnelles dans le champ de la propriété collective permet de mieux discerner leurs différences et leurs points communs avec les formes classiques de copropriété.

8. Sur la foi de ce parti pris méthodologique, cette thèse s'inscrit dans une conception étendue de la propriété collective. La catégorie doit inclure toutes les institutions juridiques ayant pour fonction d'assurer une appropriation en commun. Les indivisions, les copropriétés spéciales, la communauté entre époux, les fonds communs, mais aussi toutes les personnes morales pluripersonnelles, civiles ou commerciales sont donc des «figures de la propriété collective»².

Cette conception extensive de la propriété collective, nous proposons de l'appeler *propriété commune*. Pourquoi ce changement de terme ? Car le terme de «commun» est plus neutre que celui de «collectif». En effet, l'adjectif «collectif» sous-entend que le groupe soit considéré comme un tout : la pluralité est ramenée à une forme d'unité³. À l'inverse, le terme «commun» constate l'existence d'une chose ou d'une qualité partagée entre plusieurs objets⁴. C'est toujours le cas, malgré la diversité des propriétés communes : l'appropriation en commun suppose par définition que l'on accorde à une pluralité de personnes des prérogatives analogues sur un même bien. *Analogues*, et non strictement identiques, car

personnalité morale, Dalloz, 2010, p. 31–48.

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 381, p. 745 : «Dans la logique de la réalité, la personne morale devrait être entièrement isolée des personnes physiques qui la composent. La logique a dû céder devant les nécessités pratiques, et le droit, écartant le voile de la prétendue réalité juridique, a su faire réapparaître, à l'occasion, les réalités humaines».

2. P. CATALA, «Trois figures de la propriété collective» in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 107–123. Une liste plus étendue des formes de propriété commune est proposée dans l'annexe.

3. Cette nuance vient de l'origine du mot. L'adjectif «collectif» était à l'origine un terme de grammaire (*nomen collectivum*). Cf. la définition du Dictionnaire de l'Académie française de 1762 : «Terme de Grammaire, par lequel on désigne plusieurs personnes, ou plusieurs choses, sous un nom singulier. Peuple, multitude, armée, sont des termes collectifs». La généralisation du sens se fait au cours du XIX^e siècle.

4. Cf. la définition du dictionnaire Littré : «qui est de participation à plusieurs ou à tous». Le Littré précise ensuite : «Terme de jurisprudence. Dont la jouissance est permise à plusieurs personnes à titre égal. Escalier, puits, chemin commun.».

certaines propriétaires peuvent recevoir des droits ou des pouvoirs particuliers, sans que la qualification de propriété commune soit remise en cause. Mais parce qu'elles sont analogues et portent sur le même objet, ces prérogatives sont nécessairement concurrentes. L'idée de concurrence est ainsi au cœur de la propriété commune. En simplifiant à peine, on peut estimer que, quelque soit la forme, le régime juridique d'une propriété commune vise tout entier à aménager cette concurrence¹.

9. Bien que cette définition soit minimaliste, elle permet de préciser les institutions qui peuvent y être rattachées.

La propriété commune est «commune». En cela, le «commun» s'oppose aux droits démembrés. Un démembrement de propriété cherche précisément à éviter une situation de concurrence : il scinde et répartit *a priori* les droits entre les personnes. Les droits sont superposés mais ne se rencontrent pas². Pour les mêmes raisons, dans le champ de la propriété intellectuelle, seule l'œuvre de collaboration (art. L. 113-3, CPI) relève de la propriété commune car elle repose sur une «réelle cohérence interne et ne se contente pas d'être une simple addition d'œuvres»³.

La propriété commune est une propriété - sous-entendue une propriété privée, au sens du Code civil. La propriété commune diffère en cela des choses communes, qui désignent des biens non appropriables (art. 714, C. Civ.). Même si dans les deux cas il y a un usage en commun des choses, les deux notions

1. V. la définition donnée par le Professeur Simler : «Méritent la qualification de propriété collective, à mes yeux, toutes les situations dans lesquelles plusieurs personnes sont simultanément investies de la plénitude du droit de propriété d'un bien et du droit d'en disposer, soit collectivement, par une décision unanime ou majoritaire (copropriété, indivision), soit même individuellement (communauté entre époux)» (P. SIMLER, « La propriété collective » in *Le patrimoine au 21^e siècle : regards croisés franco-japonais*, Société de législation comparée, 2012, p. 190.).

2. Comp. S. JAMBORT, *La propriété collective en droit des affaires*, th. Toulouse 1, 2005, n° 17 : «Les trois figures de la propriété collective retenue dans cette étude sont donc l'indivision, la communauté légale en ce qu'elles mettent simplement la propriété en communauté sans en affecter la nature, l'usufruit et sa déclinaison le quasi-usufruit en ce qu'ils décomposent la propriété».

3. G. SALORD, *La propriété collective des œuvres*, thèse Paris II, 2007, n° 350. A l'inverse, l'œuvre collective, définie à l'article L. 113-2 al. 3, est «sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur» (art. L. 313-5, CPI).

sont antinomiques. Les choses communes traduisent le refus du droit d'approprier certaines choses, alors que la propriété commune permet précisément cette appropriation¹.

Elle se distingue aussi des "biens communs" ou "communs", bien que la différence soit plus subtile. Le mouvement des "biens communs" est sans doute l'incarnation contemporaine de la grande histoire de la propriété collective. Bien que les approches au sein de ce mouvement soient diverses, les "biens communs" sont généralement présentés comme un paradigme alternatif au modèle de la propriété privée. Là où la propriété privée repose sur un pouvoir d'exclusion et un monopole du propriétaire, les "biens communs" sont des biens appropriés par un large groupe, où chacun dispose d'un "droit d'accès". Le mouvement, qui s'est concrétisé dans certaines législations d'Amérique du Sud, concerne essentiellement les ressources naturelles et les ressources immatérielles (*copyleft*)².

La propriété commune se distingue de ce courant par deux traits principaux. D'abord, la propriété commune, pensée comme une propriété privée à plusieurs, maintient une forme d'exclusivité : c'est un groupement "fermé", alors que les biens communs, comme les biens publics, se veulent plutôt "ouverts"³. Ensuite, la réglementation des "biens communs" est toute entière orientée en fonction de la destination de ces biens. Plus que la volonté du titulaire, c'est la nature du bien qui permet de définir les prérogatives de chacun ; la logique patrimoniale est mise à l'arrière-plan, alors qu'elle est centrale dans une propriété commune.

En définitive, la différence essentielle entre "biens communs" et propriété commune tient à l'esprit des deux institutions. La première est construite au re-

1. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. de G. LOISEAU, LGDJ, 2006.

2. La littérature sur le sujet croît de manière exponentielle. L'ouvrage fondateur est E. OSTROM, *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, (traduction : E. OSTROM, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010.). Plus récemment, v. *Repenser les biens communs*, sous la dir. de B. PARANCE et J. de SAINT-VICTOR, CNRS éditions, 2014. *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, sous la dir. de B. CORIAT, Les liens qui libèrent, 2015. P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014.

3. Sur cette distinction, v. C. G. HOLDERNESS, « Joint ownership and alienability », *International Review of Law and Economics* 2003, 23, p. 75–100, p. 78 : « A class is closed when individuals can enter the class, and thus obtain the right to receive the benefits an asset produces, only by first obtaining the permission of a current member of the class. Typically, this permission is obtained by buying the interest of a current member of the class, a current owner ».

gard d'une fonction sociale qui irrigue et justifie tout le régime ; la seconde est tout à fait compatible avec l'approche libérale de la propriété privée. Le mouvement des communs cherche à cantonner (ou rompre avec) le modèle de «l'individualisme possessif» dont la propriété privée serait le symbole¹. Mais si la propriété commune n'est pas "individualiste", elle reste "possessive" - c'est un "communisme possessif".

Inutile de se lancer dans des querelles de frontières ou de vouloir conserver la pureté des catégories. Les différences sont relatives et les similitudes existent². Il faudra dans tous les cas définir des prérogatives sur ces biens communs et poser des règles de "gouvernance". Certains mécanismes déjà présents dans les propriétés communes classiques du droit civil peuvent d'ailleurs servir de modèle ou d'inspiration aux biens communs.

10. Malgré ses exclusions, le spectre choisi reste très étendu. Peut-on concevoir une notion juridique de propriété commune qui inclut à la fois la société cotée et le mur mitoyen ? «Quels sont les traits communs à cette étrange famille, d'autant moins consciente d'elle-même que les membres en sont dispersés ?»³ Dans quoi réside l'unité de la propriété commune ?

La tentation naturelle du juriste est de rechercher soit une identité de nature, soit une identité de régime. Les deux voies ont été explorées en doctrine.

Pour soutenir une identité de nature, on a fait valoir que l'associé est *en réalité* titulaire d'un droit réel sur les biens de la société ; la société est donc une propriété collective qui s'ignore⁴. La stratégie inverse est également possible : la communauté ou l'indivision sont *en réalité* des personnes morales cachées ou atténuées⁵. Bien qu'elles soient opposées sur le fond, ces deux stratégies

1. C. B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif*, Folio Essais, 2004.

2. V. J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *RIDC* 2014, p. 351-369.

3. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, n° 19.

4. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., t. 1, F. Pichon, 1904, n° 3017 : «L'idée de personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fausse, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle ; elle mérite donc d'être abandonnée».

5. Pour la communauté, v. bien entendu J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1932,

constituent les deux faces d'une même pièce. À chaque fois, on nie le pluralisme des propriétés collectives en essayant de les réduire à un unique modèle. Ce faisant, on est obligé de contredire les qualifications les plus admises du droit positif et on prend le risque de dénaturer l'esprit de chacune des institutions.

Une voie plus raisonnable consiste à rechercher une identité de régime, un droit commun de la propriété commune¹. Si des conceptions plus restrictives de la propriété collective peuvent en effet faire émerger les éléments d'un tel droit commun, l'approche large y parvient peu. Le partage ? Certaines propriétés collectives n'ont pas vocation à être partagées (indivision perpétuelle, tontine). L'affectation des biens ? C'est une possibilité, mais à y regarder de plus près la communauté légale, la société et la copropriété des immeubles ne semblent pas être affectées de la même manière. À trop étendre le champ d'application du concept d'affectation, on risque de lui faire perdre sa signification.

11. Le problème est maintenant saillant : comment concilier la recherche d'une unité des propriétés communes tout en respectant leur irréductible pluralisme ?

La réponse à cette question est donnée par Pierre Catala : «la propriété collective, sous ces diverses formes, suscite un certain nombre de questions communes (on dirait aujourd'hui "une problématique") auxquelles la loi ou le contrat doivent répondre»². L'auteur précise : «la convergence de droits similaires sur une même masse de biens, sur une universalité, soulève un certain nombre de problèmes toujours identiques à eux-mêmes touchant à l'équilibre des pouvoirs, au droit des tiers, à l'intérêt collectif, à l'*intuitus personae* et à la stabilité du groupe. Il existe en la matière un fonds commun de questions, sinon de réponses»³.

La propriété collective engendre donc, par elle-même, des problèmes qui lui

qui cependant reste nuancé. La personnalité morale est atténuée car «entre la vie privée et la vie sociale des époux, il ne peut pas y avoir, matériellement et psychologiquement, de frontières tranchées. Cette absence de frontières entraîne, sur le plan juridique, une certaine interpénétration des patrimoines personnels et du patrimoine social» (p. 346). Pour l'indivision, v. *supra*, n° 6.

1. Il s'agit notamment de l'approche menée dans un des rares articles consacrés à la notion : C. DUVERT, « La propriété collective », *LPA*, 6 mai 2002, n° 90, p. 4.

2. P. CATALA, « Trois figures de la propriété collective » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 109.

3. *Ibid.*, p. 122.

sont structurels. Les différentes formes de propriétés collectives sont autant de réponses possibles à ces problèmes. Ce qui fait l'unité de la notion, ce n'est pas la présence d'une nature ou d'un régime commun, mais d'une problématique commune. Si le mur mitoyen et la SA cotée méritent d'être appréhendés dans un cadre unique, c'est parce que leurs régimes, bien que très différents, affrontent les mêmes défis : ceux naissant structurellement de l'appropriation en commun. La propriété individuelle des personnes morales ne s'oppose pas à la propriété collective ; elle est une technique de la propriété collective.

12. La méthode à suivre est tracée. Il faut en premier lieu établir quels sont les problèmes invariants (le «fonds commun de questions») naissant de l'appropriation en commun. Puis établir les différentes réponses retenues par le droit positif en identifiant leurs causes. Prenons dès à présent un exemple. La situation de propriété commune oblige de définir une règle sur le droit de disposer des biens communs ; toute propriété commune *doit* définir une règle sur ce point. Mais les réponses peuvent être (et sont) très diverses : interdiction de disposer des biens, unanimité, majorité simple, ou pouvoir d'un seul des copropriétaires de le faire. Cette diversité ne doit pas simplement être constatée, mais expliquée : pourquoi telle forme utilise-t-elle telle règle et pas telle autre ?

Notre hypothèse est que le pluralisme juridique découle ici d'un pluralisme sociologique. On ne peut pas organiser de la même manière les biens communs du couple, la cour d'un immeuble et les ressources d'une entreprise. Une sociologie juridique est donc nécessaire afin de «chercher l'explication du droit en dehors du droit»¹.

13. La perspective peut faire frémir, car du droit de la famille au droit financier, l'appropriation en commun concerne tous les domaines du droit privé. Autrement dit, la propriété commune ne constitue pas un secteur bien délimité

1. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2004, p. 236. Adde J. GAUDEMET, « L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques » in *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p. 79–89, p. 89 : «Si chaque science a son autonomie et sa valeur propre, si les termes de “sciences auxiliaires” n'impliquent nullement une hiérarchie dans une classification générale des sciences sociales, on serait tenté de proposer au juriste le schéma suivant : l'Histoire est l'un des moyens de l'enquête sociologique, la sociologie juridique étant elle-même l'une des voies pour expliquer, interpréter, en un mot comprendre la règle de droit, ce qui restera toujours la tâche essentielle du juriste».

où pourrait apparaître des concepts ou des principes propres qui la feraient apparaître dans sa singularité. Bien au contraire : immergées dans un milieu qui leur est indifférent, sinon hostile, la plupart des formes de propriété commune se construisent et sont analysées avec les grandes notions du droit privé : le patrimoine, la distinction droit réel/droit personnel ou actes translatifs/non translatifs, etc. Ce recours - inévitable - à des concepts forgés pour d'autres institutions et pour d'autres objectifs masque leur originalité et a pu laisser croire que la propriété commune n'était qu'une simple *modalité* de la propriété individuelle. La propriété commune semble être bien plus que cela. Elle est l'appropriation en commun reconnue par le droit ; elle est l'alter ego de la propriété individuelle ; elle paraît donc spécifique (**Première partie**).

Comme la propriété individuelle, la propriété commune définit elle aussi les droits économiques et les prérogatives juridiques sur des choses. Mais à l'inverse de la propriété individuelle, l'article 544 du Code civil n'est pas ici synonyme de liberté. Il est plutôt source d'incertitudes : comment «jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue» à plusieurs ? Pluralité est souvent mère de discorde, d'incohérence, de passivité ou de dépendance. La règle juridique est alors indispensable pour que la propriété commune ne sombre pas dans la tragédie ou l'apathie. Telle est la marque de toute propriété commune : elle engendre structurellement un *besoin de droit* quant à son fonctionnement (**Seconde partie**).

Partie 1 : La spécificité de la propriété commune

Partie 2 : Le fonctionnement de la propriété commune

Première partie

La spécificité de la propriété commune

14. La propriété commune constitue la reconnaissance juridique d'une appropriation en commun. Cette reconnaissance peut se faire au moyen de différentes institutions juridiques : l'indivision, la copropriété, les sociétés, etc. Ces institutions sont des *formes* de propriété commune, au sens où elles *mettent en forme* une propriété commune. La fonction de ces formes est d'édicter des règles visant à donner une structure à la propriété commune.

Montrer la spécificité de la propriété commune, c'est donc montrer que la spécificité de la situation d'appropriation en commun (Titre 1) se manifeste par une spécificité de structure (Titre 2).

Titre I

**Une situation spécifique :
l'appropriation en commun**

15. Si la propriété n'est que la reconnaissance dans la sphère juridique d'une situation d'appropriation, on pourrait s'attendre à voir cohabiter deux types de propriété. Soit un bien appartient à une personne, et il fait alors l'objet d'une propriété individuelle ; soit il appartient à plusieurs personnes, et il fait alors l'objet d'une propriété commune. Les deux types de propriété obéiraient à un régime différent, mais seraient perçus comme les deux manifestations du rapport juridique de référence de l'homme aux choses : la propriété.

Nous savons que ce n'est pas le cas. La propriété commune ne semble pas pouvoir advenir à la vie juridique et exister à l'état de notion autonome, malgré quelques tentatives doctrinales. Elle semble rester dans l'orbite de la propriété individuelle sans parvenir à s'en détacher.

Puisque l'objectif est de montrer que la propriété commune existe de manière autonome, il faut d'abord comprendre les obstacles à la reconnaissance de cette spécificité (Chapitre 1) pour tenter ensuite de les surmonter (Chapitre 2).

Chapitre 1

L'impossible propriété commune

16. Pourquoi le droit peine-t-il autant à transformer cette idée simple d'*appartenance* commune en une idée tout aussi simple de *propriété* commune ? Où est la difficulté ? Pourquoi la propriété commune paraît-elle *impossible* ? La tâche de ce chapitre est d'y répondre.

Le point de départ le plus naturel est de se plonger dans l'histoire du droit. A-t-on pensé par le passé l'idée de propriété commune ? À défaut, y a-t-il eu des rapprochements théoriques entre les différentes formes de propriété commune ? Ces formes juridiques ont-elles évolué indépendamment les unes des autres ou bien y a-t-il eu des transferts ?

17. La première section, consacrée à cette enquête historique, montrera que les juristes avaient conscience des similitudes structurelles entre ces formes, ce qui a conduit à des échanges et des transferts. Mais paradoxalement, ils n'ont jamais mené totalement à terme leur entreprise de théorisation et ont toujours considéré la propriété comme renvoyant, fondamentalement, à la propriété individuelle. Il semble donc que l'obstacle intellectuel à penser *juridiquement* la propriété commune ne réside pas dans des causes historiquement récentes, comme par exemple «l'idéologie individualiste», mais que cet obstacle soit beaucoup plus structurel.

La seconde section explicitera en quoi consiste cet obstacle. Si à aucune époque historique la propriété commune n'a pu être pensée comme le corollaire de la propriété individuelle, c'est parce que la propriété commune ne peut être

analysée au moyens des concepts fondamentaux du droit privé, qui reposent sur une structure individualiste. Cet *individualisme conceptuel* a pris des formes différentes selon les périodes de l'histoire, mais il a toujours constitué un obstacle à la réception harmonieuse dans le droit du phénomène de l'appartenance commune.

Section I L'absence de théorisation de la propriété commune dans l'histoire du droit

18. L'histoire de la propriété commune peut s'envisager de deux manières. L'approche directe vise à exhumer les anciennes théories de la propriété commune, entendue de manière générale. L'enquête risque d'être rapidement menée, car, comme on le verra, on ne trouve guère de théorisation sur ce point. Mais ce qui n'est pas dit est parfois plus révélateur que ce qui est dit ; aussi faudra-t-il s'interroger sur ce silence persistant.

L'approche indirecte consiste à partir des formes spécifiques de propriété commune, à savoir, de manière schématique, l'indivision, la communauté et la société. Ici, la matière est présente, assurément. Ce qui nous intéressera, c'est de savoir si des liens ont pu être tissés entre ces formes, faisant apparaître, de manière au moins implicite, l'idée d'une catégorie commune.

19. Le droit romain sera notre point de départ. Certes, les «droits» antérieurs évoquent des formes d'appropriation, mais leur vocabulaire reste toujours non technique¹. Ce choix s'impose d'autant plus que le droit romain a généré les formes principales de propriété commune (indivision, *societas*, *universitas*) et que les principales problématiques liées à la propriété commune ont été amorcées dès cette époque.

1. J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2010, p. 321.

La période médiévale est l'Âge d'or des propriétés communes. Les institutions du droit romain, déjà larges, sont encore plus élargies afin d'intégrer le foisonnement des coutumes et l'inventivité de la pratique. Un cadre commun commence à se former ; il est presque achevé sous la plume de Pothier. Mais la grande histoire entre en scène. La Révolution puis le Code civil vont balayer cette appréhension unitaire et large. Refoulées, segmentées, les formes de propriété commune se voient assigner des domaines précis. Au XIX^e siècle, la propriété individuelle exerce le pouvoir le plus absolu sur l'idée de propriété ; au XX^e siècle, la personne morale rend *hors sujet* la problématique de la propriété commune.

Cette histoire tourmentée n'a pas qu'un intérêt documentaire. Quitte à endosser un sarcasme de Jhering ¹, cette descente aux archives a pour but d'éclairer la situation du droit positif actuel. Elle cherche à expliquer, globalement, comment on en est arrivé là.

§ 1. Les propriétés communes en droit romain : diversité et tentatives de rapprochement

20. La science juridique romaine n'est pas une entreprise contemplative du droit. Les jurisprudents, à l'époque classique, sont des «producteurs de droit» ² : leurs réponses tranchent un litige particulier et orientent les litiges futurs. L'activité classificatoire et conceptuelle est un moyen, non une fin. Elle s'adapte donc aux changements et aux espèces rencontrées. C'est ce travail des concepts qu'il faut mettre au jour pour la propriété commune.

Trois mouvements importants peuvent être dégagés : l'extension progressive du champ d'application de l'indivision, le rapprochement opéré entre l'indivision et la société et le sort réservé aux biens de l'*universitas*.

1. R. v. JHERING, *Histoire du développement du droit romain*, A. Marescq, 1900, p. 8. : «L'historien du droit croit toujours devoir justifier l'étude de l'histoire par l'intérêt indirect qu'elle présente pour la dogmatique. [...] D'avance, on en fait la très humble servante de la dogmatique ; c'est la Cendrillon dans la maison du droit ; on ne la tolère que parce qu'elle apporte l'eau et le bois nécessaire au ménage».

2. GAIUS, *Institutes*, trad. et annot. par J. REINACH, 4^e éd., Les Belles Lettres, 1991, 1.7 : «*permissum est jura condere*».

A. L'appréhension extensive de la propriété commune : les cas d'indivision en droit romain classique

21. Longtemps l'appartenance commune a relevé du «non-droit», de la simple normativité sociale. De ce fait, l'histoire de l'indivision consiste en une intégration croissante des appropriations communes dans la sphère du droit ¹.

1. Aux origines : le consortium

22. La première forme d'indivision connue est le *consortium ercto non cito*, qui est une communauté entre les fils du *paterfamilias* à son décès pour la gestion du *patrimonium*. Cette figure du droit civil archaïque évitait la partition du domaine familial à une époque relativement autarcique durant laquelle chaque famille vivait de sa terre. Le consortium semble avoir reposé sur des principes strictement égalitaires : chacun des frères dispose de pouvoirs égaux relativement aux biens communs. De cette origine découle la notion de *jus fraternatis*, qui passera du sens propre au sens figuré pour servir de standard de comportement dans toutes les formes de propriété commune plutôt égalitaires, notamment la société ².

La loi des XII tables (-451) instaure ou confirme (il y a incertitude sur la question) le droit au partage, qui s'opère par l'action *familiae erciscundae* ³. Ce droit au partage est un affaiblissement du vieux *consortium* et marque le rapprochement avec l'indivision successorale moderne, construite comme un état transitoire ⁴. Pourquoi un tel changement ? On peut supposer des causes économiques et sociales : l'interdiction du partage n'est soutenable que dans une société reposant sur une agriculture d'auto-subsistance où la *gens* est aussi la

1. Le terme d'«indivision» est anachronique : les textes romains parlent simplement de «*res communis*», les choses communes. Par facilité de plume et pour permettre la comparaison avec le droit positif, on utilisera néanmoins ce terme.

2. GAIUS, *Institutes*, trad. et annot. par J. REINACH, 4^e éd., Les Belles Lettres, 1991, p. 122, n° 154b.

3. J. GAUDEMET, *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey. À titre de comparaison, le droit au partage semble avoir existé en droit attique dès les réformes de Solon au VI^e siècle avant J-C, les autres droits grecs étant restés visiblement plus communautaires (notamment Sparte, mais les sources sont indirectes et lacunaires).

4. *Ibid.*, p. 34.

cellule économique fondamentale¹. À partir du moment où les activités économiques se diversifient, il devient difficile de priver les fils ayant déjà parfois quitté la maison familiale de tout droit dans la succession de leur père.

2. L'apparition de nouveaux cas d'indivision et la création de l'action *communi dividundo*

23. Les conquêtes romaines font naître de nouvelles formes d'indivisions «dont le but essentiel n'est plus la vie commune, mais simplement l'intérêt commun»² : ainsi certaines terres conquises, restant formellement du domaine de la République romaine, sont attribuées de manière «indivise» aux colons, en plus de leurs lots individuels. Le développement des échanges entraîne de manière de plus en plus fréquente des achats en commun, qui seront placés aussi sous le régime de l'indivision. Prenant acte de cette croissance des propriétés communes, une loi de date inconnue, mais qui est certainement antérieure au II^e siècle³, instaure une nouvelle action générale en partage, l'action *communi dividundo*, qui sera applicable à tous les biens communs, et non plus seulement à la communauté de biens entre héritiers.

Initialement, cette action *communi dividundo* est une action en partage des biens communs. Au fil du temps, les juristes romains vont lui rattacher d'autres effets découlant de la gestion commune. C'est le cas par exemple de la demande de participation aux dépenses faites pour la conservation de la chose commune. L'action *communi dividundo* aura bientôt pour effet de régir toutes les opérations de liquidation des différents cas d'indivision. Les *Institutes* de Justinien confirmeront cette évolution en classant cette action comme une action mixte, à la fois réelle (partage des biens) et personnelle (règlement des comptes)⁴. Ainsi, le droit romain étant centré sur les actions, c'est l'action *communi dividundo* qui

1. *Ibid.*, p. 23.

2. *Ibid.*, p. 37. La notion d'«intérêt commun» est un peu vague : on peut la préciser en disant que ces nouvelles formes instaurent des communautés de biens qui ne sont pas en même temps des communautés de vie.

3. *Ibid.*, p. 39. : «Les conditions économiques qui rendent souhaitables la sanction [des nouvelles formes d'indivision] par une action existent dès le milieu du III^e siècle. L'action, elle-même, doit être antérieure à la seconde moitié du II^e siècle, où commence la décadence des *Legis actiones*. On ne saurait préciser davantage».

4. Instit. Just. 4, 6, 20.

fixera les limites de ce qu'on peut appeler l'indivision et qui aura pour fonction de régler les principales relations entre indivisaires.

3. L'extension du champ d'application de l'action *communi dividundo*

24. Avec le pragmatisme qui caractérise leur méthode, les juristes ont naturellement utilisé l'action de l'indivision pour l'appliquer à tous les cas où des choses se retrouvent communes : apparition d'une île dans une rivière séparant deux terrains, mélange volontaire ou involontaire de biens indiscernables, murs mitoyens, achat d'une même chose par plusieurs personnes, donation ou legs d'un bien à plusieurs personnes, découverte d'un trésor sur le terrain d'autrui, etc ¹. Mais l'innovation ne s'arrête pas là. Non seulement l'action *communi dividundo* s'appliquait aux cas où apparaissaient des concours de *propriété* sur un bien unique, mais également à tous les cas de concours de droits, *de toute nature*.

25. C'est d'abord le cas des **droits réels**. Les textes autorisent l'application de l'action entre plusieurs usufruitiers, mais aussi entre deux créanciers qui ont eu la même chose en gage (*pignus*) de manière concomitante du fait d'une créance unique ². De manière semble-t-il ultérieure, les juristes l'ont admis pour les servitudes, même dans les cas où le fonds grevé n'est pas lui-même en indivision. L'hypothèse peut ainsi apparaître en cas de servitude active ou passive continuant de s'appliquer même après le partage du fonds initialement grevé. Chacun des héritiers est propriétaire individuel d'une portion du fonds, mais tous restent tenus ensemble d'une unique servitude, par exemple une servitude d'aqueduc. L'extrait du Digeste reflète bien la méthode des juristes romains, procédant par analogies successives. Pour autoriser le partage de la servitude commune d'aqueduc, Julien énonce que « de même que l'on peut accorder le droit de passage à deux personnes conjointement ou séparément, on peut aussi leur accorder le droit de conduire l'eau. Si ces personnes ne conviennent pas entre elles de la manière dont elles en feront usage, il sera juste de leur accorder une

1. Pour une analyse de ces exemples, v. J. GAUDEMET, *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey, p. 79-112.

2. V. Dig. 10. 3. 7. 6-7. Il faut bien distinguer cette hypothèse de celle beaucoup plus classique d'un même bien grevé successivement au profit de créanciers différents. Dans ce dernier cas, il ne peut y avoir réalisation du gage en commun.

action utile en partage : de même qu'on décide que cette action utile est accordée à plusieurs usufruitiers»¹.

26. En matière de **droits personnels**, les textes sont plus lacunaires. Un point ne fait aucun doute : les dettes et créances nées des choses communes, par exemple d'un esclave commun ou les dépenses d'entretien, sont intégrées automatiquement dans l'indivision². Mais peut-on envisager qu'une créance plurale *unique* soit analysée comme faisant l'objet d'une indivision, à l'instar des droits réels ? L'obstacle, hier comme aujourd'hui, semble résider dans le principe de division des créances et des dettes, puisque chacun exerce sa titularité (ou sa propriété) sur une fraction définie de la dette³. Reste cependant le cas des obligations indivisibles du fait de leur objet, qui, selon Jean Gaudemet, «sont source d'indivision». Ce serait par exemple le cas d'une dette de restitution en cas de pluralité de dépositaires⁴. On ne peut guère être plus précis, car selon le jugement sans appel d'un historien, la théorie romaine des obligations indivisibles est «défectueuse et contradictoire en plus d'un point»⁵.

27. Enfin, l'action en partage fut appliquée dans les cas de «**copossession**» ou de «**codétention**», du moins dans un certain nombre de cas⁶. Ulpien cite ainsi l'exemple du bien simplement possédé par le défunt et transmis à ses héritiers⁷, ou bien encore une pluralité d'acquéreurs *a non domino* de bonne foi⁸.

1. Dig. 43. 20. 4. D'autres juristes semblent avoir été plus rétifs à l'application de l'action dans le cas des servitudes. V. Dig. 10. 3. 19. 12.

2. V. par exemple Dig. 10. 3. 4. 3.

3. C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 271 bis. V. infra, n° 237 et s.

4. Dig. 16. 3. 43-44.

5. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris : A. Rousseau, 1929, p. 785-6. Ce dernier ajoute ensuite : «et encore plus défectueuse dans la reproduction médiocre du Code civil».

6. Il existe en effet des textes du Digeste marquant un refus d'application de l'action en partage pour la copossession, et surtout pour la codétention.

7. Dig. 10. 2. 10. Comme le note J. Gaudemet, «cela suppose que l'indivision héréditaire peut comprendre des biens dont le défunt n'était que possesseur» (op. cit., p. 148).

8. Dig. 10. 3. 7. 2 : «Si une chose est possédée de bonne foi par deux personnes qui aient droit de se conserver la possession par une action publicienne, ils peuvent aussi exercer l'action *communi dividundo*». En revanche, il exclut explicitement toute application de l'action *communi dividundo* aux possesseurs injustes (Dig. 10. 3. 7. 4).

28. La grande diversité des cas d'indivision aurait pu donner lieu à une théorisation de la situation de concours. Mais cela n'a pas été le cas. Les juristes romains de l'époque classique ont traité les difficultés pratiques une par une, en étendant certaines solutions par analogie. Comme le résume Jean Gaudemet, «à l'époque classique, l'indivision n'était pas considérée comme une institution spéciale, comme un «corps juridique» pour reprendre l'expression imagée de Ihering. On l'étudie accessoirement à d'autres problèmes, sans en faire la construction théorique»¹. En d'autres termes, la situation d'indivision est vue comme une simple *modalité* des institutions, que ce soit la propriété, le gage, l'usufruit, la possession, etc, exactement comme aujourd'hui nous considérons l'obligation plurielle comme une simple *modalité* de l'obligation reliant *un seul* débiteur à *un seul* créancier. Si en pratique tous ces cas étaient traités par une action unique, les Romains n'ont pas éprouvé le besoin de théoriser explicitement l'idée d'indivision et donc de propriété commune.

29. Même en l'absence de théorisation, l'examen des cas d'indivision révèle un point important. Ce qui fonde *implicitement* l'application de l'action *communi dividundo*, ce n'est pas un type particulier de droit, comme par exemple le droit de propriété, c'est l'idée plus générale et plus simple d'une chose ou d'un droit *appartenant à plusieurs personnes*, que ce soit un droit réel, un droit de propriété ou même un droit personnel. Toute *appartenance commune*, dans un sens non juridique, tend à devenir propriété commune. Le droit romain de l'indivision nous donne donc de bonnes raisons d'appréhender le phénomène de la propriété commune de manière très large, comme pouvant s'appliquer à tous les types de droits possibles.

Les apports théoriques vont être plus substantiels dans la comparaison entre l'indivision et la société.

1. J. GAUDEMET, *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey, p. 134.

B. Une structure commune à l'indivision et à la société : la part

30. Si la comparaison des différents cas d'indivision entre eux n'a pas débouché sur une construction théorique, en revanche la comparaison entre indivision et société a été plus fructueuse, puisqu'elle a permis de dégager la notion de part.

La lecture des textes romains fait apparaître clairement que ces derniers avaient saisi la proximité entre les cas d'indivision et la société (1). De ce rapprochement sont nées les prémisses d'une théorie de la part (2).

1. Indivision et société : deux espèces d'un même genre ?

31. Le rapprochement entre indivision et société opéré par le droit romain est bien connu¹. Il vaut cependant la peine de regarder précisément comment il s'est opéré, ses conséquences concrètes et sa postérité dans le droit byzantin.

a. Le rapprochement théorique opéré par Quintus Mucius

32. La première comparaison entre indivision et société apparaît sous la plume de l'un des fondateurs de la jurisprudence classique, Quintus Mucius Scaevola, à la fin du II^e siècle avant Jésus-Christ. Ce dernier va en effet classer sous une même rubrique, au livre XIV de son traité de droit civil, deux institutions aux origines très différentes, le «vieux» consortium issu du droit civil archaïque² et la «jeune» société, d'apparition beaucoup plus récente³.

Si malgré cette origine très différente et un régime qui va le rester tout autant, Quintus Mucius décide de classer les deux institutions dans la même rubrique,

1. F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, préf. de J. PATARIN, LGDJ, 1968, p. 21 et s. ; p. 129 et s.

2. Le *consortium* était à l'époque tombé en désuétude. Si Quintus Mucius le mentionne, c'est qu'il souhaite dresser un tableau complet du *ius civile*, y compris dans ses aspects les plus anciens.

3. Avec l'ouverture des échanges sur le monde méditerranéen, les Romains ont ressenti la nécessité d'incorporer dans leur droit, à côté du droit civil, certaines institutions de la pratique marchande, pouvant être utilisées entre citoyens romains, mais aussi entre Romains et pérégrins. De cette incorporation résulteront les quatre contrats consensuels nécessaires à la vie économique : la vente, le louage, la société et le dépôt.

c'est qu'il avait compris que les deux institutions étaient deux espèces appartenant au même genre. Comme le note M. A. Schiavone, «le véritable point de départ, pour Mucius, ne fut pas non plus le *consortium* mais un concept unifiant de *societas*, une construction ontologique, à laquelle se ramenait — probablement de façon purement implicite, la distinction entre les deux genres. Et le point de référence commun ne pouvait être que la découverte, dans les deux figures, de la cotitularité d'un droit de propriété, lié à la gestion commune des biens»¹. L'idée de propriété commune n'est donc pas loin.

b. L'utilité pratique d'un rapprochement : le *Pro Roscio Comoedo* de Cicéron

33. Grâce à un fragment d'un discours de Cicéron, nous pouvons apprécier l'utilité pratique de rapprocher l'indivision de la société. Les faits du *Pro Roscio Comoedo*, qui se sont déroulés autour de 76 av. J-C, sont les suivants. Une société avait été constituée entre deux associés. Fannius apportait un esclave, nommé Panurge, tandis que l'autre associé, Roscius, s'engageait à former Panurge au métier de comédien. Les deux associés s'étaient promis de partager les gains futurs de l'esclave comédien. Malheureusement, l'esclave fut tué par un tiers, Flavius. S'ensuivit une série d'actions menées par chacun des associés contre le tiers. Le litige plaidé par Cicéron concerne cependant les deux associés qui se réclament mutuellement de l'argent versé par le tiers. Parmi les demandes, une est intéressante pour notre propos. Roscius avait transigé "pour sa part" avec Flavius : ce dernier lui avait donné un lopin de terre. La terre ayant pris de la valeur, son associé lui demande la moitié de la valeur via l'action *pro socio* : son argument est de dire que la transaction a été faite au nom de la société, et pas en son nom personnel. Le lopin de terre est donc commun selon Fannius.

Cicéron, qui défend Roscius, va au contraire soutenir que la transaction faite par un associé individuellement ne permet pas à son coassocié de s'en prévaloir. Son argument est de faire une analogie avec l'indivision successorale :

«Une association ressemble, en effet, beaucoup à une hérédité commune ; la situation de l'associé et du cohéritier sont jumelles.

1. A. SCHIAVONE, *Ius, l'invention du droit en Occident*, Belin, 2009, p. 231.

Comme l'associé a sa part dans l'association, le cohéritier a sa part dans l'hérédité. Un héritier intente une réclamation pour lui seul et non pour ses cohéritiers ; de même, un associé intente une réclamation pour lui et non pour ses associés. L'un et l'autre, ils intentent des réclamations et font les paiements pour leur part, l'héritier d'après la part pour laquelle il est entré dans l'hérédité, l'associé d'après la part pour laquelle il est entré dans l'association, quand elle s'est formée»¹.

34. La société étant un contrat "nouveau", Cicéron doit donc aller chercher dans le droit de l'indivision successorale des principes permettant de défendre que l'action d'un associé seul n'a pas nécessairement des effets communs. Il est fort probable que le rapprochement opéré par Quintus Mucius ait aidé Cicéron à soutenir que les deux institutions sont «simillima et maxime gemina». Le rapprochement théorique a donc permis d'argumenter concrètement devant les tribunaux romains dès la fin de la période républicaine.

35. Le rapprochement mucien aura une très grande importance dans la littérature juridique romaine postérieure, puisque tous les «traités» évoqueront ensemble la *societas* et les propriétés communes familiales. Les *Institutes* de Gaius s'en font également l'écho puisque ce dernier déclarera qu'il existe deux types de société, l'une issue du «droit des gens» et l'autre «le propre des citoyens romains», visant par là le *consortium*². En revanche, les commentaires de l'édit du préteur dissocieront les deux, puisque ces commentaires suivent l'ordre de l'édit, qui en traite séparément. Ainsi Ulpien rapproche les deux formes dans son traité *Ad Sabinum*, mais les étudie séparément dans son commentaire de l'édit perpétuel (*Ad edictum*).

1. CICÉRON, « Pro Q. Roscio Comoedo » in *Discours*, trad. par H. DE LA VILLE DE MIRMONT, Les Belles Lettres, t. 1, 1921, XVIII, 55 et 56. : «Simillima enim et maxime gemina societas hereditatis est ; quem ad modum socius in societate habet partem, sic heres in hereditate habet partem. Ut heres sibi soli, non coheredibus, petit, sic socius sibi soli, non sociis, petit ; et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit, heres ex ea parte, qua hereditatem adiit, socius ex ea, qua societatem coit.».

2. GAIUS, *Institutes*, trad. et annot. par J. REINACH, 4^e éd., Les Belles Lettres, 1991, p. 153. Le texte de Gaius pose cependant beaucoup de problèmes, car il semble sous-entendre qu'il existait des *consortia* volontaires, ce qui n'est confirmé par aucune autre source.

c. Byzance : l'indivision comme quasi-contrat de société

36. Le Digeste fera une sorte de synthèse : il continuera de dissocier formellement les deux formes (le D. 10 est consacré aux propriétés communes civiles, le D. 17. 2 à la *societas*), mais il intégrera dans chacune de ces sections des références à l'autre forme, témoin de l'unité de traitement dans une partie de la littérature juridique antérieure. Ces références croisées indiquent d'ailleurs des difficultés pratiques de qualification, entre société et indivision. Cette difficulté ne doit pas étonner : la société étant un contrat consensuel, toute mise en commun volontaire est donc susceptible d'être qualifiée de société. Un simple achat en commun ne vaut-il pas société dans ce cas ? Pour différencier les champs d'application des actions *pro socio* et *communi dividundo*, les juristes romains ont donc dû adopter un critère plus restrictif du consentement, promis à un grand avenir, à savoir l'*affectio societatis*. Comme le précise un texte du Digeste : «Pour que l'action *pro socio* puisse avoir lieu, il faut qu'il y ait une société. Il ne suffit pas qu'une chose soit commune entre plusieurs personnes, à moins que cette communauté ne tire son origine d'un contrat de société. Car une chose peut être commune même en dehors d'une société, comme lorsque nous rentrons en communauté sans avoir eu d'intention de s'associer (*non affectione societatis*)»¹. Ce texte attribué à Ulpien dit clairement que propriété et indivision partagent un point commun : ils font naître des biens communs. Autrement dit, ce sont des formes de propriété commune.

37. Les Byzantins vont achever le raisonnement en considérant que l'indivision n'est rien d'autre qu'un quasi-contrat, dont le contrat de société serait le pendant. En effet, rappelons que dans la conception romaine du quasi-contrat, ce dernier est toujours associé à un contrat qui lui correspond et dont on emprunte une partie du régime². Ainsi en est-il de la gestion d'affaires et du mandat, de la créance de répétition de l'indu et de la créance de restitution du *mutuum*, et donc de l'indivision et de la société³. Cette qualification de quasi-contrat n'apporte rien au régime de l'indivision : il s'agit de la simple manifestation de l'es-

1. Dig. 17. 2. 31

2. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris : A. Rousseau, 1929, p. 647.

3. Inst. Just. 3. 28. 3-4.

prit classificatoire, puisque les régimes de l'indivision et de la société existaient déjà¹. Mais elle révèle que malgré les différences maintenues entre les deux institutions, ces dernières sont vues comme participant à un cadre plus vaste, resté implicite en droit romain : la propriété commune.

La distinction opérée par le droit byzantin suggère de manière implicite la distinction entre les propriétés communes volontaires (la société) et les propriétés communes involontaires (les cas d'indivision). Elle révèle aussi que contrairement aux juristes classiques, les juristes du Bas-Empire ont conçu différents cas d'indivision comme relevant d'un même genre, à savoir l'indivision au singulier, du moins dans son opposition à la société. Enfin, et cela sera d'importance pour la période médiévale et même pour notre droit actuel, l'indivision est définie dans les *Institutes* de Justinien en référence à la société, comme son quasi-contrat. Dans la formulation byzantine, l'indivision, c'est *comme s'il y avait une société* (sauf qu'il n'y a pas de société). La société s'installe donc durablement comme la figure de référence de la propriété commune.

2. Les prémisses d'une théorie de la part

38. Prémisses, seulement, car si un concept abstrait de part est bien dégagé, il peine à se concilier avec la notion de *dominium*.

a. Un concept abstrait de part

39. Quintus Mucius ne s'est pas contenté de rassembler les deux institutions sous un même titre. Il en a également tiré des conséquences sur la structure des propriétés communes, notamment à travers une définition de la part, qui a été discutée ensuite par les juristes ultérieurs. C'est ce qui ressort de la section du Digeste consacrée aux définitions, où la part est traitée au D. 50. 16. 25. 1 :

Quintus Mucius dit que par l'appellation de part, il faut entendre la chose [que l'on possède] de manière indivise [avec un autre] ; car ce qui a été divisé est à nous, et n'est donc pas une part, mais une

1. J. GAUDEMET, *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey, p. 451.

totalité. Servius a fait remarquer avec justesse que l'appellation de part signifie l'un et l'autre¹.

En d'autres termes, Quintus Mucius appelait «part» ce que nous appelons aujourd'hui la quote-part, à savoir la fraction d'un bien non partagé. Servius propose d'appeler «part» à la fois la quote-part et la part reçue du fait du partage. Indépendamment de la querelle de mots, ce passage témoigne clairement que l'idée de quote-part avait été dégagée très tôt, dès les débuts de la jurisprudence classique. À titre de comparaison, l'idée abstraite d'*obligatio*, entendue comme lien de droit entre deux personnes, ne fut véritablement dégagée qu'au I^e siècle après Jésus-Christ, soit deux siècles après².

Le concept de part fut utilisé pour construire un régime minimal des propriétés communes. Le discours de Cicéron témoigne d'un usage encore imprécis : la part est utilisée pour régler une question de représentation externe (le lot reçu en transaction est-il commun ou propre à l'associé ?). Les références sont plus classiques dans le Digeste. Pour la *societas*, on le retrouve pour définir les droits de chacun des associés³ ; pour l'indivision, on s'en sert pour calculer la participation de chacun des indivisaires aux dépenses engendrées par la chose commune⁴.

Pour autant, si le mot part est utilisé de manière courante par les juristes romains, rien ne nous est dit sur la nature de cette part. Comment analyser le droit exercé par le propriétaire en commun sur la chose commune ? Répondre à cette question, c'est accepter de confronter la notion de part, et donc de propriété commune, avec les concepts classiques de la propriété.

1. «Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari : nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari».

2. J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique : Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome Antique », *APD* 2000, 44.

3. V. Dig. 17. 2. 29 : «Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat» («Si les parts de la société n'ont pas été précisées, on les considérera comme égales»).

4. Cf. Dig. 10. 3. 5 : «Communi dividundo iudicio partem ejus impensae me servaturum esse» («L'action *communi dividundo* doit me tenir compte de la part des dépenses effectuées»)

b. *Dominium et pars*, l'impossible conciliation

40. Le *dominium*, ou propriété quiritaire, est le régime de propriété par excellence en droit romain. Les textes l'évoquent toujours comme étant une propriété *individuelle*, celle du citoyen. On sait qu'en droit romain, seul le père de famille possède un patrimoine : ses enfants, ses esclaves et sa femme ne possèdent rien, juridiquement du moins¹. Sociologiquement les biens du *paterfamilias* servaient à toute la famille, selon la manière dont il le décidait librement. Mais cet éventuel usage communautaire reste hors du droit². En conclusion, l'individualisme de la notion de *dominium* découle du caractère très patriarcal de la société romaine ; le droit moderne de propriété sera tout aussi individualiste, mais pour des raisons très différentes.

41. Ce fut au détour de questions pratiques que la rencontre entre propriété commune et *dominium* se fit. Et l'issue n'en fut pas heureuse pour la propriété commune. Le premier texte est dû à Celse : ce dernier «remarque que la propriété ou la possession [d'une chose] ne peut être à deux personnes de manière indivise, et qu'on ne peut être maître d'une partie de la chose corporelle, mais qu'on a la propriété de la chose entière pour une part indivise [...]»³. Si l'on comprend bien, la solution de Celse consiste à dire que «chacun a le *dominium* de l'ensemble, mais seulement pour une part indivise»⁴. Tout ceci reste flou. Ulpien tente de préciser : «l'esclave commun est à tous, non pas en totalité à chacun de ses maîtres, mais par parties de manière indivise, même si ces parts sont plus intellectuelles que corporelles»⁵. Ces tentatives de conciliation ne sauvent ni la notion de *dominium*, ni celle de propriété commune. Un *dominium* partagé, même intellectuellement, reste partagé, ce qui est contradictoire avec la notion

1. Certes, les esclaves et les fils peuvent gérer des biens sous la forme du pécule, mais les biens restent formellement rattachés au patrimoine de leur maître/père. Seules les veuves émancipées peuvent prétendre à une pleine autonomie patrimoniale.

2. M. VILLEY, « Justice distributive et droit » in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1957, p. 191.

3. Rapporté par Ulpien au Dig. 13. 6. 5. 15 : «Et ait duorum quidem insolidum dominium, vel possessionem esse non potest : nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominum habere».

4. J. GAUDEMET, *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey, p. 503.

5. Dig. 45. 3. 5 : «Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis : ut intellectu magis partes habeant, quam corpore».

classique du *dominium*. Et du point de vue de la propriété commune, dire que chacun peut exercer toutes les prérogatives du propriétaire n'aide en rien lorsque ces prérogatives rentrent en concurrence, comme c'est souvent le cas. La «part intellectuelle» est un écran de fumée servant à masquer le caractère inconciliable des deux approches. Alors que la propriété commune aurait dû être vue comme étant une situation incompatible avec l'idée et les concepts de propriété individuelle, les Romains inaugurent la longue tradition doctrinale consistant à construire la propriété commune sur les concepts de la propriété individuelle.

42. La comparaison entre la société et l'indivision offre donc un bilan mitigé. De manière positive, ces deux institutions sont clairement perçues comme appartenant à un genre plus général : la construction byzantine traduira cette similitude structurelle. Les Romains en ont déduit que la part était une notion commune à la société et à l'indivision. Malheureusement, le pas suivant n'a pu être franchi : la notion de *dominium* était trop attachée au pouvoir individuel du *paterfamilias* pour que les juristes puissent imaginer une forme de propriété différente de la propriété individuelle et permettant de donner une consistance juridique aux parts. Au contraire, ils ont tenté de décrire les pouvoirs et les droits sur la chose commune comme une sorte de *dominium* partagé en parts intellectuelles, ce qui est une impasse.

Le solide esprit pratique des Romains les a heureusement préservés de donner trop d'importance à ces tentatives de conciliation. Dans la plupart des cas, ils se gardent au contraire de trop théoriser le statut des biens communs : très illustrative à cet égard est leur appréhension de la dernière forme de propriété commune connue du droit romain, à savoir les biens des *universitates*.

C. Les biens des collèges et des *universitates* : vers l'idée d'une masse commune autonome

43. La vie sociale romaine (comme la vie sociale grecque) se caractérisait par la présence d'une multitude de groupements poursuivant les objectifs les plus divers : caisse de bienfaisance entre les membres d'une même profession, collèges funéraires, collèges religieux, associations politiques, etc. Les biens de

ces collèges posent des problèmes juridiques intéressants. Ils sont communs aux membres, même si la gestion est souvent déléguée à un petit nombre de personnes. Par ailleurs, contrairement à la société ou à l'indivision, ces groupements ont vocation à durer dans le temps et à voir leurs membres se renouveler. Comment, à partir de ces données sociologiques, le droit romain va-t-il traiter ces biens communs¹ ?

44. Sous la République, les textes sont lacunaires. Un *senatus-consulte* de 186 av. J.-C. utilise le terme de *pecunia communis* pour dénommer les biens d'un collège religieux. Un texte de Marcien datant de la période impériale précise que si le collège est dissous, les membres présents au moment de la dissolution peuvent se partager ces biens communs. On peut supposer avec Saleilles que la règle s'est appliquée également lors des dissolutions forcées à la fin de la République². En revanche, il paraît très difficile de concevoir que, à l'instar d'une indivision classique, les membres d'un collège puissent provoquer le partage en exerçant l'action *communi dividundo*. La masse commune était donc impartageable tant que durait le collège, ce qui est une différence importante avec l'indivision. Il semble donc qu'il y ait *de facto* un traitement autonome de la masse commune par rapport aux membres, mais il existe une grande imprécision sur le statut juridique de ces biens.

Les textes sont plus nets sous l'Empire, après la réforme opérée par la *Lex Julia de collegiis*. Cette loi permettait à certains collèges de recevoir un privilège très important juridiquement : celui de devenir une *universitas*, à l'image des *municipes*, c'est-à-dire «d'avoir, à l'exemple de la République, des biens communs (*res communes*), un «coffre commun» (*arca communis*), et de faire administrer les affaires par un agent ou un syndic (*actor sive syndicus*), comme

1. En ce qui concerne le droit grec, les fragments de jugements qui nous sont parvenus illustrent que même si les Grecs avaient pu différencier les biens communs du groupement et les biens personnels des membres du groupement, peu de conséquences juridiques s'ensuivaient. Par exemple, à propos d'une affaire fiscale, «la *polis* réclamera le blé à la symmorie [ferme], à la fois à chacun de ses membres en particulier et à tous collectivement, jusqu'à ce qu'il lui revienne ce qui lui appartient» (P. ISMARD, « La construction du fait associatif en droit athénien et les limites de la notion de personnalité juridique », *Dike* 2007, 10, p. 57-83, p. 79.).

2. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : Histoire et théories*, Paris : Arthur Rousseau, 1910, p. 72.

cela se fait pour la République»¹. Pour les autres collèges, ceux ne possédant pas ce privilège, on peut supposer que leurs biens communs restaient sous une forme particulière de propriété commune.

45. Les Romains n'ont pas conceptualisé la personne morale : le terme d'*universitas* désigne simplement un groupement distinct de ses membres². Pour autant, le texte du Digeste semble faire de la possession de *biens communs* et d'un *coffre commun* une conséquence du privilège. Comme les collèges non autorisés possédaient aussi des biens communs, on peut interpréter ce texte comme assurant aux *universitates* une certaine autonomie patrimoniale. Une telle interprétation est confirmée par le fait qu'Ulpien rappelle que dans une *universitas*, on doit distinguer les dettes communes (celles du groupement) et les dettes individuelles des membres³. Il semble donc que les Romains soient parvenus à assurer juridiquement une forme d'autonomie patrimoniale sans pour autant avoir une vision théorique de la personnalité juridique.

46. Mais comment concilier cette solution avec la notion de *dominium* ? La stratégie suivie ici n'a pas été celle de la conciliation : bien au contraire, les juristes romains ont classé les biens des *universitates* dans les biens publics. Gaius écrit ainsi que «les choses qui relèvent du droit humain sont ou publiques ou privées. Celles qui sont publiques sont censées ne compter au nombre des biens de personne en particulier : elles passent pour appartenir à l'*universitas*. Les choses privées sont celles qui appartiennent aux individus (*hominum singulorum*)»⁴. On aura noté le «passer pour» (*creduntur*) : les Romains savent que la propriété de l'*universitas* n'est pas une indivision, mais elle n'est pas non plus la propriété individuelle d'une personne morale. L'incompatibilité évidente entre la propriété

1. Dig. 3. 4. 1.

2. J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, p. 29. qui soulignent l'imprécision des concepts. Le terme de *persona* s'applique exclusivement aux personnes physiques.

3. «Si quelque chose est dû à l'*universitas*, elle n'est pas due à ses membres ; et ce que doit l'*universitas*, ses membres ne le doivent pas» (D.3.4.7). Mais ce texte aurait plus vocation à s'appliquer aux cités qu'aux collèges (Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité » in *Les opérations du droit*, EHESS - Gallimard - Seuil, 2011, p. 103-130, p. 299 note 9.). On peut toutefois supposer que du fait de l'analogie consistant à traiter les collèges autorisés comme identiques juridiquement aux cités, cette règle aussi s'appliquait à eux.

4. GAIUS, *Institutes*, trad. et annot. par J. REINACH, 4^e éd., Les Belles Lettres, 1991, p. 39.

commune et la notion classique de propriété individuelle se résout ici par la mise à l'écart de ce type de propriété commune du reste du droit privé.

47. Résumé. Le droit romain a reçu en son sein diverses formes de propriété commune, venant des pratiques familiales, économiques ou sociales. Malgré des origines souvent diverses, ces formes ont été classées dans des institutions au domaine large : la société, l'indivision et l'*universitas*, venant du droit public. La comparaison de certaines de ces formes a pu aboutir à des débuts de théorisation, mais qui n'ont pas été menées à terme. Car malgré ces convergences et analogies, le droit romain n'a pas pensé la propriété commune en tant que telle. Sa spécificité n'est pas reconnue.

La raison vient de la conception romaine du *dominium*, marquant l'emprise du chef de famille sur les choses, et donc individuel par construction. Penser une sphère de pouvoirs partagés, comme le voudrait la propriété commune, contredit l'idée même de *dominium* et devient impossible. C'est le premier échec, et ce ne fut pas le dernier. Historiquement, l'essentiel n'est pas là : le droit romain lègue des institutions souples, qui serviront de cadres aux différentes créations de la pratique médiévale.

§ 2. De l'unité à l'éclatement de la propriété commune

48. Un sous-titre adapté serait : Histoire de la grandeur et de la décadence de la propriété commune ; avec comme point de retournement, le Code civil de 1804. Alors que la pratique et les juristes médiévaux ont rassemblé tous les cas de propriété commune au sein d'un cadre général (A), le Code civil va briser cette appréhension souple pour enfermer chacune des formes de propriété commune dans un domaine d'application propre (B).

A. La réception des pratiques communautaires dans un cadre général

49. Assistant à un mariage germain, Tacite ne masque pas son étonnement : au lieu d'offrir à son épouse des parures, le mari lui offre des armes ou des bœufs. Et l'historien d'analyser cette coutume : « Pour que l'épouse ne se croie pas étrangère au courage viril ni au cours des guerres, elle est avertie dès la conclusion du mariage qu'elle devient une associée dans les peines et les dangers et que dans les combats comme dans la paix, son sort sera lié à celui de son époux »¹. Tacite utilise l'expression « *sociam laborum periculorumque* » : l'image qui lui vient à l'esprit pour décrire la relation entre époux est donc celle de deux associés. Cette anecdote illustre la force des liens communautaires entre époux dans la tradition germanique, en complète opposition avec les mœurs romaines². Comment les droits médiévaux ont-ils reçu ces pratiques communautaires ? Un cadre commun a-t-il été dégagé, et comment ? Il faut peut-être distinguer entre les discours juridiques non savants, attachés aux coutumes et à la pratique, et le discours savant, s'appuyant en premier lieu sur la glose du *Corpus juris civilis*, sans pour autant être aveugle aux réalités de la société de leur temps. Le tableau sera ici nécessairement impressionniste : il s'agit de montrer quelques signes évidents d'une appréhension large de la propriété commune.

1. Hors du droit savant

50. En schématisant, la France médiévale est d'un point de vue juridique séparée entre les régions coutumières (au Nord) et les régions « de droit écrit », où la pratique notariale applique un droit romain simplifié et bien souvent modifié³. Le droit romain fournit ici plus un vocabulaire et des institutions qu'un véritable corps de règles ; et les juristes des pays de coutume connaissent les

1. TACITE, *La Germanie*, trad. par J. PERRET, Les Belles Lettres, 1949, XVIII, p. 81.

2. Cf. P. VEYNE, « La famille et l'amour sous le Haut-empire romain » in *La société romaine*, Points Histoire, 2001, p. 96-97, qui fait un tableau saisissant de la manière dont étaient socialement envisagées les relations conjugales entre époux romains jusqu'au II^e siècle après Jésus-Christ (il vaudrait mieux dire : l'absence de relations). Le droit tardif porte la marque du changement : un passage du Code de Justinien qualifie ainsi l'épouse de *socia* (C. 9. 32. 4.).

3. Il s'agit en effet d'une vue très schématique : v. J. HILAIRE, *La vie du droit*, PUF, 1994, p. 8-9.

cadres romains¹. Aussi ne faut-il pas exagérer la séparation entre les deux traditions juridiques, qui seront appréhendées ici par la figure de Beaumanoir et par les créations contractuelles de la pratique notariale du Midi.

a. La *compagnie* chez Beaumanoir

51. Les chapitres XXI et XXII des *Coutumes de Clermont et de Beauvaisis*² traitent des différentes sortes de compagnie admises dans ces coutumes. Dans le premier chapitre, Beaumanoir dresse une liste rapide et désordonnée : celle naissant entre époux, la compagnie «de marchandises» par laquelle plusieurs marchands s'associent pour acheter et revendre des biens, la compagnie «par convenance» (c'est-à-dire volontaire), la compagnie tacite qui naît lorsque des personnes cohabitent ensemble «à pot commun pendant un an et un jour»³, celle naissant entre les membres d'une famille «recomposée» après veuvage, en présence d'enfants issus d'un mariage précédent, celle enfin concernant les communes ayant reçu une charte seigneuriale, et celle pour «raison de communauté», c'est-à-dire quand les membres d'une localité décident de considérer comme communs certains biens utiles à tous, comme les gués.

Le chapitre suivant aborde le cas des *compagnies d'eritage*, qui ne désignent pas les indivisions successorales, mais la propriété commune d'un immeuble (four, moulin, pressoir, etc) divisée entre plusieurs «parçonniers». Ce type de propriété commune, appelé pariage dans le Midi, se caractérise par la transmissibilité héréditaire des parts et par une gestion plus institutionnalisée que dans une société ou une communauté familiale⁴. On retrouve sous des noms diffé-

1. C'est le cas notamment de Beaumanoir. Cf. P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, PUF, 2007. L'étendue des connaissances en droit romain de Beaumanoir fait cependant l'objet de divergences parmi les historiens. V. R. JACOB, « Philippe de Beaumanoir et les clercs - Pour sortir de la controverse du *ius commune* », *Droits* 2010, 50, p. 163-188, spéc. p. 171 et s.

2. BEAUMANOIR, *Coutumes de Clermont et de Beauvaisis*, éd. A. SALMON, 2 t., A. Picard, 1899.

3. Il n'est pas impossible que la communauté entre époux soit issue de la communauté taissable. D'autres témoignages coutumiers semblent l'indiquer. V. *Les établissements de Saint-Louis*, éd. P. VIOLLET, t. 1, 1881-1886, p. 141-142.

4. L'étude de référence est celle de Sicard à propos des moulins de Toulouse. L'apparition des termes «honneur des moulins», marquant peut-être les prémisses de la personnalité morale, est beaucoup plus tardive (fin du XIV^e siècle). V. G. SICARD, *Aux origines de la société anonyme : les moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, préf. de G. BOYER, Oberthur, 1953, p. 306.

rents des mécanismes similaires pour l'exploitation en commun des biens de grande valeur, notamment les navires¹, ou les manufactures². La définition de Du Cange montre la généralité du terme : les pariers sont «ceux qui sont maîtres en même temps d'un fief ou d'un immeuble»³. Le pariage n'est rien d'autre qu'une propriété commune stable des immeubles.

52. Si l'on ordonne la liste de Beaumanoir, on s'aperçoit que sous un unique nom, la compagnie, sont rangés la communauté entre époux, la société (compagnie par convenance, pouvant avoir n'importe quel objet), l'indivision née de l'achat en commun, les biens communaux, les communautés familiales étendues et les pariajes. Il s'agit de la liste la plus englobante de propriété commune qui sera rencontrée dans cette courte enquête historique. Comme le précise Beaumanoir au début du chapitre, ce qui fait le point commun entre toutes ces institutions, c'est qu'elles font naître des gains et des pertes devant être partagés entre les compagnons. Mais Beaumanoir n'offre rien de plus : il liste les institutions coutumières, sans en tirer de conséquences.

b. Dans la pratique notariale du Midi

53. Si Beaumanoir propose une simple classification, la pratique notariale va au contraire tisser des liens concrets entre différentes formes de propriété commune, à l'occasion du vaste mouvement communautaire touchant toute la France aux XIII^e-XIV^e siècles⁴. Les études de Jean Hilaire ont par exemple montré qu'un même type de contrat, l'affrèrement, initialement créé pour régler la communauté entre frères à la mort du père, a été progressivement utilisé dans d'autres situations où le besoin d'une communauté strictement égalitaire se faisait sentir⁵.

L'affrèrement a ainsi servi à recréer de véritables *familles par contrat* où l'association vise avant tout à maintenir sa subsistance par l'exploitation des terres

1. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 120.

2. G. SICARD, *Aux origines de la société anonyme : les moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, préf. de G. BOYER, Oberthur, 1953, p. 170.

3. «*Pariarii dicuntur qui unius praedii domini seu feudi domini simul sunt*».

4. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 50.

5. V. J. HILAIRE, « Les perspectives historiques des usages communautaires » in *La vie du droit*, PUF, 1994, p. 34-38.

agricoles¹. Il sert également comme *régime matrimonial*, se substituant donc au régime dotal issu du droit romain. Enfin, il entre en concurrence avec la société commerciale pour organiser *l'association entre artisans ou marchands* lorsque cette dernière se matérialise par une communauté de vie, ce qui est souvent le cas partout en France².

54. Si la pratique utilise le même cadre contractuel de départ pour régler ces propriétés communes, elle insère également des clauses spécifiques afin de s'adapter à la situation³. Ainsi, dans le cas des affrètements entre marchands, les notaires insèrent des clauses spécifiant les opérations qui ne peuvent être faites sans l'accord des autres associés. Progressivement, les contrats vont se différencier par l'ajout de clauses spécifiques, à mesure que les activités économiques se rationalisent et se détachent de la sphère familiale.

55. Les témoignages de la pratique médiévale illustrent à quel point les formes de propriété commune sont diverses et mouvantes. La grande liberté de création de formes contractuelles ou coutumières dessine implicitement un cadre commun, dont les formes romaines ne sont que des exemples. Ces formes juridiques ne sont plus des institutions figées et isolées que l'on compare, mais des variations sur un même thème, celui de l'appropriation en commun. La leçon de la pratique médiévale, c'est qu'il n'y a pas de *numerus clausus* des propriétés communes. L'appropriation en commun peut se faire selon les formes les plus diverses, grâce au contrat, notamment. Il faudra le garder à l'esprit pour le droit

1. Ainsi un mari quitté par sa femme s'associe avec un ami pour continuer à pouvoir exploiter la terre agricole. Optimiste, le contrat comporte une clause prévoyant une substitution de l'ami par la femme si elle se décidait à revenir... Une personne âgée ayant quelques biens s'associe avec une personne plus jeune pouvant profiter des biens, à charge pour lui de s'occuper d'elle (J. HILAIRE, *Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier : du début du XIII^e siècle à la fin du XVI^e siècle : Contribution aux études d'histoire du droit écrit*, Montpellier, 1957, p. 249.).

2. J.-F. POUDRET, *Coutumes et coutumiers : histoire comparative des droits des pays romands du XIII^e à la fin du XVI^e siècle*, t. 3, 4 t., Berne : Staempfli, 1989-2002, p. 521, qui cite le cas de deux armuriers s'associant avec leurs épouses respectives pour la totalité de leurs biens et de leurs revenus. L'acte prévoit qu'ils vivront dans la maison de l'un d'entre eux et qu'en cas de partage, l'associé hébergeant devra contribuer à l'acquisition d'une nouvelle maison pour son associé.

3. J. HILAIRE, « Les perspectives historiques des usages communautaires » in *La vie du droit*, PUF, 1994, p. 36.

positif.

Le problème pour le droit savant est clair : les formes romaines, malgré leur généralité, sont en trop petit nombre pour rendre compte de ce foisonnement. Compagnie taisible, communauté entre époux et pariage, entre autres, sont des formes irréductibles aux formes romaines. Comment le droit savant va-t-il synthétiser l'héritage romain avec les nouveautés médiévales ?

2. Dans le droit savant

56. Deux témoignages, éloignés dans le temps, seront révélateurs. D'abord le premier traité médiéval relatif aux sociétés, au carrefour du droit savant et du droit commercial, puis la synthèse opérée par Pothier, au carrefour du droit savant et du droit coutumier. Si les textes romains forment la trame de ces ouvrages, ils ne se réduisent pas à une simple explication de texte ; bien au contraire, les juristes utilisent le corpus romain pour rendre compte de ces institutions inconnues à Rome.

a. L'élargissement de la notion de société

57. Le Moyen Âge a vu la naissance d'un véritable droit commercial¹, dont une des manifestations passe par la formalisation d'actes de société. Comment cette pratique commerciale s'est-elle conciliée avec les analyses dévolues à la *societas* dans le Digeste ? Une réponse se retrouve dans le premier traité de droit des sociétés, le *Tractatus de duobus fratribus et aliis quibuscumque sociis*, rédigé par Petrus de Ulbadis, petit frère du célèbre glossateur Balde, qui se présente sous la forme d'un exposé de textes romains ordonnés autour de questions pratiques². Le but poursuivi par son auteur de «collecter et de présenter dans un seul traité toutes les controverses et questions qui peuvent surgir entre

1. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 13 et s. ; comp. R. SZRAMKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2013, p. 25 et s. qui considèrent que le droit romain connaît déjà un droit commercial.

2. P. d. UBALDIS, *Tractatus de duobus fratribus et aliis quibuscumque sociis*, D. Anselmus (Avignon), 1500. Le traité est typique du *mos italicus*. Sur cette notion, v. J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 6^e éd., PUF, 2015, n° 93.

marchands ou entre n'importe quels associés»¹. Le traité s'ouvre par les différentes sortes de sociétés : on y retrouve la classification quadripartite d'Ulpien², mais aussi d'autres apports beaucoup plus médiévaux, comme la *societas vitae* (société de vie), première citée, qui désigne tout simplement les communautés familiales conventionnelles³. Bien que le traité soit à destination des commerçants, l'auteur place en premier lieu les sociétés familiales diverses et marque jusque dans son titre la continuité entre les aménagements conventionnels successoraux et les sociétés purement commerciales. Ainsi, loin d'être considérée comme une forme rigide, la *societas* romaine a joué un rôle de cadre normatif permettant de regrouper toutes les formes de propriété communes volontaires, celles issues du droit romain, celles créées par la pratique commerciale italienne et celles découlant des pratiques médiévales communautaires. Cette vision synthétique permettait d'avoir à sa disposition un ensemble de règles relatives à la gestion et à la structure de ces propriétés communes. Elle se transmet jusqu'à Pothier.

b. La propriété commune chez Pothier

58. Pothier est un personnage central dans l'histoire de la propriété commune, bien que son rôle soit contradictoire. D'un côté, il est celui qui a rassemblé les différentes traditions historiques et qui a tenté de les refondre dans un cadre rationnel. C'est chez lui que la théorisation de la propriété commune est à son maximum, bien que restant toujours incomplète. Pothier comprend que tout tourne autour des biens communs, mais ne franchit pas l'étape suivante d'analyser toutes ces institutions comme des formes de propriété commune. Un autre aurait pu le faire, mais il était trop tard. Déjà la propriété se métamorphose et se rigidifie en un droit subjectif. Et dans cette transformation, l'œuvre de Pothier

1. «*Omnes enim quaestiones et controversias, quae inter mercatores et alios quoscumq. socios accidere solent, ferre collegi, et sub uno (ut ita loquar) aspectu locavi*», P. d. UBALDIS, *Tractatus de duobus fratribus et aliis quibuscunque sociis*, D. Anselmus (Avignon), 1500, p. 2.

2. Ulpien distingue quatre sortes de sociétés (Dig. 17. 2. 5) : les sociétés de tous les biens (*omnium bonorum*), les sociétés pour une affaire particulière (*alicujus negotiatis*), les sociétés d'un seul bien (*unius rei*) et les sociétés de publicains (*vectigalium*).

3. Cf. «*Prima est quaedam societas, quae societas vitae nuncuparetur, ut [cum ?] domino fratres vel plures ad unum panem et unum vinum in eadem domo communiter vivunt*» (p. 9). L'expression «*ad unum panem et unum vinum*» est significative de l'origine coutumière.

a joué un rôle essentiel. En définitive, il est celui qui a porté au plus haut la propriété commune et celui qui la tuait sans le savoir.

59. Le cadre commun élaboré par le juriste orléanais est une synthèse entre diverses traditions et différents âges du droit. Il reprend le schème byzantin voyant la société et l'indivision comme un couple contrat/quasi-contrat. Mais, en héritage de la période médiévale, il préfère parler de «communauté» plutôt que d'indivision, ce qui lui permet de rassembler sous un nom unique les cas d'indivision du droit romain et les communautés médiévales¹. Le cadre byzantin constitue désormais plus qu'une simple classification : il fournit un régime à la multitude des propriétés communes médiévales, grâce à une série d'élargissements.

- Toute forme volontaire de propriété commune, c'est-à-dire toute forme opérant une mise en commun de biens, quel que soit le but poursuivi, est une *société*. On parle donc de la «société entre époux». Le but lucratif n'est donc pas pris en compte ici, même si Pothier n'ignore pas la spécialisation en cours des formes de sociétés commerciales.
- Toutes les autres propriétés communes, qui ne se créent pas par mise en commun, sont assimilables à la communauté, qualifiée de quasi-contrat de société. Pourquoi cette qualification de quasi-contrat ? Parce que se «forment entre les personnes entre lesquelles les choses sont communes des obligations semblables à celles qui naissent du contrat de société»². Pothier a une vision large de ces communautés : en plus de l'indivision romaine et des communautés médiévales, il y assimile toutes les relations entre voisins, pour la gestion des haies, murs et bâtiments mitoyens³.

. Cette présentation en terme de contrat/quasi-contrat peut laisser croire que la société, très élargie, est le modèle dominant, les autres formes de propriété commune se définissant par rapport à elle. Il n'y aurait pas de "propriété commune", mais simplement la société et des formes assimilables à la société. Ce serait

1. Après avoir été éclipsée durant toute la période médiévale, l'analyse romaine de l'indivision était revenue avec les Bartolistes et les premiers essoufflements du mouvement communautaire (J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Marcel Rivière, 1963, p. 180.)

2. POTHIER, « Traité du contrat de société » in *Œuvres*, 1808, p. 3.

3. *Ibid.*, p. 134 et s.

une vue trompeuse. Pothier avait très bien compris que ce qui forgeait l'unité, ce n'était pas le contrat, mais les biens communs. Dans une semi-paraphrase du droit romain, voilà comment il différencie société et communauté, contrat et quasi-contrat :

«La société et la communauté ne sont pas même chose. La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étaient convenues d'y mettre, *c'est une communauté qui se forme entre elles*. Cette *espèce de communauté* s'appelle aussi société, parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société»¹.

60. Dans cet extrait, Pothier utilise le terme de communauté dans deux sens différents : la communauté au sens strict, qu'il cherche à différencier de la société («la société et la communauté ne sont pas même chose») et la communauté au sens large qui est créée par le contrat de société ("cette espèce de communauté s'appelle aussi société"). Or cette communauté au sens large n'est rien d'autre que l'idée de propriété commune dans la terminologie choisie ici. Ainsi, l'affirmation de Pothier interprétée de cette manière devient : la société est une forme de *propriété commune* qui diffère de la communauté par son origine contractuelle. Si Pothier n'avait pas utilisé le terme "communauté" dans deux sens différents, il aurait pu achever sa construction en explicitant que société et communauté ne sont que deux catégories d'un cadre général : les biens communs, et donc la propriété commune.

61. Mais Pothier est aussi celui qui a fait parvenir aux juristes l'idée «moderne» de propriété². Avec une grande lucidité, il énoncera clairement la contradiction entre l'exclusivisme de la propriété individuelle et la propriété commune. Et il la résoudra avec autant de difficultés que ses prédécesseurs romains face au *dominium* :

«Ce droit de propriété qu'ils ont en commun est le droit par lequel la chose leur appartient en commun privativement à tous les autres.

1. *Ibid.*, p. 3. C'est nous qui soulignons.

2. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 318.

Et entr'eux la part que chacun y a lui appartient à lui seul privativement, même à ses copropriétaires ; car la partie que l'un a dans la chose commune n'est pas la part de l'autre, et chacun n'a le droit de disposer que de sa part. Ces parts, que chacun de ceux qui ont le droit de propriété d'une chose en commun, ont dans la chose commune, ne sont pas des parts réelles qui ne peuvent être formées que par la division de la chose, ce sont des parts intellectuelles, qui ne subsistent que par l'entendement»¹.

On ne sait pas trop s'il existe un droit de propriété unique que chacun possède pour une part intellectuelle (1^{ère} et 3^{ème} phrase), ou si chacun a un droit de propriété individuel portant sur une part intellectuelle (2^{ème} phrase), ce qui correspond à la théorie classique de la quote-part. Peut-être les deux se superposent-ils. Le résultat est néanmoins confus et peu opératoire : Pothier se sent obligé de ramener la situation objective d'appartenance commune à un faisceau de droits individuels de propriété.

62. L'histoire se répète désagréablement. Encore une fois, alors que le cadre commun existe, il ne parvient pas à s'affirmer comme une *propriété* commune. Le *dominium* y faisait obstacle en droit romain ; le droit subjectif de propriété y fait obstacle en droit moderne. Comme ses prédécesseurs Pothier offre une vision unitaire des formes de propriété commune, mais ne le transforme pas en un concept de propriété commune. C'est cette appréhension unitaire et souple, née dans la doctrine classique romaine et continuée par les juristes médiévaux, que le Code civil va réduire à néant.

B. La perte d'un cadre commun après 1804

L'éparpillement des propriétés collectives et la perte d'une appréhension unitaire résultent de la conjonction de plusieurs facteurs, certains étant juridiques, d'autres étant liés à l'évolution des structures sociales et économiques. De manière schématique, le Code civil est à l'origine de cette segmentation (1), qui a ensuite été aggravée par des facteurs postérieurs (2).

1. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris : Debure père, 1772, p. 18-19.

1. Les propriétés communes dans le Code civil

63. Le constat est désormais bien connu : les propriétés collectives ont fait l'objet d'un «refoulement»¹. La cause principalement avancée de ce refoulement est l'importance accordée à la propriété individuelle chez les codificateurs, pour des raisons diverses tant idéologiques que pratiques, qui aurait éclipsé la propriété commune. L'effet le plus pervers de la codification n'est peut-être pas d'avoir oublié les propriétés communes, c'est de les avoir compartimentées dans des domaines bien précis, en contradiction complète avec le cadre commun dégagé auparavant. L'idée de propriété commune est détruite : non seulement la nouvelle notion de propriété semble fermer la voie à toute idée de *propriété* commune, mais de surcroît le cadre commun de l'Ancien Droit, qui formait une unité au moins implicite entre toutes les formes a disparu. Cette segmentation a engendré des lacunes dont la jurisprudence s'est accommodée tant bien que mal, avant les réformes législatives de la seconde moitié du XX^e siècle.

a. La segmentation dans le Code civil de 1804

64. Faisons l'inventaire des propriétés communes dans le Code civil. L'indivision n'existe plus qu'en matière successorale et est réduite à un unique article, l'art. 815, traitant d'ailleurs du partage. La communauté ne concerne plus que la communauté entre époux, qu'elle soit légale ou conventionnelle. Les murs mitoyens sont réglementés indépendamment, sans aucune référence à l'idée de communauté. La société voit son régime partagé entre Code civil et Code de commerce selon les formes sociales. Même pour la société civile, certaines dispositions montrent que ce contrat s'oriente de plus en plus comme une forme à but strictement économique. L'art. 1832 assigne comme objectif au contrat de société de «partager un bénéfice», ce qui laisse un doute sur la simple mise en commun de biens en vue d'un usage commun. Les propriétés communes sont donc éparpillées dans le Code civil, sans aucun texte indiquant leur structure similaire et leur appartenance à un genre plus global. Désormais, les termes sont applicables à des domaines précis : ainsi on ne parle de communauté que dans

1. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 315.

le cadre conjugal, d'indivision que dans le cadre successoral. C'est une rupture complète avec Pothier et les conceptions très larges de la société (globalement : toute propriété commune volontaire) et de la communauté (globalement : toute propriété commune involontaire).

b. Les effets de la segmentation

65. Cette compartimentation a montré très rapidement ses limites. Tout d'abord, il a bien fallu admettre des indivisions autres que successorales : les achats en commun n'ont pas cessé après 1804. En l'absence de tout référent global, les propriétés communes innommées ont dû être rattachées à l'indivision et ont été donc qualifiées d'«indivisions spéciales»¹.

Reste que l'indivision successorale présente une particularité : le droit au partage, qui s'oppose donc à toute propriété commune durable. Or pour certaines figures juridiques, il est vital de paralyser le droit au partage. Ce fut le cas au XIX^e siècle pour des biens mitoyens, comme les allées entre deux fonds particuliers. Or la jurisprudence ne dispose que du régime de l'indivision successorale comme qualification juridique. Faut-il en conclure que le partage peut être demandé, ce qui serait économiquement absurde ? La réponse est donnée dans un arrêt de 1823 : «Attendu, en droit, que, s'il est vrai que nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision et que le partage peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires (art. 815), il est vrai aussi que toutes les fois qu'entre deux propriétés et deux établissements principaux, possédés séparément par deux différents propriétaires, il existe un objet accessoire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploitation des deux propriétés principales, que sans sa possession et jouissance commune, les dites propriétés principales seraient ou de nul usage ou d'un usage notablement détérioré, alors, pour ne pas sacrifier le principal à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage dudit objet accessoire»². La Cour de cassation crée donc une forme spéciale d'indivision, l'indivision forcée, dans laquelle le droit au partage est paralysé, en raison du caractère «accessoire» du bien commun.

1. R. NERSON, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision » in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 717.

2. Cass. Req., 10 fév. 1823, S. 1824. 1. 239.

66. La même gêne s'observe dans le champ des propriétés communes volontaires. La jurisprudence élargit de nouveau le champ d'application de la société en l'admettant dans des situations où la visée lucrative est très incertaine¹. Elle crée ensuite la notion de «société d'indivision», que l'on rencontre dans plusieurs arrêts de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle². Constatant la lutte continuelle de la jurisprudence contre l'art. 815, CAPITANT en vient à réécrire le Code en considérant que «les conventions d'indivision ne sont soumises à la limitation de cinq ans que si elles ont uniquement pour objet de créer ou maintenir entre les intéressés l'état d'indivision sans rien changer au caractère économique de celle-ci, sans autre intention que de reculer le moment du partage. Elles n'y sont pas soumises, au contraire, lorsque les contractants poursuivent un but économique ou juridique différent»³. Cette «société d'indivision» ressemble fort à une propriété commune volontaire *supplétive*, lorsque ni la forme de société ni celle de la convention d'indivision ne sont envisageables.

2. Le maintien de la fragmentation au XX^e siècle

67. Deux facteurs postérieurs au Code civil ont contribué à maintenir les propriétés communes fragmentées, sans la vision unitaire ébauchée dans l'Ancien Droit. D'une part, les propriétés communes se sont différenciées en se spécialisant de manière croissante ; d'autre part, la problématique de la personnalité morale a complètement éclipsé celle de la propriété commune.

a. La différenciation croissante des propriétés communes

68. Dans l'économie précapitaliste, il n'existe pas de nette séparation entre le «lucratif» et le «non-lucratif». La société était sociologiquement toujours adossée à une communauté, soit familiale, soit professionnelle, soit amicale.

1. V. par exemple Cass. Civ., 6 fév. 1872. D. P. 1872. 1. 101, qui qualifie de société une convention par laquelle les habitants d'une commune, ayant acheté ensemble des bois, avaient décidé d'en maintenir la jouissance commune entre eux moyennant certaines conditions de domicile, de possession de terres et d'hivernage de bétail.

2. Cass. Civ., 5 juil. 1922, D. P. 1923. 1. 112, note H. CAPITANT. Dans cet arrêt, il s'agissait de 73 membres d'une commune ayant racheté ensemble des terres et s'étant mis d'accord conventionnellement de ne pas demander le partage avant revente à la municipalité.

3. H. CAPITANT, note préc., p. 115.

C'est ce qui explique la possibilité d'un *continuum* entre les propriétés communes familiales et les propriétés communes à but économique. À partir de l'ère moderne, les deux sphères vont progressivement se dissocier. La cause ? Le capitalisme, comme l'a montré Max Weber. Ce dernier repose en effet sur une *rationalité en finalité*, alors que les liens familiaux - et communautaires en général - obéissent à d'autres genres de rationalité : rationalité en valeur, rationalité affective ou rationalité traditionnelle¹. D'où un conflit de rationalité dont l'issue est la dissociation économique des deux sphères², qui matériellement commence par une séparation des comptes. D'un côté les affaires de la famille ; de l'autre les affaires, tout court³. La tendance va s'accélérer aux siècles suivants, et on peut lire cette évolution dans le droit des sociétés. La société de tous les biens décline ; la société par actions apparaît. La logique de l'investissement, dont la responsabilité limitée est le symbole le plus marquant, se superpose à la logique communautaire, qui se maintient cependant dans les sociétés civiles, familiales ou professionnelles. La multiplication des types sociétaires qui en résulte et l'intensification de la réglementation a eu tendance à faire du droit des sociétés un bloc autonome, ayant sa propre logique, qui n'est plus du tout celle des propriétés communes familiales. Le droit des sociétés fait partie du droit économique, alors qu'il faisait presque partie du droit de la famille au Moyen Âge.

1. Pour une présentation des types de rationalité, v. M. WEBER, *Économie et société : Les catégories de la sociologie*, t. 1, Pocket, 1995, p. 56 et s. V. notamment p. 57 : « Agit de façon rationnelle en finalité celui qui oriente son activité d'après les fins, moyens et conséquences subsidiaires et qui confronte en même temps rationnellement les moyens et la fin, la fin et les conséquences subsidiaires et enfin les diverses fins possibles entre elles. En tout cas, celui-là n'opère *ni* par expression des affects (et surtout pas émotionnellement) *ni* par tradition ». Une action est rationnelle en valeur « par la croyance en la valeur *intrinsèque* inconditionnelle - d'ordre éthique, esthétique, religieux ou autre - d'un comportement déterminé qui vaut pour lui-même et indépendamment de son résultat » (p. 56).

2. *Ibid.*, p. 146-147.

3. M. WEBER, *Histoire économique : Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Gallimard, 1992, p. 250. : « Au départ, dans les grandes familles commerçantes florentines — par exemple chez les Medicis —, les opérations domestiques et les affaires d'argent traitées avec les papes sont enregistrées dans les mêmes livres ; ce ne fut que par la suite, et seulement pour ce qui concernait l'extérieur, à travers les affaires de *commenda*, qu'un bilan fut dressé, ce qui concernait le fonctionnement intérieur continuant d'être intégré au grand "pot" commun de l'unité domestique dans son ensemble ».

69. Cette diversification sociologique et économique s'est accompagnée d'une fragmentation au niveau des sources. Mise à part la loi de 1901 sur l'association, de portée générale, les lois postérieures vont au coup par coup créer des formes spécifiques (coopératives, GIE, copropriété des immeubles bâtis, fonds communs de placement, Pacs). Le phénomène est particulièrement impressionnant dans le champ du droit des groupements et dans les sociétés particulièrement. Chaque forme de propriété commune est désormais régie par une loi particulière, souvent incomplète, sans forcément de référence aux autres formes. Cet empilement législatif freine toute appréhension globale et la question des régimes supplétifs applicables reste incertaine¹. La destruction d'un cadre général commun par le Code civil en est responsable : le développement des propriétés communes au XX^e n'a pu se faire dans une catégorie suffisamment souple pour accueillir des formes diverses. La seule solution fut la législation spéciale et le mille-feuilles normatif qui en découla.

b. L'importance accordée à la personnalité morale

70. L'autre phénomène caractéristique du XX^e siècle est le développement des personnes morales, tant dans les sociétés que dans les groupements non sociétaires. La Révolution avait interdit tous les corps intermédiaires, afin que le citoyen ait un lien direct avec l'État². Les *universitates* font peau neuve : associations, coopératives, syndicats, fondations, etc. Par rapport à leurs ancêtres, elles tendent à se définir par rapport à la société personnifiée. Cette multiplication des personnes morales a donné lieu à un très grand nombre d'écrits se demandant ce qu'était exactement la personnalité morale et quand elle devait être reconnue. Autant de théories que d'auteurs, et pas de vainqueur net, même si la conception développée par Léon Michoud, qualifiée de «réaliste technique», a été perçue comme un compromis acceptable³. Plus que le débat en lui-même, ce sont ses

1. D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz - Litec, 1983, p. 471.

2. La situation a globalement perduré au XIX^e siècle, malgré la succession des régimes politiques. Sur cette question, v. P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, coll. «Points Histoire», Le Seuil, 1998.

3. L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 2 t., LGDJ, 1906, n° 53 et s.

conséquences qui importent. La personnalité morale s'est imposée comme la question majeure des propriétés communes, celle orientant toute analyse. Deux phénomènes en découlent.

71. Le premier est que le droit commun le plus large envisageable serait un *droit des groupements*, dont le dénominateur commun serait la personnalité morale, que l'activité poursuivie soit lucrative ou non lucrative. Ce droit commun - qui s'apparenterait plutôt à la transposition pure et simple du droit des sociétés à tous les groupements - permettrait de combler les lacunes dans le régime d'autres groupements¹.

Pourtant, contrairement à ce que pensait Michoud, il n'est pas certain que la présence d'un «organe d'expression» de l'intérêt collectif soit un élément déterminant. Des travaux anciens et récents amènent à fortement relativiser le lien entre la personnification et les mécanismes "organisationnels" internes². L'adoption du principe majoritaire dans l'indivision en 2006 pour les actes d'administration renforce le constat. D'où deux options : soit les groupements non personnifiés ayant des mécanismes d'organisation interne *devraient être personnifiés* ; soit organisation interne et personnalité morale n'ont rien à voir. Dès lors, le dénominateur commun devrait être plus large, au niveau de la propriété commune.

72. Le second phénomène est l'analyse des propriétés communes non personnifiées par le prisme de la personne morale. Les propriétés communes non personnifiées semblent toujours avoir le défaut de ne pas être des personnes morales. Aussi peut-on analyser la communauté comme une sorte de quasi-

1. M.-L. COQUELET, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999. La Cour de cassation a reconnu le caractère supplétif du droit des sociétés pour l'association : « Dans le silence des textes et des statuts de l'association, les dispositions du droit des sociétés issues du Code civil et, à défaut, du Code de commerce, ont une vocation subsidiaire pour régir le fonctionnement interne d'une structure associative » (Cass. Civ. 1^{ère}., 3 mai 2006, n° 03-18229, Bull. n° 206, GAJC, tome 2, n° 290 ; D. 2006. 2037, note K. RODRIGUEZ ; JCP E 2006. 2675, note F.-X. LUCAS ; RTD Com. 2006. 619, obs. GROSSELANDE ; Rev. Sociétés 2006. 855, obs. D. RANDOUX ; LPA 27 juillet 2007, 13, note Ph. SCHULTZ.).

2. V. notamment E. MONGIN, « Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité », *Rev. crit. leg. jur.* 1890, p. 697-725. ; B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. de H. LE NABASQUE, 2 t., PUAM, 2006.

personne morale¹, ou bien analyser la réforme de 2006 de l'indivision comme un rapprochement de la personne morale, dans l'attente d'une consécration pleine et entière². La personne morale semble attirer à elle tous les phénomènes collectifs³ et devenir l'unique point de référence doctrinal de la propriété commune — au point qu'on se demande comment les propriétés communes ont pu fonctionner durant des siècles sans cet indispensable outil juridique.

73. Ce mouvement très important a toujours eu des difficultés à expliquer une constante du droit positif : la relativité et la variété des personnes morales. Toutes les personnes morales ne présentent pas les mêmes structures, notamment en ce qui concerne les biens⁴. L'immeuble en copropriété n'est pas la propriété du syndicat, mais des propriétaires. On peut considérer que ces variations sont sans grande conséquence ou même sont regrettables car on s'éloigne de "l'essence" de la personnalité morale : sujet de droit autonome, patrimoine autonome, séparation totale des dettes communes et personnelles.

On peut aussi prendre au sérieux ces phénomènes. Si la personnalité morale est une technique susceptible d'être ajustée, c'est qu'elle ne s'oppose pas de manière frontale et binaire aux autres propriétés communes⁵. Au contraire, il existe

1. J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1932. ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^e éd., coll. Thémis, PUF, 1997, p. 249.

2. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 518 et s. V. aussi G. WICKER, « Personne morale », *Rép. civil Dalloz*, 2014, n° 39.

3. V. par exemple F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 522. : «La copropriété est [...] un ferment de personnification parce qu'elle crée un intérêt spécifique transcendant les intérêts particuliers ; c'est ce qui fait qu'il existe une intimité si grande entre les concepts de société et d'indivision. Toute copropriété est, dans notre droit, candidate à la personnification pour cette raison».

4. Sur la variété des ajustements, v. C. ATIAS, *Droit civil - Les Biens*, 11^e éd., Litec, 2011, n° 162 : «Certaines personnes morales affectent, par leur existence même, la propriété des biens ; d'autres ne reçoivent que le pouvoir de les gérer. La souplesse de la qualification de personne morale s'affirme encore ici».

5. Cf. B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse Paris, 1963, p. 454 : «Quant à la situation patrimoniale d'une personne morale, il semble qu'elle doive s'analyser en une propriété collective. Ce n'est pas le groupement, considéré comme une entité distincte, qui est propriétaire du patrimoine social mais les membres du groupement collectivement. La notion de propriété collective rend compte du fait que, à la différence de l'indivision, aucun membre ne puisse prétendre, en cours de vie sociale, à un droit individuel sur le patrimoine social, car il doit se conformer aux règles établies par l'ordre juridique partiel dont la personne juridique exprime l'unité ; mais elle explique aussi, inversement, cette osmose observée dans les

un *continuum* entre les formes personnifiées et non personnifiées ; et continuum n'est compréhensible que dans le cadre général de la propriété commune ¹.

74. Résumons. Avec le Code civil, non seulement la propriété individuelle continue d'être le seul modèle de référence, mais les propriétés communes sont fragmentées dans des domaines spécifiques, obligeant la jurisprudence à rapprocher les formes et à les étendre à nouveau. Pour autant, le cadre commun ne fut pas reconstruit : la diversification croissante des propriétés communes et la spécialisation des domaines juridiques furent considérées comme un obstacle à toute approche globale. De plus, la personne morale s'impose comme un point de départ obligé dans la théorisation des propriétés collectives. À l'exception de quelques travaux doctrinaux plaidant pour l'utilité d'une approche élargie, la propriété commune s'est installée durablement dans l'ombre du droit.

75. Conclusion de la section. De cette enquête historique, deux conclusions principales se dégagent. La propriété commune n'a jamais été pensée comme une notion spécifique. Qui dit propriété dit propriété individuelle, du droit romain à nos jours. Même durant la période médiévale, le concept n'est jamais parvenu à maturité. Pour autant, on retrouve sans nul doute possible la trace de liens entre les formes de propriété commune, voire à certaines époques des cadres juridiques larges admettant une grande diversité de propriétés communes en leur sein. À cet égard, la fragmentation est un produit du Code civil et ne reflète pas la situation globale dans le temps long historique.

Pour autant, ces rapprochements n'ont jamais débouché sur une théorie complète et entière. Tout se passe comme s'il existait un obstacle à penser la propriété commune, cette dernière ne pouvant subsister que dans les marges du droit privé. Reste à déterminer quel est cet obstacle et s'il peut être surmonté.

rapports patrimoniaux internes entre la personne morale et ses membres durant la vie sociale». V. également les propos nuancés de G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens » in *Mélanges R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199.

1. V. sur cette question *infra*, n° 258 et s.

Section II L'obstacle à la théorisation de la propriété commune

76. L'explication traditionnellement invoquée est un obstacle *idéologique*. La Révolution française a détruit les vieilles structures d'Ancien Régime et a transformé chaque homme en citoyen, jouissant de droits. Parmi ces droits, se retrouve le droit à la propriété privée, vu comme un corollaire de la liberté nouvellement acquise¹.

À y regarder de plus près, le succès de la propriété privée semble dû non pas à une idéologie en particulier, mais à une convergence entre plusieurs idéologies, par ailleurs opposées. La propriété privée est la voie de l'émancipation (idéologie révolutionnaire), elle est un droit naturel attaché à tout homme (idéologie jusnaturaliste), elle est une vertu sociale en rendant chacun responsable de son sort (idéologie conservatrice)². À partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, la propriété privée est vue comme un rempart contre les théories socialistes, prônant une mise en commun des biens. Reconnaître une propriété commune en droit serait fournir des armes à des conceptions politiques jugées extrémistes par la majorité des juristes³. La crispation doctrinale sur l'importance de la propriété individuelle et sur l'absolutisme de l'art. 544 est d'ailleurs apparue autour des années 1840⁴.

77. Cette explication, au demeurant classique, permettrait de comprendre pourquoi la propriété commune n'existe pas au même niveau que la propriété individuelle après le Code civil. Mais elle échoue à expliquer pourquoi, du droit

1. J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 345 et s. ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 315.

2. J.-F. NIORT, *Homo civilis*, préf. de J.-L. HALPÉRIN, 2 t., PUAM, 2004, p. 171. : «le pouvoir accorderait sa bienveillance au droit de propriété moins par révérence au droit naturel, quoique Portalis ne cesse de l'invoquer, que parce qu'il y trouve, en même temps qu'un soutien politique, une vertu sociale, envisagée bien sûr dans un sens beaucoup plus traditionnaliste que chez les jacobins».

3. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, 1852, n° 543, qui évoque le «hideux communisme».

4. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, coll. Quadrige, PUF, 2001, p. 120.

romain à nos jours, la propriété commune a suscité de telles difficultés. Pourquoi n'y a-t-il pas eu de véritable théorie de la propriété commune à l'époque médiévale, alors que les circonstances économiques, sociologiques et idéologiques étaient on ne peut plus favorables ? Un constat similaire pourrait être dressé pour le droit de l'URSS. L'idéologie soviétique refusait toute idée de propriété individuelle, mais cela ne s'est pas traduit par la reconnaissance de véritables propriétés communes, pourtant connues par la tradition (le *mir*)¹. Au contraire, le régime d'appropriation s'est appuyé sur une série de personnes morales imbriquées².

La difficulté semble donc plus sérieuse. L'impossibilité de théoriser la propriété commune ne peut pas être *seulement* idéologique, car les idéologies changent. L'hypothèse proposée ici est qu'il existe une incompatibilité entre la structure de la propriété commune et l'individualisme conceptuel sur lequel a toujours reposé le droit privé. Il faut donc tout d'abord expliciter ce qu'est «l'individualisme conceptuel» (§1), puis montrer en quoi il y a incompatibilité (§2).

§ 1. La contrainte exercée par l'individualisme conceptuel du droit privé

78. À la fin du premier chapitre de sa *Sociologie du droit*, Max Weber énonce cinq postulats méthodologiques qui caractérisent selon lui le «travail juridique» contemporain. On y retrouve des thèmes classiques : la logique dé-

1. Sur le statut de la propriété coopérative, v. D. SKODA, *La propriété dans le Code civil de la Fédération de Russie*, préf. de D. TALLON, Dalloz, 2007, p. 271, §227 : «Ainsi, l'autonomie reconnue aux organisations coopératives est plus importante que celle dont disposent les entreprises d'État : à la différence de la propriété d'État, la propriété coopérative ne constitue pas un fonds unitaire. Il y a donc une pluralité de titulaires de la propriété coopérative. Toutefois, leur droit de propriété comporte des limites face au droit de propriété de l'État qui reste prépondérant. En effet, le caractère absolu, exclusif, imprescriptible et inaliénable du droit de propriété coopérative n'est opposable qu'aux particuliers, détenteurs du droit de propriété personnelle, et non à l'État. Ce type de propriété, spécifique du droit soviétique, est donc «intermédiaire» entre la propriété d'État et la propriété personnelle. Chaque forme de propriété semble avoir été conçue de telle manière que le monopole économique et politique de l'État ne puisse être remis en cause».

2. A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation - Essai à la lumière de l'expérience russe*, Dalloz, 2008, p. 411 : «La propriété socialiste reposait sur des modes de gestion singuliers fondés sur la fiction d'une personne morale incarnée dans un collectif de travailleurs».

ductive, l'idée que tout jugement doit être construit comme l'application d'une prescription juridique abstraite à une situation concrète, l'absence de lacunes dans le droit, etc. Le quatrième postulat énonce de manière plus énigmatique :

«Ce qui ne peut être “construit” juridiquement de façon rationnelle n'est juridiquement pas important»¹.

L'objet de ce paragraphe est de montrer que si la propriété commune n'a jamais été considérée comme «juridiquement importante», c'est précisément parce qu'elle ne peut pas être «construite» de façon rationnelle ni en droit romain, ni dans notre droit actuel.

79. L'assertion de Weber n'est-elle pas cependant un peu datée ? Le législateur peut établir les règles qu'il souhaite pour réglementer et organiser les propriétés communes. Que la doctrine peine à rationaliser l'ensemble est secondaire : il n'existe aucun obstacle théorique à ce que les propriétés communes existent au sein du droit de manière harmonieuse, et en tout cas aucun obstacle structurel s'étalant sur plusieurs siècles. Cette objection est à première vue tout à fait valable, *en théorie*.

Mais *en pratique*, la liberté du législateur est beaucoup plus réduite. Comme tout acteur juridique, il a tendance à utiliser les institutions déjà existantes, qu'elles soient adaptées ou non. Le recours à l'indivision en 1999 pour régir les biens communs du Pacs en est une illustration récente. En théorie, le législateur aurait pu édicter une série de normes adaptées au Pacs : la doctrine et la jurisprudence aurait eu ensuite à opérer les différentes qualifications pour en déduire le ou les régimes supplétifs. De manière passive, il a préféré faire un renvoi à la propriété commune «par défaut» depuis 1804, l'indivision, même si cette dernière n'a eu de cesse de montrer depuis deux siècles à quel point elle était peu adaptée à jouer le rôle de droit commun de la propriété commune².

1. M. WEBER, *Sociologie du droit*, coll. Recherches politiques, PUF, 1989, p. 43.

2. La conséquence de ce renvoi était la règle de l'unanimité pour tout acte non conservatoire portant sur les biens communs. Cf. Y. FLOUR, « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité », *Gaz. Pal.* 1999, 1. 184. : «C'est se tromper sur la nature de l'indivision que de la croire apte à saisir dans la durée la totalité du patrimoine de ceux qu'elle réunit».

Même en admettant que le législateur ne soit pas passéiste et veuille faire au mieux, les normes juridiques sont énoncées au moyen de concepts, qui, la plupart du temps, ne sont pas inventés par le législateur, mais empruntés à la tradition intellectuelle du droit privé. Le droit n'est qu'un langage, mais un langage bien particulier s'appuyant à la fois sur des mots du langage courant et sur un corps de concepts techniques¹. Les concepts du droit doivent avoir une *relative* stabilité pour que les normes anciennes restent compréhensibles.

80. Cette dernière objection est fondamentale. Le législateur peut certes édicter ce qu'il veut comme il le veut, l'exigence d'intelligibilité des normes le rend relativement prisonnier du langage juridique. Et quand bien même il s'en affranchirait, les tribunaux réinterpréteraient les termes en fonction des catégories et des concepts déjà existants, dès que le besoin se fait sentir. Ainsi comprise, la remarque de Weber est donc valable. Une institution ne peut être "construite rationnellement" lorsque les concepts usuels du langage juridique ne peuvent être utilisés, ou quand les concepts utilisés par cette institution ne peuvent intégrer le reste du système conceptuel. On peut dire alors que cette institution subit une *contrainte conceptuelle*.

C'est précisément le cas de la propriété commune. Le montrer suppose un détour théorique sur la manière dont les concepts juridiques ont été rationalisés en droit privé autour d'une «structure fondamentale», dont il faut préciser le rôle (A) et la teneur en droit positif (B).

A. La notion de «structure fondamentale»

81. Dans un article consacré à la langue du droit romain, Yan Thomas écrit :

«Le droit romain, comme tout système historique de droit, repose sur une «Weltanschauung», qui est une certaine manière de découper le monde. Ce découpage, qui ne correspond jamais parfaitement à celui qu'avec les mêmes mots la langue commune réalise, se fonde sur un *certain nombre de principes et d'éléments de base (les principales catégories juridiques) dont l'ensemble forme une structure à*

1. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Domat-Montchrestien, 2005.

*laquelle se rapportent tous les autres éléments du système*¹. Il s'agit là des invariants qui, à une époque historique donnée, définissent un ordre juridique. Ils apparaissent sous la forme de mots-clés dont une exacte compréhension est indispensable à celle de tous les autres aspects du droit. Ils expriment une vision originale du monde, qui donne la mesure même de la spécificité des règles juridiques par rapport à celles des autres systèmes normatifs»².

Ce passage excessivement riche peut se décomposer en deux thèses, qui doivent être explicitées successivement.

- Tout système du droit opère un découpage du monde, qui n'est pas exactement celui du langage courant.
- Ce découpage se fonde sur un certain nombre de principes et d'éléments de base dont l'ensemble forme une *structure*, à laquelle se rapporte tous les éléments du système. Cette structure est invariante au sein du système juridique et le définit, à la fois par rapport aux autres systèmes juridiques mais aussi par rapport aux autres formes de normativité.

1. Le «découpage du monde» par le droit

82. Le droit découpe le monde à l'aide de concepts. Tout événement du monde réel a ainsi vocation à être interprété comme relevant d'un concept juridique, lequel à son tour va entraîner des conséquences normatives. Un concept ou une catégorie juridique est un ensemble d'éléments du monde réel rassemblés sous un nom unique³. La règle de droit est *abstraite* en ce que son champ d'application ne vise pas directement tel élément du monde réel, mais une catégorie juridique, qui admet comme contenu des éléments du monde réel. L'opération de *qualification* est celle qui vise à rattacher un élément du monde réel (événement, personne, chose, etc.) à la catégorie juridique appropriée, *afin d'en déduire la norme applicable*. Le concept est l'intermédiaire entre le monde et la règle ; il

1. C'est nous qui soulignons.

2. Y. THOMAS, « La langue du droit romain - Problèmes et méthodes », *APD* 1974, p. 113.

3. Nous utilisons les termes "concept" et "catégorie" de manière interchangeable. Sur les possibles distinctions, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, n° 526 et s.

est ce par quoi le droit s'accroche au monde réel. Tel est peut-être la spécificité du droit, par rapport à d'autres systèmes normatifs qui ne recourent pas à un écran conceptuel, ou du moins pas un écran conceptuel technique et spécifique¹.

83. Le statut épistémologique des concepts juridiques fait débat. On peut y voir le reflet d'un découpage objectif de la réalité : c'est la vision du réalisme classique². On peut aussi considérer que ce découpage est purement artificiel et n'est que la conséquence des objectifs poursuivis par les acteurs juridiques. Même si le raisonnement judiciaire va *formellement* du concept à l'effet normatif, de la nature au régime, le concept est historiquement façonné par la recherche de l'effet normatif³. Une conception intermédiaire est également possible : les concepts juridiques naîtraient par mimétisme sur les découpages usuels, mais

1. Avec la monopolisation de la création du droit entre les mains du législateur et du juge, il est devenu nécessaire de distinguer entre les *concepts du droit*, c'est-à-dire ceux formant le champ d'application des différentes normes, et les *concepts de la science du droit*, ou de la théorie du droit, créés par la doctrine afin d'ordonner et de classer les concepts du droit. Il peut arriver qu'un concept de la science du droit devienne un concept du droit : c'est le cas de la notion de patrimoine. Les deux types de concepts obéissent cependant à des problématiques différentes et ne fondent pas leur légitimité de la même manière.

2. Cf. M. VILLEY, « La nature des choses » in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, spéc. p. 49 et s. Le système classique du droit naturel «se garde bien de faire du droit la création d'une raison pure, il sait, comme aujourd'hui le marxisme, qu'avant toutes nos connaissances et comme bases de nos connaissances, il y a *l'être* et les actes des hommes, et leur produit les choses sociales ; et que nous extrayons le droit de l'observation de ces *choses*» (p. 51). V. aussi F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1914, p. 148 : «Or, le concept apparaît principalement comme le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation dominante, l'essence logique des choses». D'autres passages de la même œuvre sont plus nuancés et raisonnent en termes plus fonctionnalistes.

3. On peut prendre le cas de la notion de contrat, qui aujourd'hui nous paraît d'une évidence absolue. Le droit romain n'avait pas de définition générale de contrat : il ne connaissait que des formes particulières et des catégories spéciales. Le droit médiéval adoptera globalement la même attitude en refusant de donner force obligatoire au «pacte nu». Mais la pratique commerciale italienne n'avait que faire des formes romaines : le moindre échange de promesses devait recevoir force juridique. Confronté à cette disparité entre le droit savant et la pratique, qu'il connaissait très bien, Balde propose d'étendre les actions contractuelles au pacte nu fondé sur une cause (D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Economica, 2012, p. 158.). Dès lors, le champ d'application des actions contractuelles se redéfinit sur une catégorie plus générale, celle de contrat, qu'il reviendra à Domat de définir en toute clarté : «Les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entre eux une loi d'exécuter ce qu'ils promettent. [...] Ce mot de convention est un nom général, qui comprend toute sorte de contrats, traités et pactes de toute nature».

certains évolueraient ensuite sous la pression des acteurs juridiques qui tentent d'en modifier la définition pour aboutir aux résultats escomptés.

Quoi qu'il en soit, cette trame conceptuelle du droit sur le monde, mouvante, permet au droit de déployer ses effets véritablement propres : les jeux de qualification, le recours aux fictions juridiques, le changement de signification d'un même mot, etc. Toutefois, dans les droits d'origine romaine, cette trame possède en outre une autre particularité : celle d'être organisée autour d'une «structure fondamentale», selon l'expression de Yan Thomas.

2. Un découpage structuré

84. Si tous les systèmes de droit contemporain reposent sur des concepts techniques, tous n'ordonnent pas leurs concepts en fonction d'une «structure fondamentale». Ce dernier trait est propre au droit romain et aux systèmes qui en sont directement inspirés, comme le droit français. Les Romains n'ont pas simplement voulu créer des concepts juridiques, ils ont voulu que le droit parvienne à une «formalisation complète de la vie»¹. Par conséquent, les concepts juridiques doivent être créés de telle manière que n'importe quel événement puisse être classé dans une catégorie. Cette exigence aboutit à des concepts *hiérarchisés*², c'est-à-dire s'emboîtant du plus général au plus particulier. Chaque catégorie juridique se subdivise en catégories spéciales, mais appartient à une catégorie plus générale. Ainsi, le contrat de vente est classé dans la catégorie des contrats, qui peut être classée dans la catégorie plus large des actes juridiques, qui peuvent être analysés comme des droits personnels, eux-mêmes étant des droits subjectifs. Mais le contrat de vente peut se subdiviser en cession de biens incorporels ou en vente d'immeubles, qui vont entraîner l'application de règles particulières³. Plus on «remonte», plus les catégories deviennent larges et en nombre limité ; plus on «descend», plus les catégories deviennent spécifiques et

1. A. SCHIAVONE, *Ius, l'invention du droit en Occident*, Belin, 2009, p. 49.

2. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., coll. «Méthodes du droit», Dalloz, 2012, n° 190.

3. Le phénomène est particulièrement net dans les contrats spéciaux. Cf. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, 2014, n° 34. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2013, n° 7.

en grand nombre¹. On peut donc parler de «*pyramide conceptuelle*»², caractéristique des droits ayant reçu l'héritage romain.

85. La structure conceptuelle fondamentale n'est rien d'autre que le haut de la pyramide. Il s'agit des catégories les plus générales admises par le droit, c'est-à-dire celles qui ne font pas partie d'une catégorie plus générale, et celles qui intègrent en leur sein toutes les catégories. La structure fondamentale du droit romain nous est donnée par Gaius de manière très claire : «Tout le droit (*omne jus*) dont nous faisons usage se rapporte aux personnes, aux choses ou aux actions»³. Cette phrase peut être interprétée de manière diverse. Comme témoignage d'une philosophie du droit réaliste, se contentant de décrire le monde tel qu'il est, fait de personnes et choses⁴. Mais l'action n'est pas une donnée naturelle : elle est une pure création de l'esprit juridique qui ne peut s'observer dans la nature, ce qui tempère cette interprétation réaliste. On peut l'interpréter aussi comme témoignage d'une séparation métaphysique entre personne et chose qui serait au fondement du droit occidental. Cependant, pour les juristes romains, la distinction entre personne et chose était tout aussi fonctionnelle que les autres. Ainsi, selon les cas, l'esclave était traité juridiquement tantôt comme une personne, tantôt comme une chose, selon la norme en question. L'esclave se cède comme une chose, mais sa tombe est aussi sacrée que celle de l'homme libre⁵.

1. Comme cela a été maintes fois remarqué, la notion de droit commun/droit spécial est donc toujours relative. V. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009, p. 5, avec les références citées dans la note 7. Un corps de règle rattaché à une catégorie est souvent tout à la fois le droit commun des catégories plus précises et le droit spécial de la catégorie située plus haut.

2. Même si le terme «pyramide» est un clin d'oeil, la «pyramide conceptuelle» n'a absolument rien à voir avec la pyramide des normes de Kelsen. La pyramide des normes appartient au domaine de la théorie pure du droit, applicable à tout système juridique et marquant la subordination des normes entre elles quant aux autorités les édictant. La pyramide conceptuelle ne fait que décrire la structure langagière de certains droits ayant rationalisé leurs concepts.

3. GAIUS, *Institutes*, trad. et annot. par J. REINACH, 4^e éd., Les Belles Lettres, 1991, p. 2. traduction modifiée.

4. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, coll. «Quadrige», PUF, 2006, p. 104.

5. A. PATURET, «L'individu entre l'homme et la chose. Note sur l'esclave en droit romain», *Droits* 51 2010, spéc. p. 18 et s. À l'inverse, la tombe de l'étranger n'est pas sacrée (Dig. 47. 12. 4).

L'interprétation retenue ici est plus modeste : les personnes, les choses et les actions sont les éléments les plus généraux du système *conceptuel* du droit romain. Ils forment, en termes logiques, les concepts premiers, c'est-à-dire ceux qui sont *indéfinissables*¹. Cette structure permet une présentation globalement rationnelle de tous les concepts juridiques, certainement à des fins *pédagogiques*, en présentant les grandes structures du droit à l'intention d'un public non juriste (rappelons que les *Institutes* sont un manuel d'introduction au droit, et non un traité philosophique). Ainsi, pour revenir à la phrase de Max Weber, la «construction rationnelle» en droit romain suppose que le concept juridique puisse être ramené soit à une personne, soit à une chose, soit à une action, soit à une combinaison entre ces éléments fondamentaux.

B. La structure fondamentale actuelle

86. Le droit occidental a connu un changement très important dans sa structure fondamentale à partir de l'époque moderne (1). La rationalisation du droit dans les siècles qui ont suivi a consolidé cette structure, qui reste, malgré des remises en cause, le cadre conceptuel fondamental du droit privé français (2).

1. Le tournant subjectiviste

87. Les travaux de Michel Villey ont montré comment la pensée du droit s'est subjectivée à la fin du Moyen Âge. Ce changement dans la pensée juridique participe d'un immense mouvement ayant affecté l'ensemble des sciences humaines.

Avant la Renaissance, le monde était conceptualisé dans les termes de l'ontologie sociale aristotélicienne, reposant avant tout sur la notion de communauté. L'homme avait une vocation naturelle à vivre dans une communauté de valeurs partagées (l'«animal politique» d'Aristote) : sa place ne pouvait se comprendre qu'en référence à cette intégration nécessaire et préalable à une communauté. La vie sociale médiévale était globalement en adéquation avec cette ontologie : toute la vie des personnes dépendait de leur appartenance à telle ou telle communauté,

1. G. KALINOWSKI, « De la spécificité de la logique juridique », *APD* 1966, p. 9.

familiale, professionnelle, communale, etc. En accord avec les doctrines théologiques et métaphysiques du thomisme, ces communautés étaient vues comme hiérarchisées et ayant une finalité bien définie.

Par conséquent, l'*individu* n'apparaissait pas comme une notion pertinente pour décrire la réalité sociale. Et de fait, ni la pensée juridique ni la pensée politique médiévale ne s'articulaient autour de la notion d'individu : elles étaient profondément *holistes*. Les «droits» des hommes dépendaient de leur statut social et économique, c'est-à-dire de leur appartenance ou non aux différentes «communautés de droit»¹, définissant pour chacun de ses membres l'étendue des actions autorisées et interdites.

88. Les œuvres de Machiavel et de Hobbes rompent avec ce consensus². L'individu devient le concept premier dans l'analyse de la société. La vie sociale n'est plus appréhendée dans le cadre d'une communauté préétablie, mais comme un ensemble de relations entre individus³. Pourquoi ce changement ? Parce que ces auteurs, et ceux qui ont suivi, estiment que l'idée de cité antique intégratrice

1. M. WEBER, *Sociologie du droit*, coll. Recherches politiques, PUF, 1989, p. 76.

2. La question de la paternité d'Ockham et des franciscains dans cette "révolution individualiste" est très discutée. Outre Villey, elle a été défendue par Paolo Grossi, notamment en matière de propriété (P. GROSSI, « "Usus facti" (La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova) » in *Il dominio e le cose*, Giuffrè, 1992.). Pour une vue sceptique, v. B. TIERNEY, « Villey, Ockham, and the Origin of Individual Rights » in *The Idea of Natural Rights*, Scholars Press, 1997, p. 13–42. ; J.-L. HALPÉRIN, « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? », *Conférence faite au Japon aux Universités Nanzan et Keio* 2010, URL : hal-00460386, «Nul ne conteste aujourd'hui qu'il faut envisager un long processus de subjectivisation du droit de propriété pour aboutir à la traduction juridique de l'individualisme possessif dans les codes de la fin du XVIIIe siècle et du début du XIXe siècle. En revanche, nous ne nous sentons pas obligé de suivre Michel Villey quand il rend seuls responsables Guillaume d'Occam, les humanistes du XVIe siècle et les théoriciens de l'École du droit naturel moderne d'une émergence d'un droit subjectif de propriété, qu'il considérerait comme une déviation malheureuse par rapport à l'essentialisme du droit naturel classique. Avec des postulats positivistes, nous sommes amenés à penser, d'abord que le droit romain positif contenait les germes d'où est partie cette évolution et qu'elle débute de manière plus précoce dans la doctrine du Moyen Age. La formule de l'action en revendication et de la mancipation "meum esse", la force et la diversité des actions réelles et des interdits possessoires, l'attachement des Romains aux formes de propriété privée nous font, au contraire, apercevoir les liens entre "formalisation" de la propriété et reconnaissance de prérogatives (ou pouvoirs, si l'on songe que les Institutes de Justinien font de la propriété une "potestas in rem") attachées à la personne des propriétaires».

3. L. DUMONT, « Genèse, II : La catégorie politique et l'État à partir du XIII^e siècle » in *Essais sur l'individualisme*, Points Seuil, 1983, p. 95. : «On peut peut-être dire que la première science pratique à s'émanciper du réseau holiste des fins humaines fut la politique de Machiavel»

n'existe plus. Ce qu'ils voient, c'est le jeu des prétentions et des intérêts, les coups d'État, les rivalités politiques, le développement de l'échange marchand¹. Les structures féodales s'effondrent au profit d'États centralisés qui apparaissent au prix de conflits perpétuels ; le capitalisme étend sa toile à travers le monde et commence à intégrer lentement les «structures du quotidien»², du moins dans les régions ouvertes au commerce. Ce n'est plus un monde construit autour de communautés, c'est un monde gouverné par *l'intérêt*, concept promis à un grand avenir dans les sciences humaines, et qui fait son apparition globalement à cette époque³. Ce n'est pas un hasard si Machiavel, l'un des précurseurs, réside à Florence, «là où les changements des structures sociales s'étaient déjà effectués en toute clarté»⁴. Un siècle plus tard, avec Hobbes la «conviction ontologique fondamentale» a pris «la forme mûrie d'une hypothèse scientifique»⁵ : une appréhension *réaliste* de la société doit partir des *prétentions individuelles*, rentrant en conflit, et non d'un statut objectif fixé par les appartenances aux communautés⁶.

1. Cf. l'étude classique de C. B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif*, Folio Essais, 2004, p. 108 et s., qui soutient que Hobbes avait adopté le «modèle de société de marché généralisé». Le modèle proposé par Macpherson a été nuancé par J. G. A. POCKOCK, «Autorité et propriété - La question des origines du libéralisme» in *Vertu, commerce et histoire*, PUF, «Leviathan», 1998, p. 92-96, qui insiste sur le maintien dans la tradition anglo-saxonne de théories politiques antilibérales, «républicaines», même au XVIII^e siècle.

2. F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle*, t. 1 : *Les structures du quotidien*, Le Livre de Poche, 1993.

3. A. O. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts : Justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, coll. «Quadrige». PUF, 1997, p. 43 : «Une fois lancé, le concept d'intérêt fait fureur. On l'érige en modèle universel (ou paradigme au sens de Kuhn), en s'avisant tout à coup — et sans toujours se garder des tautologies — que la plupart des actions humaines s'expliquent par l'intérêt personnel».

4. A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, coll. «Passages», Cerf, 2000, p. 14.

5. *Ibid.*, p. 15.

6. C'est la démarche suivie par Hobbes pour expliquer l'émergence d'une communauté politique. Sans un contrat social, ce serait la guerre de tous contre tous, qui au final nuirait à l'intérêt bien compris de chacun. Il est donc de l'intérêt de chacun d'abandonner son pouvoir entre les mains de l'État. En fait, l'état de nature chez Hobbes représente plus une situation *contrefactuelle* qu'une situation réelle passée. L'état de nature décrit ce qui se passerait en l'absence d'autorité politique, même s'il y a toujours eu historiquement une autorité politique. Pour cette interprétation, v. J. SAADA, *Hobbes et le sujet de droit*, préf. de J.-F. KERVEGAN, éd. CNRS, 2010, p. 168.

89. Et le droit ? Comme les autres sciences humaines, il a été pris dans ce renversement. Désormais, l'essentiel semble résider dans les *prétentions* des individus, autrement dit dans leurs *droits*. La notion de droit subjectif devient en quelques décennies la nouvelle notion fondamentale de la science juridique. Le droit romain est relu entièrement en fonction de ce nouveau concept¹. Le *jus*, entendu désormais comme un droit subjectif, devient la matérialisation dans la sphère juridique des prétentions des individus. Lorsque Jhering définira bien plus tard ce droit subjectif comme un «intérêt juridiquement protégé», il soulignera (sans en avoir conscience) à quel point le mouvement subjectiviste en droit participe d'un mouvement plus général touchant toutes les sciences humaines, où la société est analysée, fondamentalement, par les actions intéressées des individus, comme une lutte de prétentions, et non comme un empilement de communautés. *L'intérêt* est devenu le concept premier dans les sciences sociales : celui qui explique tout, celui qui est indéfinissable. Son équivalent dans la science juridique, le droit subjectif, va recevoir le même rôle.

2. La redéfinition du système

90. Si les penseurs politiques affirmeront avec véhémence leur volonté de rompre avec l'ancien modèle considéré comme naïf², les juristes seront plus soucieux de maintenir une apparence de continuité grâce à la permanence des textes romains et des mots. On peut ainsi presque tracer une continuité formelle entre la tripartition de Gaius et l'organisation de notre propre système. La rupture n'en a pas été moins éclatante : toute la structure conceptuelle fondamentale romaine s'est en réalité reconfigurée en fonction du droit subjectif.

On peut dire que la reconfiguration technique a eu lieu durant le XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, principalement dans les doctrines allemande et française. Si le début du XX^e siècle marque l'apparition de nouvelles méthodes doctrinales, il ne fait aucun doute que le tournant subjectiviste est très profondément inscrit désormais dans l'*habitus* des juristes. Demogue considère ainsi que le

1. Notamment par Doneau. Cf. J.-L. THIREAU, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits* 1997, p. 81–100, spéc. p. 89.

2. Sur ce point, v. A. O. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts : Justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, coll. «Quadrige». PUF, 1997, p. 16-18.

but du droit est d'ordonner les prétentions conflictuelles des individus¹. Esmein énoncera simplement : «Le droit privé français est construit en fonction de la notion de droits attribués aux individus : droit de propriété, droit de créance, droit de succession, droit d'auteur, etc.»².

91. La *relation aux choses* s'opère par le concept moderne de propriété, qui se définit comme une capacité de maîtrise exclusive sur des biens. L'économie de marché se développe ; les juristes insistent sur le *jus disponendi*³. Plusieurs sources théoriques ont contribué à cette redéfinition du droit de propriété, sans que le poids de chacune soit aisé à déterminer⁴. Techniquement, un cadre romain existe parfaitement pour rendre compte de ce rapport de pouvoir sur ses propres choses : le droit réel. Initialement, il visait un pouvoir sur la chose d'autrui, mais pas sur ses propres choses. Désormais le droit réel, c'est le pouvoir juridiquement reconnu sur les choses, les siennes et celles des autres⁵.

92. Pour les *relations entre individus*, les textes romains offrent sur un plateau la notion d'obligation personnelle, qui, débarrassée de sa conception objective, va pouvoir servir de cadre à toutes les relations interindividuelles, qu'elles naissent des contrats ou de la loi (responsabilité). L'obligation devient alors la notion fondamentale du droit privé, celle qui permet de relier deux individus entre eux, l'un étant créancier et l'autre débiteur. L'idée aujourd'hui commune

1. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : A. Rousseau, 1911, p. 325. : «Si nous envisageons le but du droit même de la façon la plus terre à terre, nous dirons tout au moins : la règle de droit a pour dernière fin d'assurer certaines jouissances matérielles ou morales. Le droit a pour but de conférer certains avantages à des hommes, les uns par rapport aux autres».

2. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, par ESMEIN, 7^e éd., t. 2, 1961, p. 6.

3. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 115.

4. Notamment des sources théologiques : M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété », *Droits* n° 1 1985, p. 17-31. ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Retour sur les origines théologiques de la propriété », *Droits* n° 58 2013, p. 51-67, p. 68-69 : «Déraciné, transposé, partiellement refondé, le droit de l'homme sur les choses va garder, chez les modernes, l'essentiel des caractères qui avaient permis aux théologiens de le penser comme l'un des instruments du dessein de Dieu à l'égard des hommes et à l'égard de la création, mais il va également perdre tout ce qui lui donnait sens et limites».

5. Certaines expressions de Bartole laissent penser que l'application du droit réel à ses propres choses avait déjà commencé. En ce sens, v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 155.

et presque évidente que créance et dette sont les deux faces d'une même pièce est en réalité une rationalisation tardive : on ne la trouve exprimée clairement que chez Baudry-Lacantinerie¹. L'obligation, expression des intérêts des individus les uns envers les autres, devient ainsi l'armature du droit privé.

93. La notion de personne va aussi évoluer en conséquence. La personne, en droit romain, c'est la personne physique. Désormais la personne est celle qui porte ou supporte le droit subjectif, nouvelle pièce essentielle de la conceptualisation juridique. Les personnes physiques sont donc désormais intégrées à une catégorie plus fondamentale, celle des *sujets de droit*, qui sont à la fois les supports passifs des droits et obligations, mais aussi ceux qui font valoir activement leurs droits dans l'espace juridique². Cette modification a permis l'extension de la notion de personne juridique, qui s'élargit en intégrant les corporations, les États, etc. Certes l'idée de personne fictive avait été dégagée dès le Moyen Âge : mais cela était vu comme une dérogation au principe, un simple accommodement guidé essentiellement par des raisons pratiques ponctuelles³. Ainsi, derrière l'apparente continuité du mot entre droit romain et droit actuel, la notion de personne n'a plus rien à voir : *elle n'est définie que par rapport à la notion de droit subjectif*⁴.

94. Le second élément de la triade romaine, les choses, se transforme en *biens*, à savoir en ce qui peut être approprié, ce qui est utile, autrement dit ce qui peut faire l'*objet* d'un droit subjectif⁵. Alors qu'une partie importante du

1. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. de F. LEDUC, Dalloz, 2012, p. 166.

2. J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 232. : « Sous un autre angle de vision, procédural, mais traduisant encore mieux la force dynamique du droit, on dira que le sujet de droit est avant tout un sujet, un titulaire d'actions en justice. C'est peut-être la lance au poing *in sago*, non pas *in toga*, que caracolent les sujets de droit les plus authentiques ».

3. Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale » in *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 951–976.

4. « Les personnes sont les êtres susceptibles de devenir les sujets, actifs ou passifs, de droits, et qui ont donc l'aptitude à jouer un rôle dans la vie juridique » (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 1938, p. 131.). Formulation similaire chez M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1 : *Les Personnes*, LGDJ, 1926, p. 6.

5. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 2, 1897, p. 2 : « On peut considérer les objets des droits civils, soit en eux-mêmes et d'après leur nature ou leur forme constitutive,

droit romain des choses était consacré aux choses divines et sacrées, non appropriables, désormais les seules choses qui existent juridiquement sont celles qui constituent une richesse. Ici encore, l'influence du développement de l'économie marchande est difficilement niable.

Un autre coup va être porté par la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. La notion de patrimoine permet de rattacher à chaque sujet de droit l'ensemble des biens qui lui appartient. Prises individuellement, les «choses» tendent à être traitées comme l'objet des droits subjectifs ; prises collectivement, elles tendent à être ramenées au sujet de droit via la théorie du patrimoine. S'il n'y a pas eu de réduction complète des biens aux deux autres composantes de la nouvelle structure, il y a sans nul doute une inégalité de traitement.

95. Enfin, le droit subjectif va absorber la catégorie romaine de l'action. Quelle que soit la théorie de l'action adoptée, cette dernière est toujours analysée comme une forme de droit subjectif¹. Déclassement complet pour l'action, qui perd plusieurs échelons dans la pyramide conceptuelle, alors qu'elle reste une notion importante dans les droits de *common law*².

96. Ce tournant subjectiviste a-t-il aussi touché la sphère extra-patrimoniale, notamment la famille ? Sans aucun doute. La famille, en droit français, n'est jamais prise comme un concept premier. Le droit s'attache aux

soit sous le rapport de l'utilité qu'ils offrent à la personne qui a des droits à exercer sur eux. Envisagés sous ce dernier point de vue, et par conséquent, abstraction faite de leur individualité, ces objets s'appellent des *biens*». ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, p. 1637 : «Les biens n'ont de sens que par rapport à l'homme. Le droit n'étudie pas des natures mortes, ni des paysages vides de marmousets. C'est de l'appropriation dont ils sont susceptibles, que les biens tirent leur essence, des droits individuels dont ils peuvent être l'objet. Une théorie générale des biens doit être avant tout une théorie des *rapports de droit* qui les concernent».

1. L'art. 30 du Code de procédure civile qualifie ainsi l'action de «droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée».

2. G. SAMUEL, «Dépasser le fonctionnalisme» in *Comparer les droits, résolument*. PUF, 2009, p. 428-429. : «D'un point de vue épistémologique les structures utilisées par les "common-law lawyers" sont tout aussi conceptuelles que celles employées par les juristes de formation romaniste, la différence se situant sur le plan des schèmes d'intelligibilité. Alors que les juristes français, par exemple, entament leur analyse à partir des relations structurelles et abstraites entre les personnes (*vincula juris*) et entre les personnes et les choses (*dominium, possessio*) - c'est la méthode structurale -, les "common-law lawyers" voient le monde d'après la méthode actancielle, soit en termes d'individus et de choses spécifiques».

membres de la famille et aux liens entre ces membres (lien de filiation, lien conjugal). De ces liens naissent des droits et des devoirs. Le droit de la famille n'échappe donc pas à la structure conceptuelle : fondamentalement il se construit rationnellement en partant des individus et des liens entre eux. À titre de comparaison, ce n'est pas le cas dans le droit chinois d'inspiration confucéenne, où le statut juridique de chacun dépend de son statut dans la famille, qui est l'étape première dans l'ordre du raisonnement ¹.

97. Ainsi, à la tripartition romaine «personne/chose/action» s'est substituée une structure conceptuelle fondamentale articulée autour de la notion de droit subjectif². La personne est devenu un *sujet de droit*. Le monde est donc découpé en individus, échangeant entre eux les biens qui leur appartiennent. La structure conceptuelle est donc celle de relations bilatérales (les droits subjectifs) entre des particuliers (les individus)³. Les biens forment la matière des relations, mais

1. H. PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, 2005, p. 35. : «L'idée de l'autonomie de l'individu ne fait pas partie de la tradition chinoise et lui serait même antithétique. Un individu se définissait toujours en Chine impériale et pré-impériale en relation par rapport à sa position au sein de la famille, son statut de fils, d'époux, de frère aîné ou puîné». Il faut cependant prendre garde à ne pas ériger le «droit chinois» comme une «altérité» qui permettrait de faire ressortir les «impensés» des droits d'origine romaine... La tradition intellectuelle et juridique chinoise est aussi complexe que l'occidentale, avec des courants internes ayant des vues très différentes sur le but du droit et la place de l'individu. Insistons donc : est mis ici en perspective seulement la vision *confucianiste* de l'homme et du «droit», encore très forte dans la société chinoise contemporaine, avec la vision occidentale moderne de l'individu détenteur de droits subjectifs.

2. Désormais, pour exister juridiquement — souvenons-nous de l'avertissement de Weber — il faut être un sujet de droit, c'est-à-dire se voir reconnaître des droits subjectifs. Il n'est donc pas étonnant que diverses revendications politiques visant à l'amélioration du sort des animaux ou des minorités se soient transformées en demande d'attribution de droits subjectifs au profit de ces entités. En effet, comme les travaux de A. Honneth l'ont montré, la reconnaissance par le droit est une des composantes essentielles de la reconnaissance sociale (A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, coll. «Passages», Cerf, 2000, p. 132.). Or cette reconnaissance par le droit passe, aujourd'hui, par l'attribution de droits subjectifs. Ce type de demande est donc parfaitement *rationnel* — ce qui ne préjuge en rien de la réponse qui peut être faite. Pour une discussion des modes de reconnaissance par le droit, v. R. LIBCHABER, «La souffrance et les droits - À propos d'un statut de l'animal», *D.* 2014, p. 380.

3. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : A. Rousseau, 1911, p. 322 : «La théorie du sujet de droit est, nous l'avons vu, d'une importance incontestable, puisqu'il s'agit d'une des bases de la technique juridique, la science ayant construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits, et tous ces droits rattachés à des personnes comme sujets».

ne participent plus tellement à la structure du système¹.

On peut qualifier cette structure conceptuelle d'**individualiste**, mais avec de sérieuses réserves d'interprétation. Elle est individualiste en ce qu'elle se construit *logiquement* autour des *relations entre des individus*, et non en ce qu'elle serait porteuse d'une idéologie égoïste ou narcissique². Penser un découpage du monde en individus suppose de penser *en même temps* le lien entre ces individus. Le lien est à la fois ce qui confronte les individus, les empêchant d'être des monades isolées, et ce qui marque avec force le fait qu'ils restent différents³. Telle est «l'énigme du lien de droit», qui rapproche autant qu'il maintient à distance⁴.

Dire que le droit privé concerne les «rapports» entre individus n'est pas une banalité⁵ : les concepts juridiques dépendent désormais d'une structure fondamentale construite autour de l'idée de **relation bilatérale**, du «lien», qui est le concept premier de toute la trame conceptuelle. Une nouvelle norme de rationalité conceptuelle en découle⁶ : désormais, ce qui peut être «construit rationnellement», ce sont les concepts *réductibles* à des relations bilatérales. Tel est le sésame pour «exister juridiquement». Est-ce le cas de la propriété commune ? Malheureusement non.

1. Les travaux de Paolo Grossi ont insisté sur ce passage d'une conception "réicentrée" du monde, caractéristique de la période médiévale, à une conception "anthropocentrée" à l'ère moderne. V. notamment P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 1996, pp. 72-85.

2. Une structure conceptuelle individualiste peut servir de support à toutes les idéologies possibles. Un droit libertarien aura recours à une telle structure ; mais le droit soviétique, reposant principalement sur l'appropriation par des personnes morales, y avait recours également.

3. Contre l'individualisme, il est tentant d'en appeler à tisser «le lien social», le «lien communautaire», «le lien familial», etc. Mais parler de «liens», c'est continuer de faire le jeu de l'individualisme en restant dans son schème conceptuel. Quiconque veut rompre réellement avec l'individualisme doit refuser de parler d'individus et de liens, mais poser la communauté (familiale, patriotique, professionnelle) comme entité première et irréductible. Peu sont prêts à assumer un tel choix en Occident ; au final, nous sommes tous individualistes, même ceux qui pensent ne pas l'être.

4. E. JEULAND, «L'énigme du lien de droit», *RTD Civ.* 2003, p. 456.

5. Il s'agit de la définition commune du droit privé dans les manuels d'introduction au droit. Par exemple, H. MAZEAUD et al., *Leçons de droit civil*, t. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, par F. CHABAS, 12^e éd., Montchrestien, 2000, p. 62. : le droit privé concerne «les règles qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux».

6. Les concepts juridiques ne sont pas rationnels *en soi* ; ils le sont au regard d'une structure fondamentale qui définit une norme de rationalité.

§ 2. L'incompatibilité de la propriété commune avec la structure conceptuelle

98. Weber considérait que ce qui ne peut être "construit rationnellement" est "juridiquement inexistant". Le paragraphe précédent a permis de préciser la notion de «construction rationnelle» : il s'agit de la compatibilité avec une structure fondamentale, dont sont censés découler tous les concepts du droit. Il faut désormais examiner pourquoi certaines institutions - et la propriété commune en première ligne - sont incompatibles (A), et les effets de cette incompatibilité (B).

A. Les raisons de l'incompatibilité

Cette incompatibilité est due à la contrainte conceptuelle produite par la structure fondamentale (1), particulièrement forte pour la propriété commune (2).

1. La contrainte conceptuelle produite par la structure fondamentale

99. La structure fondamentale est une pièce-clé dans la rationalisation conceptuelle du droit et présente donc des avantages évidents. Un avantage *pratique*, tout d'abord, en ce que toute nouvelle institution peut s'insérer à un étage du système, en fonction des rapprochements qui peuvent être faits avec des institutions déjà existantes. L'insertion permet alors d'appliquer le droit commun rattaché aux concepts généraux auxquels la nouvelle institution est rattachée. Un avantage *scientifique*, ensuite, car elle permet également de comparer les normes applicables à telle situation avec celles applicables à telle autre situation similaire, afin de juger de la rationalité de la différence. Enfin, la pyramide conceptuelle présente un caractère *pédagogique* : la compréhension des normes est accélérée (en théorie) grâce à la maîtrise des concepts fondamentaux. En ce sens, on peut dire *métaphoriquement* que la structure fondamentale et les grands concepts généraux forment un «*alphabet du droit*», pour reprendre une expression de Jhering¹.

1. R. v. JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, A. Marescq, 1877, p. 27. Jhering utilisait l'expression au sens propre. Selon lui, «l'essence

100. Malgré ces avantages, la rationalisation dans un système conceptuel produit deux effets pervers, l'un radical, concernant le droit, l'autre plus diffus, concernant la science du droit.

De manière radicale, la présence de concepts rationalisés est un facteur de *conservatisme conceptuel*. Les nouveautés, si elles ne sont pas immédiatement intégrables dans le système, sont rejetées ou posent des difficultés. Le rationnel chasse ce qu'il perçoit comme irrationnel. Le problème est qu'une rationalité conceptuelle est toujours relative : c'est la structure fondamentale qui définit la norme de rationalité. Ce qui est rationnel dans un système peut ne pas l'être dans l'autre. À titre d'exemple, l'idée que créance et dette sont les deux faces d'une même pièce paraît une évidence absolue dans un système conceptuel construit autour de la relation bilatérale ; dans le système romain, cela aurait passé pour une bizarrerie.

Weber avait perçu le risque : «Sous certaines conditions, le rationalisme juridique signifie en fait - encore que ce point de vue soit aujourd'hui délibérément grossi - un "appauvrissement" de la faculté créatrice»¹. Il prend comme exemple certaines innovations de la pratique médiévale, comme le titre au porteur, qui est, selon son jugement, une notion «peu logique» et marquant une forme «d'animisme juridique».

Le conservatisme des systèmes rationalisés touche aussi les concepts déjà admis. Ces derniers semblent incarner la sagesse des siècles. La «jurisprudence des concepts» allemande a porté au plus haut cette révérence ; le second Jhering, puis Geny ont mis en garde contre les dangers d'un dogmatisme mal contrôlé².

101. De manière plus subtile, la structure fondamentale tend à imprimer sa marque sur l'*interprétation* de tous les concepts du système juridique. Autrement dit, chaque concept tend à être vu comme une application de l'idée fonamen-

du droit consiste à analyser, à dissoudre et à séparer. La technique juridique, qui a la mission de résoudre ce problème, pourrait donc s'appeler la *chimie du droit*, ou la science qui s'occupe de la recherche des éléments simples du droit».

1. M. WEBER, *Sociologie du droit*, coll. Recherches politiques, PUF, 1989, p. 68.

2. V. aussi J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de système" », *D.* 1951, p. 99-102, p. 100 : «La tentation du juriste est de considérer les notions auxquelles il aboutit, non comme l'expression momentanée de solutions appelées à se modifier, mais comme des réalités objectives douées d'une vie propre ; mais s'il lui appartient de se tenir en garde contre ces risques, il n'est pas en son pouvoir de les refuser : car ils sont inhérents à la nature de la règle de droit».

tale d'un lien entre deux individus. Ici, la contrainte conceptuelle n'aboutit qu'à un *biais cognitif*. C'est ainsi que la théorie générale du contrat a été construite sur le modèle implicite du contrat-échange et que le contrat a tendance à être réduit à une somme d'obligations¹. De même, les opérations juridiques à trois personnes sont souvent décomposées en relations bilatérales entre les protagonistes, sans que pour autant les difficultés théoriques soient toujours réglées par cette décomposition².

Ce qui est clair en droit, c'est ce qui est décomposable en un lien entre deux personnes. *Expliquer* le droit actuel, cela revient souvent à faire apparaître des liens bilatéraux, parce que ce schéma conceptuel est le schéma fondamental, celui qui constitue pour nous un *terrain connu*.

Ces réflexes ne sont pas illégitimes en soi. Mais il faut être conscient que nous sommes prisonniers d'un certain système conceptuel dans notre manière de penser le droit, à tous les niveaux³.

Il est temps de recevoir les dividendes de ce long détour théorique. L'investissement aura été rentable, voire nécessaire. Car la propriété commune subit de manière frontale une contrainte conceptuelle. C'est ce qui explique les difficultés passées et prévient des difficultés futures.

2. La contrainte conceptuelle subie par la propriété commune

102. Il est maintenant possible de répondre à la question posée à la fin du premier paragraphe de ce chapitre. Si la propriété commune n'a pas été théorisée, c'est parce qu'elle a toujours subi une contrainte conceptuelle. Autrement dit,

1. Sur la première tendance, v. J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2011, p. 28-36. ; sur la seconde, v. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ.* 1999, p. 773.

2. Cf. C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes*, Université de Bordeaux, 1968, p. 583, qui note que dans les opérations à trois personnes, « certaines questions que l'on ne retrouve pas toujours, en ce qui concerne les actes juridiques bilatéraux, contribuent à lui conférer un particularisme très poussé à l'intérieur des actes juridiques », du fait de « l'enchevêtrement des relations juridiques entre les trois intéressés ».

3. Michel Villey avait parfaitement vu le problème, qui selon lui devait aboutir à un rejet global et définitif de la structure, ce qui n'est pas la solution préconisée ici : « Vous êtes captifs, pris dans les réseaux d'un langage, par lequel vous est imposée la vision du monde de votre entourage, une certaine philosophie. Dont les effets sont désastreux. Mais par un effort de critique, vous parviendrez à vous affranchir de cette servitude » (M. VILLEY, *Philosophie du droit*, réimpr., Dalloz, 2001, p. 23.)

elle a toujours été incompatible avec la structure fondamentale, que ce soit celle du droit romain ou celle du droit moderne.

Le droit romain se construit autour de la figure du *paterfamilias* et de son pouvoir (*potestas*), que la notion de *dominium* recouvre¹. Pouvoirs sur les personnes (sa famille, ses esclaves), sur les choses (son patrimoine) et à l'encontre de ses pairs (les actions). Le pouvoir du *paterfamilias* est ce qui rend compréhensible la manière dont le droit romain est construit. Ainsi, l'obligation n'est pas vue comme une *relation bilatérale* entre un créancier et un débiteur, mais comme un *pouvoir* du créancier à l'encontre de son débiteur, pouvoir physique originellement puis pouvoir simplement juridique². Le pouvoir est partout en droit romain : les textes parlent ainsi de «dominus litis» ou «dominus contractus»³. Un procès et un contrat font l'objet d'un pouvoir.

Si la propriété commune pose problème, c'est parce qu'elle ne peut être rattachée à la sphère de pouvoir d'un *paterfamilias*. Elle se trouve au milieu de plusieurs pouvoirs⁴. Les propriétés communes ont donc été acceptées par le droit romain, mais leur régime d'appropriation ne pouvait être conceptualisé pleinement sans contredire frontalement tout le système.

103. De même que le *pouvoir patriarcal* était la clé expliquant l'armature conceptuelle du droit romain, *l'intérêt individuel* est celle de la structure conceptuelle des droits modernes. La relation bilatérale - le droit subjectif - devient le concept juridique de référence. Malheureusement, la propriété commune ne s'en sort pas mieux. Comment traduire l'appartenance commune, le fait qu'une chose

1. Dans le droit romain post-classique, la notion de *dominium* devient très générale et perd toute signification précise. Cf. E. LEVY, *West Roman Vulgar Law - The Law of Property*, American Philosophical Society, 1951, p. 61 : «The concept of *dominium*, once radiant with lucidity, appeared largely drained of substance and void of any precise meaning. Not only did it take in former *jura in re aliena* such as *emphyteusis* and *superficies*, *ususfructus*, and perhaps *servitus* ; it was interchangeably used with *possessio*. All these exact and refined notions degenerated».

2. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. de F. LEDUC, Dalloz, 2012, p. 126. Même dans le droit romain tardif, l'obligation reste «un lien idéalisé d'astiction envisagé objectivement».

3. F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, th. Lyon III, 1981, p. 262.

4. L'allergie du droit romain au concours des pouvoirs s'illustre dans leur traitement des limites de propriété. Pour éviter toute contestation, l'ancien droit romain obligeait à laisser un espace, non approprié, entre deux fonds (le *confinium*, l'*ambitus*). Chacun avait ainsi sa sphère de «souveraineté» parfaitement délimitée (A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 123.).

appartienne simultanément à plusieurs personnes, au moyen d'une relation bilatérale ? C'est impossible : si on pense la relation bilatérale sur le bien (droit réel), alors ils entrent en concurrence ; si on la pense entre les personnes, alors on oublie le bien commun, et les relations s'entrecroisent. L'équation est impossible : il y a un unique bien, une pluralité de personnes. Il est impossible de tout décomposer en relations bilatérales.

104. Au final, il est facile de comprendre pourquoi seuls les droits coutumiers ont pu appréhender la propriété commune dans toute sa globalité. Il ne s'agissait pas de droits conceptuellement rationalisés, dépendants d'une structure fondamentale. Ce sont les seuls droits dans lesquels la propriété commune n'apparaît pas comme contradictoire, étrange, difficilement compréhensible. Mais on ne saurait trouver plus dans ces droits que la possibilité d'appréhender toutes les formes de propriété commune dans un cadre unique. Cela peut paraître peu ; c'est déjà beaucoup.

Maintenant que les causes de l'incompatibilité sont explicitées, il faut s'interroger sur les conséquences : comment normer et théoriser la propriété commune malgré la contrainte conceptuelle ?

B. Les effets de l'incompatibilité

L'incompatibilité produit des effets sur le droit (1) et sur la science du droit (2). Si une partie des problématiques se recoupent, il existe cependant quelques spécificités.

1. Les effets sur le droit

105. On peut, en schématisant, distinguer trois grandes stratégies de contournement de la contrainte, de la plus fruste à la plus raffinée : le bricolage, l'isolement et la fiction.

a. Le bricolage

106. Le bricolage consiste à réglementer des institutions incompatibles avec la structure conceptuelle au moyen des concepts issus de cette structure. C'est une forme de rationalisation forcée opérée par celui qui édicte la norme. Le plus souvent, le bricolage ignore qu'il est bricolage. C'est bien là le drame : le projet est voué à l'échec, mais on tente de réduire l'institution aux mécanismes usuels du droit civil.

En ce qui concerne la propriété commune, le bricolage prend toujours la même forme. Le législateur ou le juge appréhende la situation de propriété commune à travers le prisme de la propriété individuelle. Ce fut par exemple une tendance lourde en matière de copropriété des immeubles bâtis. La loi du 10 juillet 1965 essaya de calquer autant que possible la situation du copropriétaire sur celle d'un propriétaire individuel¹. L'article 10 de la loi énonce de manière solennelle que «les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque propriétaire». Or, ces parties privatives, quelles sont-elles ? «un “cube d'air”, un espace, dont l'assiette matérielle se réduit à quelques cloisons, équipements et revêtements intérieurs»². L'essentiel de l'immeuble est constitué de parties communes, soumises donc à une organisation collective ; toutes les parties de l'immeuble sont d'ailleurs soumises au respect de la destination de l'immeuble. Plutôt que d'assumer la propriété collective, la loi du 10 juillet 1965 superpose de manière quelque peu contradictoire une discipline collective forte (via les prérogatives du syndicat) et la volonté de ramener les droits de chaque copropriétaire à celui d'un propriétaire individuel.

b. L'isolement

107. L'isolement consiste à ne pas traiter l'institution juridique au moyen des concepts usuels. On coupe l'institution et les règles la gouvernant du reste du système. On renonce à rationaliser. L'adoption de cette stratégie suppose que le créateur du droit (ou l'interprète) ait perçu la contrainte conceptuelle. L'isole-

1. Le phénomène n'est pas que français. Pour une étude comparative sur ce problème, v. *European Condominium Law*, sous la dir. de C. VAN DER MERWE, CUP, 2015, spéc. le chapitre intitulé «My apartment is my castle : leave me alone !», p. 230 et s.

2. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 627.

ment peut concerner une institution isolée, mais aussi un secteur entier du droit. Le droit des procédures collectives ou le droit cambiaire en sont des exemples ; le droit de la concurrence ou de la consommation aussi, encore que le point soit plus discuté¹. Des concepts et des principes propres apparaissent, le cas échéant. On peut même imaginer que lorsque le secteur isolé a suffisamment d'importance, une nouvelle forme de rationalisation s'opère autour d'une autre structure fondamentale, distincte de celle du droit privé.

L'avantage de l'isolement est qu'il évite les inconvénients du bricolage. On se donne les moyens de normer de manière sûre des institutions, sans chercher à tout ramener à des relations bilatérales. Pour la propriété commune, ce fut la voie choisie par le droit romain pour traiter les biens des *universitates*, en rattachant ces derniers au droit public. C'est aujourd'hui le cas de la *communauté conjugale*, reconnue majoritairement comme un mécanisme autonome, inconciliable avec le droit civil du fait de son origine coutumière. Citons également les *tombeaux de famille*, faisant eux aussi l'objet d'un régime propre.

L'inconvénient de l'isolement est évident. L'institution est coupée du reste du système, ce qui oblige donc à une réglementation très précise et exhaustive. En effet, tout appel à un droit supplétif va faire resurgir les difficultés, car les concepts utilisés ne seront pas du tout adaptés. Prenons l'exemple de la controverse classique sur la nature de l'avantage matrimonial : est-ce un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit ? Si l'hésitation est permise, c'est parce que les notions de «titre onéreux» ou «titre gratuit» ont été créées pour rendre compte de relations contractuelles *bilatérales*, et non des relations entre propriétaires en commun. Pour ces dernières, cette distinction n'est tout simplement pas adaptée². Dès lors que le droit spécifique ne s'applique pas, la contrainte conceptuelle re-surgit immédiatement.

Par conséquent, l'isolement ne peut être adopté que pour quelques institutions mineures ou très précisément réglementées, mais pas pour des institutions majeures où les recours au droit commun seront inévitables. Pour ces dernières, reste la dernière stratégie : la fiction juridique.

1. P. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD Com.* 2012, p. 705.

2. V. *infra*, n° 774 et s.

c. La fiction

108. Comme le droit repose sur un écran conceptuel entre la norme et le monde, il suffit de jouer avec cet écran pour contourner les contraintes conceptuelles. La fiction, comme la fraude, est un détournement volontaire des qualifications usuelles en vue de provoquer l'application de la règle voulue, ou plus fréquemment éviter l'application d'une règle¹. Fraude licite, organisée par les créateurs du droit (législateur, juge), la fiction peut permettre aussi de contourner une contrainte conceptuelle.

Une des plus importantes fictions juridiques relève d'ailleurs du domaine de la propriété commune : la *personnalité morale*. Grâce à elle, toutes les incompatibilités sont levées. La propriété commune est remplacée par une propriété individuelle, celle de la personne morale, qui devient un sujet de droit autonome. Les relations entre la collectivité et chaque propriétaire en commun prend la forme d'une relation entre deux sujets de droit. Enfin, les tiers ont affaire à un sujet de droit, exactement comme dans leurs transactions avec les personnes physiques. En transformant la propriété commune en «individu», toute la logique bilatérale est rétablie dans un domaine qui la contredisait frontalement.

109. Mais la fiction, elle aussi, a ses limites. Elle ne peut *totale*ment supprimer l'incompatibilité entre les concepts relationnels et la propriété commune. La thèse de Bruno Oppetit a ainsi montré qu'on ne pouvait pas rendre compte du droit des sociétés en analysant la société personne morale comme une personne radicalement distincte de celle des associés². Un exemple parmi d'autres : on peut dire que l'apport en compte courant s'analyse comme un prêt de l'associé à la société, mais il n'empêche qu'il n'obéit pas exactement au régime du prêt³. L'article 1900 du Code civil ne lui est pas applicable⁴ ; le compte courant d'asso-

1. Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, «Fiction» : «Artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), “mensonge de la loi” (et bienfait de celle-ci) consistant à “faire comme si”, à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit».

2. B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse Paris, 1963.

3. Historiquement, la technique de l'apport en compte courant est bien antérieure à la personnification des sociétés. Ce n'est qu'*a posteriori* que l'institution a été analysée comme un prêt entre deux personnes, l'associé et la société.

4. Cass. Com., 10 mai 2011, n° 10-18749, Bull. n° 73 ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 754, note J. LASSERRE CAPDEVILLE, Gaz. Pal. 2011, n° 160, p. 14, obs. B. DONDERO. : «les disposi-

cié ne compte pas comme un «passif exigible» pour qualifier l'état de cessation de paiements lorsqu'il n'est pas exigé¹. Le contrat de prêt, institution bilatérale, sert de moule à une institution qui, économiquement, constitue une deuxième manière d'apporter des fonds à la société.

110. En d'autres termes, une fiction juridique présente toujours un *coût*, qui peut dans certains cas excéder les avantages qu'elle procure. Faire *comme si* la propriété commune était une propriété individuelle permet certes d'intégrer la propriété commune dans le système juridique sans gros heurts, mais butera toujours *in fine* sur le fait qu'une propriété commune *n'est pas* une propriété individuelle et ne peut y être réduite. La personnification ne peut dispenser d'une analyse en termes de propriété commune ; elle n'est pas le sésame permettant de rationaliser complètement ce qui ne peut pas l'être.

2. Les effets sur la science du droit

111. Face à une contrainte conceptuelle empêchant la rationalisation, le *discours du droit* dispose de trois stratégies à sa disposition : le bricolage (rationalisation forcée), l'isolement (renonciation à la rationalisation) ou la fiction (fausse rationalisation). Aucune de ces stratégies n'est parfaite, et chacune est plus ou moins adaptée selon le cas en cause.

Qu'en est-il du *discours sur le droit*, soumis lui aussi à la contrainte conceptuelle ?

tions de l'article 1900 du Code civil, qui offrent au juge la possibilité de fixer un terme pour la restitution d'un prêt, ne sont pas applicables au compte courant d'associé, dont la caractéristique essentielle, en l'absence de convention particulière ou statutaire le régissant, est d'être remboursable à tout moment».

1. Cass. Com., 10 jan. 2012, n° 11-10018, non publié, Bull. Joly Sociétés 2012, p. 295, note F.-X. LUCAS, Dr. Sociétés 2012, n° 116, obs. R. MORTIER. La solution est dérogatoire au droit commun puisqu'un passif exigible n'a pas besoin d'être exigé. Comme le note le Professeur Lucas, «l'associé qui finance la société au moyen d'avances en compte courant n'est pas un créancier comme les autres et on peut estimer qu'il ne provoquera pas la cessation des paiements de la société en exigeant un remboursement brutal des sommes qui lui sont dues» (note préc.).

a. Trois attitudes générales

112. Les deux premières stratégies sont communes aux deux types de discours.

Le *bricolage* dans la science du droit consiste à analyser les institutions assurant une appropriation en commun au moyen de la propriété individuelle ou de droits subjectifs classiques. C'est la stratégie suivie globalement pour *l'indivision*, par le passé et encore aujourd'hui. Outre-Rhin, et contrairement à ce que croyait Josserand, la *Gesamnte Hand* a donné lieu à autant de difficultés¹. Ce fut une succession de théories, chacune pointant les défauts de la précédente, avant de se faire accuser par la suivante². Les juristes tentent de résoudre la quadrature du cercle ; on peut faire croire que l'on a complètement réussi seulement en maintenant une certaine obscurité.

L'isolement, c'est le recours à la catégorie *sui generis*, avec ce qu'elle peut avoir de décevant. Elle est cependant supérieure au bricolage qui s'ignore, en ce que la présence d'une contrainte est au moins perçue.

113. Toutefois, contrairement au discours du droit, le discours sur le droit a une troisième possibilité en cas de contrainte conceptuelle : la *remise en cause* de l'élément du système général qui provoque la contrainte. Si une institution est incompatible avec le cadre du droit privé, c'est le cadre du droit privé qu'il faut repenser, et non l'institution. La contrainte conceptuelle oriente alors vers une critique de la manière dont s'est rationalisé le droit privé et débouche sur l'appel à un «changement de paradigme», à une *réforme*.

1. L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective » in *Livre du Centenaire*, 1904, p. 357–379, p. 375 : «On s'explique cependant que les jurisconsultes romains s'en soient tenus à cette conception critiquable et confuse de la copropriété ; car ils ont mal connu la propriété collective ; ils ont été amenés, par la pauvreté même de leurs rouages juridiques, à façonner la copropriété sur l'image de la propriété individuelle. [...] Aujourd'hui, et depuis longtemps déjà, nous nous faisons une conception nette de la propriété collective. Or, il est à peine besoin de réfléchir pour comprendre qu'une propriété à plusieurs titulaires ne doit pas être individuelle, mais bien collective ; elle doit être soumise à l'action commune des intéressés dont la pluralité ne saurait entraîner la fragmentation des droits ; elle doit être sociale. Et tel est précisément le caractère de la *Gesamnte Hand*, aussi simple, aussi franche, que l'indivision romaine est complexe et confuse».

2. Pour un rapide aperçu de cette succession, v. P. PIOTET, *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne : Staempfli & Cie, 1991, §28 et s.

Au final, le discours doctrinal a trois grandes stratégies à sa disposition en cas de contrainte conceptuelle : la rationalisation forcée, l'isolement par le recours au *sui generis* et la réforme du cadre général¹.

L'exemple de l'introduction de la fiducie en droit français permet d'illustrer cette triple attitude doctrinale. *Isolement* : la fiducie est une institution *sui generis*, venue de la *common law*, incompatible avec les cadres civilistes français. *Réforme* : la fiducie est une bonne occasion de rompre avec la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, qui désormais dérange plus qu'elle n'arrange. *Rationalisation forcée* : La fiducie peut se décomposer en séries de relations bilatérales (relations constituant-fiduciaire, fiduciaire-bénéficiaire, constituant-bénéficiaire) et il existe un propriétaire des biens de la fiducie (le fiduciaire ? le constituant ? le bénéficiaire ?).

b. Le choix opéré pour la propriété commune

114. Isolement ? Le choix serait le suivant : puisque la propriété commune est inconciliable avec la structure fondamentale, il convient de la théoriser sans plus recourir à ces concepts. C'est la stratégie la plus sage, mais elle présente deux difficultés importantes. D'abord, elle oblige à tout reconstruire, à partir de concepts nouveaux qui seront sans lien avec ceux existants. Cela risque d'aboutir à une construction conceptuelle parfaitement rationnelle, mais sans aucun lien avec le droit positif. Or les propriétés communes sont loin d'être une réalité marginale du droit. Elles s'intègrent totalement dans ses opérations les plus usuelles. Recourir à des concepts nouveaux, non porteurs d'un régime particulier, revient à reformuler le contenu des normes de manière plus rationnelle, mais sans utilité pour les acteurs du droit.

115. Réforme ? Pourquoi ne pas en profiter pour remettre en cause la structure fondamentale individualiste du droit privé ? La propriété commune, réalité importante du droit, montre bien ses limites. Il faut donc attaquer les fonde-

1. Comp. pour une autre institution subissant une contrainte conceptuelle : T. REVET, *La force de travail*, préf. de F. ZENATI, Litec, 1992, p. 27. : «L'alternative offerte à l'observateur est, alors, cornélienne : ou bien la force de travail est insérée dans les catégories juridiques existantes, mais une partie de sa réalité est méconnue ; ou bien est suggérée la création d'une catégorie "ad hoc", et la révolution juridique s'ensuit»

ments et repenser la manière dont le droit appréhende ces objets. D'autres l'ont suggéré : il faudrait «repartir dans la voie qu'ils [les modernes] ont abandonnée : celle du réalisme classique»¹, ou bien rompre avec la vision du propriétaire maître exclusif de ses biens². Ces travaux ont le mérite immense de souligner les limites du système actuel et d'ouvrir le champ des possibles. Mais cette option ne peut être suivie ici, pour deux raisons. De manière générale, même si la structure conceptuelle a d'indubitables limites, elle rend compte encore globalement bien du droit privé contemporain. Nul doute qu'un jour la structure centrée sur les notions de «droit subjectif/sujet de droit» s'effondrera et sera remplacée par une autre. Le droit deviendra une autre langue, une autre rationalité, et le droit privé tel que nous le connaissons sera perçu comme un objet exotique un peu irrationnel, comme le sont pour nous aujourd'hui le droit romain, le droit médiéval et le droit anglais des biens. Mais tant que notre société restera une société marchande, il est inutile d'espérer une révolution conceptuelle véritable³. Il faut donc accepter la trame conceptuelle actuelle, même si elle est difficilement compatible avec la propriété commune.

116. Rationalisation forcée ? On ne peut espérer intégrer harmonieusement la propriété commune dans la trame conceptuelle actuelle. La contrainte est beaucoup trop forte. Les tentatives en ce sens, passées et présentes, n'y encouragent d'ailleurs pas. La seule solution est d'opérer un bricolage conscient et argumenté. Il faut accepter le recours aux concepts classiques, tout en précisant à chaque fois dans quelle mesure ces concepts sont dénaturés par rapport à leur contexte initial pour «coller» à la situation de propriété commune. On fournit ainsi un vrai fondement juridique, puisque les concepts sont usuels. Mais en même temps, expliciter en quoi réside la dénaturation permet de donner des lignes interprétatives claires. Parfois, on pourra transposer, purement et simple-

1. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, coll. «Quadrige», PUF, 2006, p. 618.

2. S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, préf. de T. REVET, IRJS Editions, 2012. V. également J.-P. CHAZAL, «La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD Civ.* 2014, p. 763-794.

3. W. DROSS, «Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD Civ.* 2015, p. 27-43, p. 43 : «Les renversements paradigmatiques ne se produisent que lorsque le modèle dominant n'est plus apte à rendre compte de la réalité qu'il prétend décrire et que celui qu'on propose à sa place s'y révèle davantage propre».

ment ; parfois, il faudra s'en abstenir, car la dénaturation sera trop forte.

117. Conclusion de la section. L'obstacle à la théorisation de la propriété commune est bien identifié : il s'agit de l'individualisme conceptuel du droit privé. La particularité des droits d'origine romaine réside en effet dans leur volonté de ramener l'ensemble de leurs concepts à une structure fondamentale, assurant l'unité conceptuelle du tout. Depuis l'époque moderne, le droit privé est conceptuellement appuyé sur l'idée de droit subjectif, rattachable donc aux sujets de droit. *Ce qui est clair en droit est ce qui peut se réduire à une relation bilatérale ; ce qui ne le peut pas subit une contrainte conceptuelle, plus ou moins forte.*

Or la propriété commune subit une contrainte conceptuelle particulièrement forte. L'idée pré-juridique d'appartenance commune ne peut être conceptualisée dans un réseau de relations bilatérales. Les propriétés communes sont donc condamnées soit à être mal conceptualisées (bricolage), soit à être tenues à l'écart du système (isolement), soit à être régies à grands renforts de fictions.

Conclusion du chapitre

118. Un constat, une explication et un espoir.

Un *constat*. Le droit occidental n'a jamais véritablement réussi à normer cette composante essentielle de la vie sociale et économique qu'est la propriété commune. Soit il l'a tenue dans ses marges, à la limite du non-droit ; soit il l'a acceptée, et lui a maladroitement apposé des concepts individualistes évidemment peu adaptés. En désespoir de cause, reste la botte secrète du juriste, la fiction, qui permet de transformer ces propriétés communes en propriétés individuelles sous l'égide d'une personne morale. Retour à la normale, en apparence du moins.

Une *explication*. Une telle difficulté n'est pas qu'idéologique. Elle est liée, de manière beaucoup plus structurelle, au trait caractéristique du droit continental, à savoir son goût pour la rationalisation conceptuelle. Or cette rationalisation s'est faite autour d'une structure fondamentale individualiste. Le droit privé est un droit des relations entre les individus, conceptuellement parlant. Dès lors, la propriété commune ne peut s'insérer dans ce cadre. Voilà pourquoi la propriété commune est impossible.

Un *espoir*. L'histoire a montré les difficultés, mais elle a aussi montré les aspirations, la volonté de rassembler des institutions éparses dans un cadre commun. L'obstacle est identifié : il réside dans la tendance à tout ramener à des individus ou des relations bilatérales. Peut-être suffit-il de se détacher de cet individualisme conceptuel, ne serait-ce qu'un peu, pour que la propriété commune arrive à l'existence.

Chapitre 2

L'existence de la propriété commune

119. L'obstacle principal à la théorisation de la propriété commune est désormais identifié. Le discours du droit privé obéit à une norme de rationalité qui s'articule autour du droit subjectif, entendu comme relation bilatérale entre *une* personne et *une* chose, ou entre deux personnes.

La difficulté est sérieuse, car cette norme de rationalité s'est rigidifiée : la propriété a été vue comme étant *par essence* individuelle. La plupart des formes de propriété commune existant en droit positif sont alors analysées via la propriété individuelle, et non au sein d'un cadre général les rassemblant et faisant ressortir leurs problématiques communes.

120. L'objectif de ce chapitre est de défendre l'existence d'un tel cadre. Si une chose appartient à plusieurs personnes — au sens le plus lâche et le plus général de «chose» et d'«appartient» — alors ces dernières ont la propriété commune de cette chose. La propriété commune, dans la conception défendue ici, n'est *rien d'autre* que l'appartenance commune reconnue par le droit.

Démontrer cette existence suppose à titre liminaire de montrer que la propriété commune est possible (§1) et qu'elle s'étend à toutes les situations d'appropriation en commun (§2).

Section I La possibilité de la propriété commune

121. Parce qu'elle traduit un rapport d'appartenance d'une chose à des personnes, la propriété commune relève de la propriété privée, au sens classiquement entendu du terme (§1). La pluralité des propriétaires n'est pas un obstacle à cette qualification. En revanche, elle explique les spécificités de la propriété commune par rapport à la propriété individuelle (§2).

§ 1. La propriété commune, forme de propriété privée

122. Il peut être facile de rattacher un concept à une catégorie : il suffit de modifier la catégorie de manière *ad hoc* afin que le concept puisse l'intégrer. Le risque est cependant de dénaturer la catégorie, ce qui rend au final le rattachement très peu explicatif. L'enjeu est donc clair : rattacher la propriété commune à la propriété, sans transformer cette dernière en une catégorie sans régime et sans unité.

Le postulat classique de la propriété qui sera attaqué ici est son caractère individualiste. Il est d'usage de considérer la propriété renvoyant seulement à une propriété individuelle, alors que la propriété est plus générale que cette dernière et peut admettre la figure de la propriété commune (A). On pourra le vérifier en montrant que le droit admet également la figure de la possession commune, qui peut se transformer en propriété commune par le jeu de la prescription acquisitive (B).

A. La propriété ne se réduit pas à la propriété individuelle

123. Une première difficulté vient de la conception de la propriété adoptée. On sait que plusieurs analyses sont aujourd'hui en concurrence dans le champ doctrinal, dont les deux pôles principaux sont constitués par la conception dite

«classique» de la propriété, voyant cette dernière comme un droit réel, et la conception dite «rénovée»¹, refusant une telle assimilation². Point n'est besoin de choisir son camp. Car toutes ces théories, malgré leurs profondes différences, ont tendance à réduire la propriété à la propriété individuelle (1). Or un tel réductionnisme n'est pas justifié : la propriété privée est apte à englober tant la propriété individuelle que la propriété commune (2).

1. L'assimilation de la propriété à la propriété individuelle

124. Cette tendance à assimiler propriété et propriété individuelle, de manière explicite ou implicite, repose selon les théories sur des justifications différentes. L'effet est cependant identique : l'impossibilité de rendre compte des situations d'appartenance commune.

a. Des justifications différentes

125. Dans la théorie classique, la propriété est envisagée comme un droit réel, à savoir une relation bilatérale entre une personne et un bien. Il s'ensuit qu'elle est rattachée à un titulaire et à un seul³. L'approche doctrinale marque cependant des nuances : si certains auteurs font du caractère individuel une composante du droit de propriété⁴, d'autres ont une approche nettement plus nuancée⁵. Ce tropisme en faveur d'une conception individualiste de la propriété est assez inévitable : à partir du moment où le rapport de propriété est conçu comme

1. Le terme est utilisé par le Professeur J. François (J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 154.).

2. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960. F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, th. Lyon III, 1981. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 162 et s. Le Professeur Dross a proposé une «troisième voie», sous la dénomination de conception «structurale» de la propriété (W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419.).

3. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, p. 1641, à propos de l'art. 544 : «la propriété est affirmée comme un droit subjectif, individuel, un droit de l'homme et du citoyen».

4. H. MAZEAUD et al., *Leçons de droit civil, Biens : Droit de propriété et ses démembrements*, par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1307.

5. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014. Ces auteurs distinguent dans le plan de leur ouvrage les aspects généraux de la propriété, la propriété individuelle et les propriétés collectives. La propriété individuelle marque cependant son emprise dans l'analyse générale de la propriété (v. par exemple n° 119).

un droit subjectif classique, il se ramène à une relation bilatérale, à savoir la relation entre *une* personne et un bien.

126. Pour la théorie «rénovée», la propriété n'est pas un droit réel, mais le lien fondamental d'appropriation. Au regard de la conception objective défendue ici, la voie semble prometteuse. Si la propriété est «la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne»¹, alors il suffit de conjuguer au pluriel : «la propriété commune est la relation par laquelle une chose appartient à plusieurs personnes, par laquelle elle est à eux, elle est leur». Ce n'est pas la voie qui a été choisie. L'idée d'appartenance commune a été rapidement rejetée par les auteurs de ce courant doctrinal : «Le droit de propriété n'est pas un droit incorporel ; la raison en est qu'il ne constitue pas un bien mais le rapport juridique grâce auquel les choses deviennent des biens. [...] Propre à un bien et à une personne donnés, [ce rapport] se reconstitue à chaque fois qu'un bien est transmis. Il est donc attaché à la personne»². Loin de rompre avec l'individualisme de la théorie classique, la théorie «rénovée» semble l'avoir au contraire renforcé. L'explication réside peut-être dans la volonté de se rattacher à la vieille théorie romaine du *dominium* et celle, plus moderne, du droit subjectif dans sa conception révolutionnaire. La véritable rupture qui s'imposait, à savoir penser la propriété *au-delà* de l'individu, reste à accomplir.

1. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960, n° 12.

2. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 164.

b. Un même effet : l'impossibilité de penser l'appropriation en commun

127. Réduire la propriété à la propriété individuelle rend impossible toute analyse des modes d'appropriation en commun existant en droit positif. La démonstration sera faite à partir de la plus «individualiste» de ces formes : l'indivision. Les deux théories tentent d'expliquer cette institution au moyen de la propriété individuelle, ce qui aboutit non seulement à des contradictions, mais aussi, et de manière plus grave, à des confusions quant à l'applicabilité des textes.

i. Les contradictions engendrées par le réductionnisme

128. Les théories de l'indivision ont déployé toutes les stratégies possibles pour contourner la contrainte conceptuelle. Le premier réflexe a été la rationalisation forcée : il existe un droit de propriété unique s'exerçant sur les biens communs, identique au droit individuel de propriété¹. Pour rendre compte de la pluralité de titulaires, on rajoute une fiction : les «parts abstraites». C'est évidemment insuffisant, car cela ne rend pas compte de la possibilité de céder sa quote-part. Donc on rajoute un deuxième niveau de bricolage : chaque indivisaire exerce un droit individuel de propriété sur sa quote-part et exerce de manière partagée un droit de propriété sur les biens indivis.

Au début du siècle, Josserand dénonce dans un réquisitoire célèbre les incohérences de la théorie classique². Mais au lieu de rompre avec cette théorie, il rejette l'institution de l'indivision en proposant d'importer la *Gesammte Hand*, qui serait la seule forme «authentique» de propriété collective. Pourtant, les doctrines allemande et suisse ont adopté également des stratégies réductionnistes pour rendre compte de cette institution³.

Dans la foulée, un courant doctrinal fort, porté notamment par Capitant⁴,

1. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 2, 1897, §221.

2. L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective » in *Livre du Centenaire*, 1904, p. 357–379.

3. V. supra, n° 112.

4. «Il ne faut pas considérer la copropriété comme un droit de propriété indivise, c'est en réalité un droit distinct. [...] La définition de la copropriété par la propriété ne convient pas et il faut en chercher une autre», H. CAPITANT, *Droit civil approfondi : l'indivision : Cours de doctorat*, 1927—1928, p. 16. Cité par A. IONASCO, *La copropriété d'un bien*, PUF, 1930, p. 16.

se construit autour des stratégies d'isolement¹. Le droit indivis est un droit réel *sui generis*. Problème : il est difficile de dire quoi que ce soit d'utile à partir de cette seule constatation. À défaut de mieux, la théorie du «double droit» (droit individuel sur la quote-part, droit sur les biens indivis) s'est maintenue. Pierre Catala dresse un constat célèbre : «La nature du droit indivis a hissé la pensée juridique jusqu'aux sommets du byzantinisme»².

129. Même dans ses formes les plus raffinées, la théorie classique ne réussit ni à rendre compte totalement de l'indivision, ni à maintenir inaltéré le droit individuel de propriété. Si la propriété ne se définit que par les prérogatives absolues qu'elle confère à son titulaire, alors il devient impossible de dire que l'indivisaire est propriétaire des biens communs, puisqu'il ne jouit d'aucune prérogative absolue sur lui³. La propriété individuelle est donc altérée. Soit on bascule sur un droit réel *sui generis*, avec les impasses que cela comporte, soit quelque chose ne va pas dans la définition de la propriété. Échec théorique, la théorie classique échoue de surcroît à éclairer certains aspects du régime de l'indivision, notamment le sort de l'aliénation d'un bien indivis par un indivisaire seul⁴.

130. La théorie «rénovée» échappe-t-elle à la contradiction ? Comme cette théorie voit la propriété comme étant une prérogative attachée à la personne, l'indivision ne peut donc s'analyser que comme une concurrence de droits de propriété portant sur des biens communs. «Ce n'est pas le droit de propriété qui est indivis, mais son assiette»⁵. Cette théorie, qu'un auteur suisse appelle *théorie des propriétés concurrentes*⁶, adopte une stratégie réductionniste : il s'agit

1. Un aperçu complet est donné dans F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 358, p. 534-535.

2. P. CATALA, « Nature du droit indivis » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 136.

3. VAREILLES-SOMMIÈRES, « De la copropriété », *Rev. crit. leg. jur.* 1907, p. 530-541, n° 17. ; F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, th. Lyon III, 1981, n° 93.

4. F.-X. TESTU, « Sur la nature de l'indivision », *D.* 1996, p. 176, «Se contenter de dire qu'il s'agit simplement d'une conjonction sur un même bien de droits réels identiques revient à occulter toute la complexité de l'idée de droit réel portant sur une quote-part théorique alors que le bien, dans sa nature la plus concrète, continue de se manifester dans la réalité économique. D'ailleurs la question - si confuse en vérité, et soigneusement évitée par le législateur - de la vente par un seul indivisaire de la totalité d'un bien indivis est troublée par ce paradoxe».

5. F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, th. Lyon III, 1981, p. 766.

6. P. PIOTET, *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne : Staempfli & Cie, 1991, §41.

de montrer que l'indivision n'est en fait qu'une "co-propriété" ou "propriété plurielle", c'est-à-dire «une pluralité de droits distincts mais ayant la particularité d'avoir le même objet»¹. L'indivision serait ainsi un simple concours de droits de propriété (au sens de la théorie rénovée) sur des objets communs, et rien de plus. C'est une étape temporaire, anecdotique, jusqu'au retour du droit de propriété plein et entier, sûr, rationnel et stable.

131. Est-ce aussi simple ? Est-il si *anodin* que l'indivisaire partage l'assiette de son droit de propriété avec d'autres ?

Dans la théorie rénovée, rappelons que le critère de la propriété est *l'exclusivité*. C'est le cœur de cette théorie : la personne peut «repousser» tout le monde, sauf si elle en décide autrement. Or l'exclusivité paraît tout de même assez malmenée dans les cas de co-propriété, puisqu'elle est paralysée vis-à-vis des co-propriétaires². Or on ne peut pas dire d'un côté que l'exclusivité est de l'essence de la propriété et dire de l'autre que l'indivisaire exerce un droit de propriété sur les biens communs, alors même que l'exclusivité, comme l'entend la théorie rénovée, ne s'applique pas³. Certes, la paralysie est temporaire puisque l'indivision a vocation à être partagée : mais alors, pourquoi parler de propriété individuelle tant que dure l'indivision ? Pour lever la contradiction, deux stratégies sont possibles. Soit l'indivisaire n'a pas de droit de propriété sur les biens indivis, mais alors il faut qualifier autrement son droit, et on retombe dans le *sui generis*. Soit on maintient l'idée de propriété sur les biens, mais il faut alors assouplir la définition de l'exclusivité, dans un sens non strictement individualiste.

132. De manière plus grave, la théorie rénovée ne peut absolument pas rendre compte de la diversité des modes de gestion des biens communs. Comment expliquer le principe majoritaire dans l'indivision pour les actes d'administration depuis 2006 ou plus encore les dispositions de l'art. 815-5-1 du Code

1. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges Gilles Goubaux*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 610.

2. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 552 : «Le concours des pouvoirs d'exclusivité stérilise donc son exercice entre coindivisaires».

3. Cf. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 157-2 : «qu'on le veuille ou non, l'exclusivité de la propriété disparaît, si bien que la figure de l'indivision remet en cause l'essence même de la propriété».

civil ? Les auteurs sont obligés de basculer sur une stratégie de fiction. L'indivision est en voie de personnification même si le droit ne le reconnaît pas explicitement¹. Pourtant, si à titre d'analyse de *l'évolution* du droit positif, on peut dire que la «conception institutionnelle» de l'indivision prend le dessus sur l'analyse structurale, il est plus hasardeux d'expliquer *techniquement* le droit en recourant à des personnes morales cachées, refoulées ou «embryonnaires». Libre à la doctrine d'inciter le législateur ou le juge à personnifier l'indivision, mais cela suppose de montrer les défauts du régime actuel qu'une personnification permettrait de résoudre. Or, comme cela a été souligné², les apports d'une personnification seraient en tout état de cause très mineurs. Sa seule vertu, pourrait-t-on dire, serait de rassurer la doctrine en transformant cette forme de plus en plus complexe de propriété collective en une propriété individuelle ; de retrouver, en fin de compte, un *terrain connu* et que tout ceci s'insère harmonieusement dans la trame conceptuelle individualiste du droit privé.

133. Malgré leurs profondes divergences, théories classique et rénovée ont le même rapport à la propriété commune. Elles tentent toutes les deux de faire croire que la situation d'appropriation plurale est parfaitement intelligible grâce à un droit individuel de propriété. Ce n'est qu'une modalité, une particularité, mais ce n'est pas quelque chose de différent. Et les deux théories échouent. Car la situation d'appropriation plurale contredit le cœur de ces théories, à savoir leur définition respective de ce qu'est la propriété. Que l'on définisse la propriété par le caractère absolu des prérogatives offertes au titulaire ou bien au contraire par l'exclusivité au profit d'une personne, l'appartenance commune contredit frontalement ce caractère absolu ou ce caractère exclusif. L'indivision n'est pas un état contradictoire par essence ; c'est l'analyse qu'en a fait la doctrine qui ne peut aboutir qu'à des contradictions. C'est donc cette analyse, faite de droits individuels concurrents, qu'il faut abandonner.

La contradiction est encore plus flagrante avec la communauté légale. Il n'y a aucune exclusivité sur les biens communs ; sauf pour certains actes à propos de certains biens, chacun des époux est totalement dépendant de l'autre. La si-

1. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 351.

2. N. LEBLOND, « Réflexions sur la personnification de l'indivision », *RLDC* 2011, art. 4255.

tuation ayant vocation à se perpétuer jusqu'à ce que mort ou divorce s'ensuive, on ne peut pas se réfugier derrière une atteinte temporaire à l'exclusivité¹. La contrainte conceptuelle atteint de tels sommets que les stratégies de rationalisation forcée n'ont pas survécu au XX^e siècle. Un célèbre auteur a tenté la fiction², mais la doctrine s'est ensuite majoritairement rangée sur le *sui generis*³.

134. La conclusion est claire : on ne peut pas construire une propriété commune, *même l'indivision*, avec de la propriété individuelle. «Ceci est à nous» ne peut pas être atteint par une somme ou une division de «Ceci est à moi». Il faut prendre «ceci est à nous» de manière autonome, et donc penser la propriété indépendamment de l'individu. Cela est d'autant plus important que l'enjeu n'est pas seulement doctrinal ; réduire l'indivision à un concours de droits individuels engendre également des impasses pratiques.

ii. Les risques pratiques engendrés par le réductionnisme

135. L'arrêt *Allard contre Suède*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 juin 2003⁴, illustre parfaitement les limites de toute approche de l'indivision en termes de propriété individuelle. Les faits étaient relativement classiques : un indivisaire avait édifié une construction sur un terrain indivis sans l'autorisation des autres copropriétaires. Ces derniers demandent la démolition de l'ouvrage ainsi édifié, la loi suédoise alors applicable étant similaire au droit français⁵. Au terme d'une procédure complexe, la démolition fut ordonnée par le juge suédois. L'indivisaire fit alors valoir devant la CEDH qu'une telle mesure

1. Le Professeur Zenati reconnaît la communauté légale comme une authentique propriété collective (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges Gilles Goubeaux*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 605.)

2. J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1932.

3. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, 12^e éd., Litec, 2005, n° 404. ; R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 9^e éd., LGDJ - Lextenso, 2015, n° 133. qui rapproche la communauté d'un patrimoine d'affectation.

4. CEDH, 24 juin 2003, n° 35179/97, RTD Civ. 2003. 763, obs. J-P. MARGUÉNAUD.

5. V. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, n° 09-65362, Bull. n° 116 ; D. 2010. 1346 ; JCP 2010, n° 1162, §11, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; RTD Civ. 2010. 587, obs. T. REVET ; Defrénois 2010. 2077, obs. N. PIERRE, ibid. 2387, obs. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; RLDC 2010/75, n° 3984, obs. B. PARANCE.

portait atteinte à son droit de propriété, tel que protégé par l'art. 1 du Protocole 1, et son droit au domicile, protégé par l'art. 8.

136. Le gouvernement suédois ne contestant pas l'idée qu'il y avait eu privation de propriété, la discussion devant la Cour se cantonna à savoir si cette privation était justifiée. Elle admit que oui, car «l'ingérence» poursuivait un but légitime. Reprenant les observations du Gouvernement, elle considère que la privation de propriété «peut raisonnablement être considérée comme servant «l'intérêt général» légitime qu'il y a à maintenir un système d'indivision qui fonctionne bien» (§52). Comme l'a remarqué un commentateur, si on pouvait admettre une privation de propriété, «il était plus difficile de caractériser la politique légitime au service de laquelle la démolition pouvait bien avoir été placée»¹. Et pour cause : la mesure de démolition ne se justifie pas par une politique d'intérêt général, comme dans le contentieux classique des privations de propriété, mais par respect du droit de propriété des autres indivisaires ! Poussons le raisonnement jusqu'au bout. Si le juge suédois avait interdit la démolition au lieu de l'autoriser, les autres indivisaires auraient pu eux aussi faire un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de leur droit de propriété. Or, une argumentation qui peut être utilisée pour justifier deux solutions strictement antinomiques ne justifie en réalité rien du tout.

137. La raison de cette difficulté est simple. La protection conventionnelle de la propriété se justifie habituellement par la volonté de protéger le propriétaire contre l'ingérence d'un non-propriétaire, et en particulier l'État. Ici, il s'agissait d'un conflit *entre* propriétaires. Le fait de ne pas reconnaître l'existence d'une propriété collective aboutit à analyser la situation comme l'opposition entre deux droits individuels de propriété. Et cette opposition est totalement stérile car les deux parties peuvent se prévaloir d'une atteinte à leur pseudo droit individuel de propriété.

Autrement dit, pour les conflits au sein d'une propriété collective, l'art. 1 du Protocole 1 est à notre avis totalement *hors sujet* : cet article traite uniquement des atteintes à la propriété par des non-propriétaires². Il n'a pas vocation à tran-

1. J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD Civ.* 2003, p. 763, obs. sous CEDH, 24 juin 2003.

2. La protection supralégislative du droit de propriété appartient à la catégorie plus générale

cher la proportionnalité des sanctions entre propriétaires, qui ressort d'une problématique spéciale : celle de l'organisation interne des propriétés collectives¹. Mais cela suppose de reconnaître une réelle autonomie juridique à la propriété commune.

2. L'indépendance de la propriété commune par rapport à la propriété individuelle

138. Séparer propriété et propriété individuelle n'est pas réinventer la propriété. C'est en revanche une rupture avec certaines conceptions de la propriété. Une démarche plus ouverte, moins centrée sur l'individu, permet de penser la possibilité de la propriété commune et de bien comprendre sa spécificité. Une fois que l'on aura dégagé quelle est la fonction de la propriété privée dans l'ordonnement normatif (A), il apparaîtra clairement que la propriété commune peut être considérée comme une forme de propriété privée, sans dénaturation, à l'instar de la propriété individuelle (B).

a. La fonction générale de la propriété privée : résoudre le «problème d'allocation»

139. Les règles définissant les droits de propriété sont des réponses à un problème général, que dans une étude classique M. Jeremy Waldron a appelé «problème d'allocation» : «determining peacefully and reasonably predictably who is to have access to which resources for what purposes and when»². Par

des «droits au maintien des positions juridiques» (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. par J. RIVERS, OUP, 2010, p. 125. L'expression anglaise est «Right to the Non-removal of Legal Positions»). Cela explique que le droit de propriété soit souvent invoqué pour la protection de toutes les situations juridiques acquises, notamment en matière contractuelle.

1. La Cour d'appel de Lyon a considéré avec justesse que la dimension fondamentale de la propriété ne permettait pas à un indivisaire de contester le droit de préemption de l'article 815-15 du Code civil (CA Lyon, 23 mai 1990, D. 1990. 191 ; Gaz. Pal. 1990. 1. 125, obs. A. PIÉDELIÈVRE.). Toutefois, l'arrêt énonce au soutien de cette solution que «le caractère absolu du droit de propriété reconnu par les art. 544 et 545 du Code civil, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Déclaration universelle des droits de l'homme, est lié à son caractère individuel». Ce fondement est selon nous erroné. La propriété commune est aussi protégée par le droit constitutionnel, mais seulement à l'égard des non-propriétaires.

2. J. WALDRON, « What is Property ? », *Oxford Journal of Legal Studies* 1985, p. 318.

conséquent, la tâche du droit est de *définir qui peut faire quoi sur quelle chose, et comment*.

140. Les systèmes de propriété, réels ou imaginaires, sont autant de réponses *possibles* au problème d'allocation : partage universel des ressources, propriété socialiste, propriété privée «exclusive», propriété clanique, système de saisines, etc. Ces réponses ont variés dans le temps, selon les lieux, les idéologies, les facteurs économiques. Elles coexistent au sein d'une société donnée, même si chaque société possède une réponse dominante. Les pays occidentaux se sont construits sur la propriété privée, même si la propriété publique existe. Le régime soviétique était construit sur la propriété publique, même si des fragments de propriété privée existaient.

La propriété privée du Code civil, celle de l'art. 544, n'est qu'une réponse possible, parmi d'autres, au problème de l'allocation. Elle a pris le relais du système des saisines, qui permettait lui aussi de dire qui avait le droit de faire quelle chose sur le bien, et comment. La propriété telle que nous la connaissons ne doit pas être prise comme un point de départ «naturel» du rapport de l'homme à la chose, sauf à la prendre dans un simple sens de possession. Elle doit être resituée historiquement comme une réponse que le droit français a apporté, à l'instar des autres droits occidentaux, au problème d'allocation. Par rapport aux autres réponses possibles, la propriété du Code civil est une réponse très simple, presque simpliste. Pour résoudre le problème de l'allocation, il suffit - *grosso modo* - de déterminer qui est propriétaire. Le propriétaire peut tout faire dans les limites de la loi ; les autres, rien. Fin de la discussion.

141. La simplicité de la propriété privée est à la fois sa plus grande force et sa plus grande faiblesse. Sa plus grande force, car la définition des droits de chacun est immédiate. Soit on est propriétaire, soit on ne l'est pas ; soit on peut tout faire, soit on ne peut rien faire.

Sa plus grande faiblesse, car en délimitant des sphères d'exclusivité, la propriété privée ne peut pas traiter les situations où les utilités des choses sont partagées. Dérogation ancienne : les relations de voisinage, qui ne sont pas réductibles à une frontière nette entre deux sphères d'exclusivité, ont donné lieu à l'apparition de droits réels spéciaux, les servitudes et la mitoyenneté. D'autres déro-

gations au schéma classique de la propriété privée sont plus nouvelles et aussi plus menaçantes¹. Ce sont des propriétés spéciales ou des droits réels au statut incertain (réserve de propriété, fiducie, droit de jouissance exclusif sur parties communes, etc), qui empruntent au régime de la propriété mais s'en écarte aussi sur des aspects essentiels. Faut-il condamner ou réduire l'importance de ces dérogations ? Faut-il, au contraire, repenser la notion de propriété en lui retirant des caractères qu'on jugeait autrefois essentiels, comme la perpétuité ? Mais à trop étirer la propriété, ne risque-t-on pas de la rompre² ? Le Code civil n'est qu'une étape de l'histoire, et sans doute en est-il de même pour le modèle de la propriété exclusive. La seule chose qui importe, c'est que le problème de l'allocation soit résolu. Or il peut tout à fait l'être par une tapisserie de droits réels spéciaux, comme en droit médiéval ou en *common law*.

142. Nous n'en sommes pas encore là. La propriété privée reste le grand concept ordonnateur du rapport juridique des hommes aux choses dans le système juridique français. En examinant de plus près sa structure, nous verrons qu'il n'existe aucun obstacle à considérer qu'elle couvre à la fois l'appropriation individuelle et l'appropriation commune.

b. L'application à l'appropriation en commun

143. La propriété privée est une réponse au problème de l'allocation qui repose sur deux idées fondamentales : le propriétaire jouit d'une liberté de principe quant aux actes matériels ou juridiques sur la chose ; il peut s'opposer à ce que les autres profitent des utilités de sa chose sans son consentement. Les deux éléments vont de pair : une liberté sur la chose sans faculté de repousser les tiers est inutile ; pouvoir repousser les tiers sans avoir le droit de profiter de la

1. Cf. à propos de la propriété fiduciaire, B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 301. : «Philosophiquement, la fiducie pose une question essentielle : quel avenir doit-on donner à notre conception civiliste de la propriété ? doit-on considérer qu'elle est dépassée, en perdition ? faut-il la sacrifier sur l'autel de la nécessaire efficacité économique des concepts juridiques ? ou bien faut-il accepter, peut-être, l'idée d'une dissociation nouvelle du concept même de propriété en droit français, une dissociation qui irait bien au-delà des manifestations plus ou moins récentes d'un éclatement de la propriété, déjà relevé par Josserand en 1940 ?».

2. En faveur d'une conception très élargie, v. D. R. MARTIN, « La propriété de haut en bas », *D.* 2007, p. 1977.

chose est pareillement inutile. L'institution de la propriété repose donc sur deux catégories de règles : celles concernant les rapports entre le propriétaire et son bien ; celles concernant les rapports entre le propriétaire et les autres personnes ¹. Il faut examiner ces deux aspects structurants de la propriété et se demander si parler de propriété commune ne les détruit pas.

144. Règles concernant le propriétaire et son bien. Le propriétaire est celui qui non seulement tire bénéfice des utilités de la chose, mais qui en assume aussi le risque ² et les charges. La propriété n'est pas nécessairement un facteur de richesse ³, même si elle l'est dans l'immense majorité des cas. Le passage à la pluralité ne modifie en rien cette dimension économique de la propriété. Dans la propriété individuelle, une seule personne reçoit et assume les bénéfices et les charges de la propriété ; dans la propriété commune, une pluralité de personnes assument les bénéfices et les charges de cette propriété. La manière dont ils vont *répartir ensuite* entre eux ces bénéfices et charges relève du droit spécial de la propriété commune. Mais la propriété privée, dans son aspect général, est apte à englober les deux.

145. Règles concernant le propriétaire et les non-propriétaires. Le fossé entre propriétaire et non-propriétaire est un point essentiel du régime de la propriété : s'il devait n'en rester qu'un, ce serait celui-là. À l'âge d'or de la rationalisation conceptuelle, Planiol l'avait théorisé sous la forme d'une obligation passive universelle. Le monde entier était débiteur envers un propriétaire créancier. La décomposition des mécanismes juridiques en une série de relations bilatérales, conséquence du biais cognitif produit par la structure fondamentale, avait atteint ici son *summum*. Aujourd'hui, les termes plus neutres d'opposabi-

1. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 430 : «L'appropriation est un geste : la main enferme l'objet qui lui appartient, l'homme délimite par une clôture, une borne ou une marque sur son immeuble. Elle est d'abord un rapport matériel et concret avec la chose ; un fait : la possession. De manière abstraite, le droit organise ce rapport. Il détermine les règles qui gouvernent les pouvoirs du propriétaire sur la chose et les rapports du propriétaires avec les tiers».

2. R. ENCINAS DE MUNAGORI, « Les théories du risque en droit civil » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 128.

3. D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD Civ.* 2006, p. 663.

lité¹, d'exclusivité à l'égard des tiers², de non-concurrence³, sont utilisés. En *common law*, le «right to exclude» est, selon les mots de la Cour Suprême des États-Unis, «one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property»⁴. Une doctrine minoritaire soutient, comme la théorie rénovée, qu'il est un élément nécessaire (le seul) du *bundle of rights* pour qu'on puisse parler de propriété⁵. Le pouvoir d'exclusion marque la reconnaissance par le droit de l'appropriation. Le non-appropriable, à savoir les *choses communes*, se caractérise à l'inverse par l'incapacité juridique d'exclure autrui de l'usage de ces biens⁶.

146. Peut-on parler d'appropriation commune, ou le terme est-il, selon une expression de Pothier répétée à l'envi, «contradictoire»? Pothier ne dit pas que la propriété collective n'existe pas ou est un état contradictoire. Il dit : «Si on suppose qu'un autre que moi soit propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, dès lors cette chose est commune entre nous ; et si elle est commune, on ne peut plus dire qu'elle me soit propre pour le total, et que j'en ai la propriété pour le total ; car propre et commun sont contradictoires»⁷. Pothier répète bien : «pour le total». Il ne fait que dire, en fin de compte, que la propriété commune est incompatible avec la propriété individuelle, ce qui n'est guère contestable⁸. Il

1. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2007.

2. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 193.

3. C. ATIAS, *Droit civil - Les Biens*, 11^e éd., Litec, 2011, n° 95.

4. Kaiser Aetna v. United States, 444 U.S. 164, 176 (1979).

5. T. W. MERRILL, « Property and the Right to Exclude », *Nebraska Law Review* 1998, 77, p. 730-755. L'auteur note toutefois : «The world does not consist of islands property, in the sense of large bundles of "full ownership" rights, surrounded by a sea of unclaimed resources. Rather, it is a complex tapestry of property rights of different sorts (private, public, common) with different types and degrees of exclusion rights being exercised by different sort of entities in different contexts» (p. 753).

6. Cf. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. de G. LOISEAU, LGDJ, 2006, , qui montre de surcroît que ce refus de l'exclusion n'est pas nécessairement une donnée naturelle, mais peut être totalement organisée par le droit.

7. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris : Debure père, 1772, n° 16.

8. V. également en ce sens, M. XIFARAS, *La propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 145. Le but de Pothier est d'opposer le droit de propriété (*jus in rem*) au droit de créance (*jus ad rem*). Pour Pothier, alors qu'on ne peut pas être propriétaire à la fois et en même temps du total, dans l'obligation solidaire on est tenu en même temps de la totalité de la dette : «il n'est pas possible que ce qui m'appartient, appartienne en même temps à un autre ; mais rien n'empêche que la même chose qui m'est due, ne soit aussi due à un autre».

continue : «Plusieurs ne peuvent, à la vérité, avoir la propriété de la même chose pour le total ; mais ils peuvent avoir cette propriété en commun, chacun pour une certaine part. Cela n'est pas contraire à ce que nous avons dit, que la propriété est le droit par lequel une chose nous appartient privativement à tous autres ; car ce droit de propriété qu'ils ont en commun est le droit par lequel la chose leur appartient privativement à tous autres»¹. On ne saurait mieux dire : la propriété commune est une propriété car les propriétaires en commun peuvent exclure autrui aussi bien que le ferait un propriétaire individuel². Le pouvoir d'exclusion, qui «vise, par définition, des tiers démunis de tout droit sur la chose»³ existe autant dans la propriété commune que dans la propriété individuelle. Pourquoi ? Parce que le pouvoir d'exclusion est une caractéristique de la *propriété privée*, qui regroupe à la fois la propriété individuelle et la propriété commune⁴.

147. Intégrer la propriété commune suppose de rompre totalement avec la vision subjective de l'exclusivité. On ne peut pas en effet considérer qu'il existe une différence de degré entre les deux types de propriété, selon que l'individu peut exclure absolument tout le monde (propriété individuelle) ou «tout le monde sauf quelques-uns» (propriété commune). Si l'exclusivité est une prérogative de l'individu, toute situation de propriété commune est censée lui porter atteinte⁵.

La seule solution est de rompre définitivement avec l'approche individualiste de la propriété et d'apprécier l'exclusivité de manière *objective*, comme une ligne séparant le ou les propriétaires de tous les autres, afin de résoudre, fondamentalement, le problème d'allocation. La propriété privée, c'est instau-

1. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris : Debure père, 1772, n° 17.

2. Ils peuvent ainsi exercer l'action en revendication et se défendre contre les expropriations. La question de savoir qui parmi eux a qualité pour exercer cette action ressort, comme pour toutes les relations *entre* propriétaires en commun, du droit spécial de la propriété commune.

3. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 374.

4. V. également en ce sens, M. XIFARAS, *La propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 147. V. également G. SALORD, « Propriété collective et exclusivité : propositions pour une conciliation des contraires » in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, p. 193–210, spéc. p. 208 et s.

5. V. M. XIFARAS, *La propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 147 : «Dans ce sens, l'indivision est à la fois non exclusive (pluralité des sujets propriétaires) et absolument exclusive (exclusion universelle des tiers non inclus). Cette propriété peut être appelée *solidaire* dans la mesure où elle est à la fois privative et commune, ou plus exactement dans la mesure où elle n'est ni privative ni commune».

rer une frontière objective entre deux classes de personnes : ceux qui auront *a priori* tous les droits sur la chose (le ou les propriétaires), ceux qui n'en auront *a priori* aucun (les non-propriétaires). Ce n'est pas un pouvoir ou une prérogative de l'individu.

148. Un schéma général et (très) simplifié des rapports des hommes aux choses en droit positif pourrait donc être le suivant :

- Les choses sont inappropriées (*choses communes*) ou appropriées (biens). L'appropriation, dans ce sens large, est le refus de l'usage commun libre. Le droit distingue ceux qui ont des droits sur les biens et ceux qui n'en ont pas.
- Les choses appropriées le sont soit par la communauté politique de référence (État, clan, etc.) (propriété publique), soit par les particuliers (propriété privée)¹.
- La propriété privée peut être soit *individuelle* (un seul propriétaire), soit *commune* (pluralité de propriétaires).

Ainsi, parler de «propriété commune» ne dénature pas le terme de propriété. La propriété privée organisée par le Code civil assure une sphère d'*indépendance* aux individus dans les rapports à leurs biens². Cette indépendance se manifeste par la reconnaissance d'une liberté de principe quant aux actes matériels et juridiques portant sur leurs biens, et par la possibilité de défendre cette liberté contre les autres individus et contre l'État. Cette sphère d'indépendance peut être reconnue au profit d'une seule personne : c'est la propriété privée individuelle. Elle peut être reconnue pour une pluralité de personnes, à charge pour elles de s'organiser entre elles ensuite : c'est la propriété privée commune. Seule une prémisse individualiste peut empêcher la reconnaissance d'une *propriété* commune, où le terme de propriété est pris dans un sens authentiquement juridique³.

1. V. l'art. 537 du Code civil : «Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières».

2. Comp. C. ATIAS, *Droit civil - Les Biens*, 11^e éd., Litec, 2011, n° 95. : «L'approprié, c'est le réservé».

3. La prémisse est parfois affirmée clairement : «S'il est vrai que la propriété est un rapport

149. La vision sociologique d'un Durkheim est donc beaucoup plus correcte que les analyses juridiques classiques, trop marquées par l'individualisme conceptuel¹. Comme l'écrivent les Professeurs Terré et Simler, «dans cette analyse fondamentalement sociologique, seul l'usage commun détruit la propriété. Aussi longtemps que cette solution n'est pas consacrée, la propriété — individuelle ou collective — demeure une *propriété privative*, par opposition à une situation dans laquelle l'appropriation et l'exploitation des biens seraient à la portée de tous»². L'analyse technique de la propriété aurait tout à gagner à s'aligner sur cette vision sociologique.

La propriété commune semble exister comme institution autonome, aux côtés de la propriété individuelle. Pour s'en assurer, il faut se demander si le droit accorde des effets juridiques à la possession commune, comme il en accorde à la possession individuelle.

B. L'existence de la possession commune

150. Historiquement et conceptuellement, propriété et possession sont étroitement liées. Si la propriété commune existe, alors la possession commune aussi. La notion, sans surprise, est restée dans les ombres du droit. Le droit romain l'admettait et lui attachait parfois les effets classiques de la possession³. Aujourd'hui, les droits allemand, espagnol, suisse et italien reconnaissent l'existence de la copossession⁴. En France, la copossession a été admise par une partie

privatif entre une personne et une chose, appeler propriété un rapport entre plusieurs personnes et une même chose constitue une contradiction *in adjecto*» (F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, th. Lyon III, 1981, n° 95.).

1. V. E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, PUF, coll. «Quadrige», 2010, pp. 174-175 : «Un des traits qui distinguent le droit d'usage qui est particulier au propriétaire de tous les droits similaires, c'est qu'il est exclusif de tout droit concurrent. Non seulement le propriétaire use, mais il peut seul user ; ou bien s'il y a plusieurs usagers simultanés, c'est qu'il y a plusieurs propriétaires. Tout propriétaire a le droit d'écarter de sa chose tout autre sujet que lui».

2. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 100.

3. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^e éd., Jovene Napoli, 2001, § 37.1.

4. H. J. SONNENBERGER, « La possession en droit des biens du BGB allemand : pouvoir de fait matériel ou notion juridique fonctionnelle ? » in *Mélanges J-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 735. ; J. ALVENTOSA DEL RÍO, « La usucapión en la comunidad de bienes » in *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 119 et s. ; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, t. 2 : *Proprietà et diritti reali*, Giuffrè, 2007, p. 233. La doctrine suisse distingue même deux types de possession en commun : la *copossession* lorsque chaque copossesseur peut exercer seul la maîtrise

de la doctrine¹ et plus clairement par la jurisprudence. Il existe donc une théorie de la copossession en droit français, qu'il faut remettre à l'honneur. Très classiquement, nous verrons les conditions et les effets de la copossession. Il faudra ensuite examiner le problème beaucoup plus délicat des rapports entre l'art. 2276 du Code civil et la possession commune.

1. Conditions de la copossession

151. De même que la possession individuelle suppose des actes de propriétaire individuel (*corpus*) et une intention de propriétaire (*animus*), de même la copossession suppose de la part des copossesseurs des actes de copropriétaires et une intention d'être copropriétaires. Le *corpus condomini* s'apprécie au regard de l'exercice concurrent par les copossesseurs des prérogatives de la propriété : usage de la chose en commun sans contrepartie financière, participation de chacun aux charges et, éventuellement partage des fruits lorsque le bien est frugifère. L'*animus condomini* s'entend de la volonté de tous les copossesseurs de voir la chose commune entre eux. Aucun n'a l'intention de se l'approprier à titre strictement individuel.

152. La copossession est viciée de la même manière que la possession. Un vice est particulièrement important : l'équivoque. En effet, possession commune et possession individuelle créent l'équivoque chez l'autre. Un possesseur individuel qui, dans un contexte communautaire, ne manifeste pas clairement son intention de se comporter en propriétaire individuel, pourra voir sa qualité de possesseur individuel rejetée comme équivoque. C'est ce qui se produit fréquem-

de fait sur le bien et la *possession commune* dans laquelle la maîtrise du bien suppose l'ensemble des copossesseurs (coffre-fort à deux clés). La distinction copossession/possession commune ne recoupe pas en elle-même la distinction copropriété/propriété commune (P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, 5^e éd., Stämpfli, 2012, n° 237.).

1. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 32, Bruylant, 1878, n° 295. : «Il est de principe que la prescription est déterminée par la possession : quand la possession n'est pas exclusive, elle ne peut pas conduire à la prescription de la propriété au profit du possesseur : une possession de communisme doit avoir pour conséquence une prescription de propriété commune, c'est-à-dire de la copropriété» ; H. CAPITANT, *Droit civil approfondi : l'indivision : Cours de doctorat*, 1927—1928.

ment entre époux séparés de biens¹. À l'inverse, la possession commune sera rejetée comme équivoque lorsqu'il apparaîtra que les actes sur l'objet peuvent s'interpréter comme une simple tolérance, et non comme la volonté de considérer l'objet comme une propriété commune en fait, sinon en droit.

La plus grande liberté doit cependant être laissée dans l'administration de la preuve. La possession individuelle peut être reconnue sur un bien faisant l'objet d'une propriété commune². Inversement, une possession commune efficace peut être reconnue sur un bien faisant l'objet d'une propriété individuelle, même si la jurisprudence a eu des difficultés à l'admettre³.

2. Effets de la copossession

a. Usucapion

153. Au XIX^e siècle, la jurisprudence n'admit que partiellement l'usucapion par copossession. En accord avec la doctrine d'Aubry et Rau, si la partie à laquelle la prescription était opposée pouvait justifier soit «d'un droit antérieur à la toute propriété, soit d'une possession exclusive actuelle»⁴, alors la possession en commun d'un immeuble ne pouvait aboutir à la reconnaissance d'une propriété commune⁵.

1. V. également dans le cas de l'indivision, Cass. Civ. 1^{ère}., 26 sept. 2012, n° 11-13825, non publié ; RTD Civ. 2013. 143, obs. W. DROSS. : «la qualité d'indivisaire n'exclut pas, par elle-même, une possession à titre de propriétaire s'il est justifié d'une possession non équivoque et qu'est rapportée la preuve d'actes manifestant à l'encontre des coindivisaires l'intention de se comporter en propriétaire exclusif»

2. En matière de copropriété, v. Cass. Civ., 8 jan. 1946, DH. 1946. 131. ; en matière d'indivision, la solution est très ancienne. V. notamment Cass. Req., 11 août 1859, DP. 1860. 1. 391. A aller voir et vérifier citations. considérant que dans le cadre de l'indivision, la possession exclusive suppose que le copropriétaire ait accompli sur la chose commune «des actes agressifs, envahissants, fréquemment répétés, emportant contradiction au droit de l'autre copropriétaire». Le même arrêt précise qu'il ne peut jamais y avoir usucapion sur un bien indivis lorsque le copropriétaire a lui aussi accompli des actes d'usage sur la chose commune, «même dans les limites de ses convenances et de ses besoins personnels» (il s'agissait en l'espèce d'un canal indivis).

3. V. *infra* la jurisprudence citée en matière d'usucapion.

4. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 2, 1897, p. 536-537.

5. V. notamment Cass. Civ., 6 juin 1888, DP. 1889. 1. 105. et Cass. Civ., 5 déc. 1877, S. 1878. 1. 75., qui énonce : «Des actes de jouissance exercés par un tiers sur un immeuble possédé concurremment par le propriétaire en vertu de son droit de propriété exclusive sont inefficaces pour conduire à l'acquisition de la copropriété de cet immeuble ; qu'en effet, pour que la pos-

En revanche, dès lors qu'aucune des deux conditions n'était présente, la possession commune pouvait créer un titre commun par usucapion¹.

154. Cette distinction fut abandonnée dans un arrêt de 1924, qui admit dans tous les cas le jeu de l'usucapion par possession commune, même contre un ancien propriétaire exclusif. Dans cette espèce, une part indivise portant sur un four et un étang avait été acquise *a non domino* par un acquéreur de bonne foi. Des années plus tard, les propriétaires légitimes souhaitent l'empêcher de se servir de ces biens. L'acquéreur invoque la prescription abrégée de dix ans de son droit de copropriété, ce que la Cour d'appel accepte, au motif que «Batiot, acheteur de bonne foi, a acquis cette copropriété par des actes de possession exercés pendant 10 ans en faisant cuire au four commun et en contribuant à la réparation de la toiture du fournil». Le pourvoi formé par les propriétaires faisait valoir que «les actes de jouissance exercés par un tiers sur un terrain possédé concurremment par le propriétaire en vertu d'un titre de propriété exclusive sont inefficaces pour conduire à la prescription de la copropriété de ce terrain», ce qui était la reprise de la solution précitée de 1877. La Cour de cassation rejette : «Attendu que le droit de copropriété peut s'acquérir par prescription ; que la possession de Batiot, fondée sur un juste titre et directement contraire au droit de propriété exclusive invoqué par les époux Cacault, était de nature à produire la prescription décennale prévue par l'art. 2265 du Code civil»². La possession est désormais apte à jouer son rôle : celui d'aligner le droit sur le fait.

155. La jurisprudence récente semble attester du maintien de la solution posée en 1924. Ainsi, une Cour d'appel a pu énoncer de manière très générale

session soit utile pour prescrire, il faut qu'elle ne soit pas balancée par une possession contraire, et qu'à l'instant où la possession du propriétaire est reconnue, elle protège son droit de propriété exclusive contre toute acquisition par la prescription, soit de la pleine propriété, soit de la copropriété de son héritage».

1. Cass. Req., 7 fév. 1883, DP 1884. 1. 128. Dans cette espèce, était en cause la propriété d'une allée. Ayant constaté un usage commun depuis un temps immémorial, l'arrêt d'appel avait considéré que l'allée était indivise entre les deux propriétaires. Le pourvoi faisait valoir que l'allée devait recevoir la qualification de servitude de passage, ne pouvant être établie que par titre. La Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant sobrement que «les règles, en matière de servitudes, ne sont pas applicables à la copropriété ; qu'elle peut être établie par la prescription». Pour une solution similaire à propos d'un fossé, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 avr. 1959, Bull. n° 198, p. 167.

2. Cass. Civ., 22 oct. 1924, Gaz. Pal. 1924. 2. 331.

que «l'utilisation commune d'une même chose peut conduire à une copossession et par suite à l'acquisition d'une copropriété, qui est un droit réel susceptible d'usucapion»¹.

La Cour de cassation l'a également reconnu en matière de copropriété des immeubles, en rejetant une lecture individualiste de l'article 2272 al. 2 du Code civil. Elle considère en effet que «l'ensemble des copropriétaires» peut invoquer la prescription abrégée portant sur les parties communes, le juste titre étant constitué par la totalité des actes de vente des lots². C'est dire que l'usucapion peut s'opérer de manière collective à l'encontre du *verus dominus*.

156. Une question plus délicate est de savoir si, *au sein de la copropriété*, une partie privative peut devenir commune par usucapion. La Cour de cassation considère que le syndicat peut acquérir la propriété d'un lot par prescription acquisitive³. Toutefois, le syndicat, en tant que personne morale, peut être propriétaire individuel d'un lot sans que ce dernier soit assimilé à des parties communes au sens strict⁴. Il faudrait dès lors distinguer la possession du syndicat personne morale de la copossession des propriétaires, la première débouchant sur un lot privatif affecté à l'usage commun, tandis que l'autre déboucherait sur une éventuelle transformation en parties communes, ou même sur une indivision spéciale entre les seuls propriétaires copossesseurs⁵. Le syndicat ne pouvant posséder concrètement que via les copropriétaires, la jurisprudence devra sans aucun doute clarifier les effets de la copossession dans la copropriété. La transformation de la partie privative en partie commune par usucapion est sans doute la solution la plus simple si le *corpus* et l'*animus condomini* touchent l'en-

1. CA Aix-en-Provence, 23 juil. 1997, Jurisdata n° 1997-047299.

2. Cass. Civ. 3^{ème}, 30 avr. 2003, n° 01-15078, Bull. n° 91, D. 2003. somm. 2047, obs. B. MALLET-BRICOUT ; JCP 2003 I 172, n° 7, obs. H. Périnet-Marquet ; Defrénois 2003. 1348, obs. C. ATIAS ; RTD Civ. 2003. 523, obs. T. REVET. V. antérieurement, en sens contraire, Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mai 1970, n° 69-10584, Bull. n° 356. : «c'est à bon droit que, pour refuser au demandeur le bénéfice de la prescription abrégée, les juges d'appel déclarent que l'acte d'acquisition de celui-ci, parce qu'il "ne lui donne pas la propriété exclusive des parcelles revendiquées", ne constitue pas le juste titre prévu par l'article 2265 du code civil».

3. Cass. Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2015, n° 14-16.071, à paraître ; D. 2015. 2419, note A. TADROS ; JCP G 2016 doctr. 446, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; RTD Civ. 2016. 157, obs. W. DROSS ; RDC 2016. 329, obs. P. BERLIOZ.

4. Le lot doit cependant être affecté à l'usage commun, puisque tel est l'objet du syndicat.

5. V. en ce sens A. TADROS, note préc.

semble des copropriétaires.

b. Actions possessoires

157. L'action possessoire peut bien sûr être utilisée par chaque copossesseur contre les tiers¹. Il n'y a là cependant aucune particularité de la copossession par rapport à la possession individuelle. Mais on pourrait aussi admettre que l'action soit dirigée contre un copossesseur cherchant à s'approprier de manière exclusive le bien. L'action possessoire permet alors de protéger le caractère *commun* de la copossession, à l'exception des situations contractuelles². Un arrêt d'appel a ainsi énoncé que «l'action possessoire peut être exercée entre possesseurs communs contre les actes ayant pour but ou pour conséquence directe l'appropriation de la chose commune au profit de l'auteur de ces actes, ou une restriction aux droits utiles exercés par un autre co-possesseur»³. En l'espèce, il s'agissait d'une aire possédée en commun depuis trois quarts de siècle. L'un des copossesseurs avait entrepris de construire un mur bloquant à l'autre l'accès à son fonds. La Cour d'appel le condamne à la destruction de ce mur, sous astreinte.

3. Possession commune et art. 2276 du Code civil

a. Les difficultés d'application de l'art. 2276 en cas de vie commune

158. En fait de meubles, la copossession vaut-elle titre ? Comme en matière de possession individuelle, il faut distinguer les deux fonctions classiquement admises de la maxime.

La *fonction acquisitive* ne suscite pas de difficultés. Lorsqu'une pluralité d'acquéreurs ont acquis un meuble *a non domino*, ils peuvent opposer l'acquisition de la propriété commune (indivision, communauté) au revendiquant,

1. Cf. en matière d'indivision, Cass. Civ. 3^{ème}, 9 mar. 1982, n° 80-16070, Bull. n° 63., Bull. Civ. III, n° 63. Le régime des actions possessoires est défini aux articles 1264 et s. du Code de procédure civile.

2. Cette exception tirée du droit commun empêche toute action possessoire entre copropriétaires, ces derniers étant liés par le règlement de copropriété. V. en ce sens Cass. Civ. 3^{ème}, 18 jan. 1989, RTD Civ. 1990. 527, obs. F. ZENATI.

3. CA Versailles, 27 juin 1988, Jurisdata n° 1988-050957.

exactement comme le ferait l'acquéreur individuel. Le régime classique a donc vocation à se transposer.

159. La *fonction probatoire* est plus délicate. En principe, «la possession fait présumer, jusqu'à preuve contraire, une acquisition régulière de propriété en la personne du possesseur»¹. Cette possession est opposée à la revendication exercée par le propriétaire : la possession fait présumer un juste titre. C'est au revendiquant de montrer que la possession découle d'une soustraction, d'une remise à titre précaire ou qu'elle est viciée. Cette présomption en faveur du possesseur s'explique par la difficulté, voire l'impossibilité, pour l'acquéreur d'un meuble de prouver son acquisition². C'est la finalité initiale de cette présomption.

On peut parfaitement admettre que lorsque le bien est possédé en commun, par exemple entre concubins, la possession commune, exempte de vice, puisse être opposée au tiers revendiquant. Une lecture individualiste de l'art. 2276 obligerait dans le cas contraire à considérer que la possession de chaque concubin est équivoque du fait de l'autre, et que donc la présomption de l'art. 2276 n'est pas applicable à l'encontre du tiers. Ce serait absurde, car la volonté de protéger l'acquéreur des meubles contre le défaut de préconstitution de preuves a vocation à s'appliquer, qu'il y ait un ou plusieurs acquéreurs. La copossession vaut titre, à l'encontre d'autrui, comme la possession.

160. Mais la généralité de l'art. 2276 fait que la fonction probatoire de la possession a vocation à jouer également *entre* les personnes vivant en commun. Or, dans cette situation, la présomption, qui se voulait bénéfique, devient perverse. Toute vie commune entraîne un usage commun des biens : il est souvent délicat de déterminer ce qui est commun et ce qui est propre à chacun. Or, à l'heure de la séparation, ou à l'égard des créanciers, il faut déterminer ce qui est à chacun. La question de la preuve de la propriété se pose alors dans tous les couples hors communauté légale, puisque dans ce dernier cas la présomption quasi irréfragable de communauté règle la question.

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 889.

2. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 449.

Or l'art. 2276 déforme la discussion en accordant au possesseur un avantage probatoire considérable. Une simple question de fait — le dernier possesseur —, souvent contingente, risque de déterminer à elle seule la répartition finale, alors que les situations de cohabitation peuvent être plus complexes.

161. Pour cette raison, la Cour de cassation a considéré que l'art. 2276 est inapplicable entre époux séparés de biens¹. Les règles de preuve édictées par l'art. 1538 régissent seules la question de la propriété individuelle ou commune entre époux. Il existe une présomption d'indivision qui ne peut être renversée que par la preuve, libre, d'une propriété exclusive de l'un d'entre eux. L'admission de l'art. 2276 aurait pour effet de très facilement supprimer la présomption d'indivision. Il suffirait d'invoquer une possession personnelle pour prouver sa propriété exclusive, à charge pour le conjoint ou le tiers d'apporter la preuve inverse². Pour respecter l'esprit du régime de séparation des biens, la preuve de la propriété exclusive, par rapport à la propriété commune, ne peut se faire *seulement* en invoquant la possession du bien. Tous les éléments de preuve doivent être pris en compte de manière égalitaire. Comme l'écrit le Doyen Cornu, il s'agit d'exclure «les mécanismes préférentiels de l'art. 2279, non la valeur indiciaire, comparée à d'autres, de la possession exempte de vice»³.

162. L'examen de la situation entre concubins permet de vérifier ce que donne une application libre de l'art. 2276 dans les situations de cohabitation. La jurisprudence est éloquente. Une concubine met sa partenaire à la porte et conserve en son domicile tous les meubles, ceux achetés en commun comme ceux de son ex-compagne. Aucun recours pour l'exclue, car renverser la présomption de l'art. 2276 est concrètement impossible, à moins de préconstituer les preuves⁴. La Cour de cassation n'entend pas pour autant diminuer la force de

1. Cass. Civ. 1^{ère}., 7 nov. 1995, n° 92-10051, Bull. n° 395 ; Defrénois, 1996, p. 409, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1997. 211 obs. B. VAREILLE, 1998. 139, obs. F. ZENATI ; Cass. Civ. 1^{ère}., 27 nov. 2001, n° 99-10633, Bull. n° 297 ; D. 2002. 119, note Y. CHARTIER ; RTD. Civ. 2002. 121, obs. T. REVET ; Defrénois 2002, p. 1019, obs. G. CHAMPENOIS.

2. Y. CHARTIER, RTD Civ. 2002, p. 119, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001.

3. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^e éd., coll. Thémis, PUF, 1997, p. 624.

4. TI. Lille, 10 mar. 2006, D. 2006. 1669, note X. LABBÉE., qui remarque : «les concubins sont donc le plus souvent soumis à la loi de la jungle pour régler le partage de leurs meubles meublants. Ce constat peut paraître choquant parce qu'il concerne les couples les plus pauvres,

la présomption attachée à l'art. 2276. Dans un arrêt récent, une voiture achetée par l'un des concubins était restée en possession de l'autre. L'acquéreur demande remboursement du prix, ou, à défaut, restitution du bien. Les juges du fond acceptent la demande, mais l'arrêt est cassé au visa de l'art. 2276. La preuve du paiement du prix ne suffit pas à vicier la possession. Il faut prouver soit la détention à titre précaire soit un vice de possession listé à l'art. 2262¹. Comme l'a noté un commentateur, «il est étrange que le simple fait d'utiliser un véhicule suffise à en rendre propriétaire. Or c'est bien en définitive cette solution que la Cour de cassation consacre au prétexte de l'article 2276. Ce qui amène alors à s'interroger sur l'applicabilité en la cause de l'adage "En fait de meubles la possession vaut titre"»².

b. Pour une adaption de l'art. 2276 aux situations de cohabitation

163. La présomption de propriété édictée par l'art. 2276 est totalement inadaptée dans les situations de cohabitation. Ce texte a été énoncé pour la preuve de la propriété résultant d'un *échange*, et non pour les situations où, du fait de la vie commune, il faut déterminer ce qui est propre à chacun ou commun. La jurisprudence a pu utiliser l'existence d'un texte spécial, l'art. 1538, pour rééquilibrer le droit de la preuve de la propriété entre époux séparés de biens³. Elle devrait faire de même dans le cas du Pacs, en se fondant sur l'art. 515-5 du Code civil, ainsi que pour le concubinage, en se fondant sur l'art. 515-8 - ce qui permettrait de donner une portée normative à ce texte. Une «vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité» oblige à modifier le régime

c'est-à-dire ceux qui n'ont en commun que quelques objets mobiliers courants (qui n'en ont pourtant que plus de prix)».

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, n° 11-16431 ; Bull. n° 214 ; D. 2013. 351, note A. TADROS ; RTD. Civ. 2013. 153, obs. W. DROSS ; Defrénois 2013. 18, note BARABÉ-BOUCHARD.

2. W. DROSS, RTD. Civ 2013, p. 153, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012. L'inapplicabilité retenue par l'auteur s'appuie cependant sur des considérations différentes de celles développées ici.

3. Rapp. G. CHAMPENOIS, Defrénois 2002, p. 1019, obs. sous Cass. Civ. 1^e, 27 nov. 2001, qui approuve l'éviction de l'art. 2276 dans l'arrêt du 27 novembre 2001 car «les deux fonctions traditionnelles de l'art. 2279 sont inadaptées», mais qui réserve le cas où «il n'est pas contesté qu'un meuble corporel a été transféré à un conjoint par l'effet d'un contrat entre époux et que la possession de ce conjoint n'est pas viciée». L'art. 2276 retrouve effectivement dans cette hypothèse tout son sens.

probatoire quant aux biens.

164. Désactiver la présomption de propriété est une première étape. Un pas suivant peut être franchi pour les formes de vie commune, conjugale ou non ¹, où aucune présomption de propriété commune n'existe. Il s'agit d'offrir aux «cohabitants» la possibilité de prouver l'existence d'une possession commune et d'en déduire, par le biais de l'art. 2276, qu'il y a titre commun. Ainsi, lorsque la propriété d'un bien meuble est contestée, de deux choses l'une : soit l'une des parties parvient à prouver la propriété exclusive du bien par un faisceau d'indices suffisamment concordants, soit l'une des parties arrive à prouver l'existence d'une *possession commune*. Cette dernière preuve n'est pas facile, car le vice d'équivocité risque vite d'entacher la possession commune. Mais si la preuve réussit, pour un bien qui est manifestement traité comme commun par les parties, alors le juge doit considérer que la copossession vaut titre commun. La propriété commune supplétive étant l'indivision, il peut ordonner ensuite un partage du bien en valeur. Il existe un texte, l'art. 2276, et une ancienne théorie, celle de la possession commune, qui permettent de le faire.

165. À l'heure où la doctrine s'interroge sur la nécessité de doter les formes de conjugalité d'un statut protecteur minimum, il n'est pas inutile de proposer la théorie de la copossession comme mécanisme. Quels avantages ? D'abord, la possession concerne une situation de fait ; or c'est de cela qu'il s'agit, pour les concubins et autres cohabitants. Ensuite, la théorie de possession est *objective*. Elle est indifférente à la nature de la relation affective entre les intéressés. Du moment que des biens sont traités comme communs, ils deviennent communs. Une telle théorie évite de se poser la question de savoir ce qu'est un concubinage ou à quel degré il doit produire des effets patrimoniaux. Quand bien même on considérerait — mais l'affirmation commence à vieillir — que les concubins sont «hors du droit» en ce qui concerne leurs relations affectives, le droit civil des biens a vocation à s'appliquer pour le règlement de leurs litiges patrimoniaux.

1. La cohabitation ne se réduit pas aux formes de vie en couple, même si sociologiquement il s'agit du modèle dominant. Cf. J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal » in *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012, p. 563-587.

166. Cette proposition peut faire sourire : voilà qu'on tente de ressusciter la communauté taisible¹. Mais les leçons de l'histoire ont été retenues : à l'inverse des droits coutumiers, la vie en commun ne suffit pas ici à rendre les biens communs. Il faut prouver, bien par bien, l'existence d'une possession commune en passant sous les fourches caudines de la possession non viciée. Aucun des excès, jadis dénoncés par Beaumanoir et Loysel, et ayant provoqué l'éradication des communautés taisibles en droit français, n'est donc à craindre. En admettant la théorie de la copossession, le droit français se doterait d'un outil lui permettant de dire que lorsqu'un bien meuble a été commun de manière manifeste, il doit être partagé. Et non automatiquement attribué, comme aujourd'hui, au dernier possesseur, ce qui est la solution la plus absurde qui soit.

167. Conclusion du paragraphe. La propriété s'organise autour de deux corps de règles : les règles régissant les relations avec les non-propriétaires ; les règles régissant le rapport à la chose objet du droit de propriété. L'extérieur, l'intérieur, pour le dire à très gros traits. La propriété privée se définit par les règles avec l'extérieur. Il s'agit de protéger l'appropriation, qu'elle soit individuelle ou collective. S'il est légitime de parler de *propriété* commune, c'est parce que l'unicité ou la pluralité de propriétaires ne change rien quant aux relations avec les non-propriétaires.

Pour les règles internes, les choses sont plus complexes. Les droits sont de même nature, que l'on soit en présence d'une propriété individuelle ou collective. «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois» (art. 544 du Code civil). Il n'y a rien à ajouter, à retrancher, à préciser. Les particuliers ont le droit de jouir et de disposer librement de leurs biens. Ils peuvent le faire de manière solitaire (propriété individuelle) ou avec d'autres (propriété commune).

Mais dans le second cas, cela suppose alors une certaine *coordination* et un *aménagement* dans la répartition des prérogatives de la propriété. Cette répartition peut se faire de diverses manières, ce qui explique le pluralisme de formes

1. Les communautés taisibles reposaient sur des mécanismes de prescription acquisitive ; le délai d'un an et d'un jour est celui de la prescription acquisitive de droit commun à l'époque médiévale (J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2010, n° 361.).

de propriété commune.

§ 2. Les formes de propriété commune

168. Dans une propriété commune, identifier les propriétaires ne suffit pas à résoudre entièrement le problème d'allocation. L'existence d'une propriété commune permet de dire *qui ne peut rien faire* : les non-propriétaires. Elle permet aussi de dire que, pris tous ensemble, les propriétaires en commun ont un pouvoir absolu sur leur chose. Mais on ne sait pas encore comment les prérogatives de la propriété vont être aménagées *entre* les propriétaires en commun.

Il faut donc une autre série de règles dont la fonction est d'organiser la propriété commune, au sens très précis de répartir les prérogatives conférées par la propriété. Cette série de règles s'incarne dans une **forme juridique**, qui pose les répartitions de principe des prérogatives de la propriété. La forme juridique est un mode d'organisation particulier d'une appropriation en commun. En ce sens, l'indivision, les formes sociales, la communauté, les fonds communs de placement sont des formes de propriété commune.

Il convient donc en premier lieu de constater la diversité des formes de propriété commune (A) puis de rechercher les causes de cette diversité (B).

A. La diversité des formes de propriété commune

169. Le droit positif admet un grand nombre d'institutions dont la fonction est d'organiser une appropriation en commun. Cette diversité est possible grâce à deux facteurs : la possibilité pour les propriétaires de conclure un contrat afin d'organiser leur propriété commune (1) et l'absence de *numerus clausus* des formes de propriété commune en droit français (2).

1. La liberté des propriétaires quant à l'organisation

170. Les propriétaires peuvent convenir par contrat de la façon dont leurs biens communs seront gérés. Ils disposent en général d'un choix à la fois dans le type de contrat et dans les modalités de ce dernier : ainsi un bien entre époux

peut être objet d'une société d'acquêts ou indivis. Les fondateurs d'une société ont le choix entre différentes formes sociales.

Une fois la forme choisie, les propriétaires peuvent adopter les règles qu'ils souhaitent, dans la limite de l'ordre public, dont l'intensité est variable selon les formes. La liberté contractuelle quant au contenu du contrat est ainsi plus importante dans la société civile et dans le contrat de mariage que dans la société anonyme ou la copropriété des immeubles bâtis.

171. Les contrats organisant les propriétés communes peuvent être rattachés à la catégorie doctrinale des contrats-organisation, telle qu'elle a été esquissée par M. Paul Didier¹. Le lien entre contrat-organisation et propriété commune a d'ailleurs été explicité par M. François Chénéde : «En termes juridiques, et de manière plus précise, nous dirons que les [contrats se rattachant aux opérations de] distributions supposent l'existence d'une *propriété collective*»².

L'assimilation n'est cependant pas totale car la notion de contrat-organisation a été construite pour rendre compte des propriétés communes créées *ex nihilo* par les parties. Une telle restriction ne paraît pourtant pas justifiée. Les propriétés communes involontaires peuvent aussi être aménagées par contrat. Ainsi, la convention d'indivision peut opérer une mise en commun, mais peut aussi porter sur des biens déjà indivis, notamment dans le contexte successoral. D'autre part, à se restreindre aux contrats créant des propriétés communes, on risque de rendre difficilement séparable la notion de contrat-organisation de celle de société. Dès lors, à quoi bon élaborer une catégorie qui ne renvoie, fondamentalement, qu'à la société et ses épigones ?

Il faut donc bien distinguer deux étapes : la *formation* de la propriété commune, qui peut être d'origine contractuelle ou légale et l'*organisation* de la propriété commune, qui peut être assurée par la loi ou par le contrat, le plus souvent par les deux. Il arrive qu'un même contrat, comme le contrat de société, assure les deux étapes. Mais elles doivent être distinguées. Comme l'écrivait P. Didier dans son article fondateur : «Le contrat de société, lui, ne se borne pas à imposer aux parties l'obligation de mettre quelque chose en commun. Il définit les règles

1. P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.

2. F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, préf. d'A. GHOZI, Economica, 2008, n° 40.

selon lesquelles seront gérés les biens communs, à quelle fin ils le seront, par qui et sous le contrôle de qui, ce qui sera fait des résultats, heureux ou malheureux, de cette gestion, etc»¹. Dans la perspective de la propriété commune, c'est cette seconde fonction qui est la plus pertinente : elle permet ainsi de rattacher à la catégorie les règlements de copropriété et de manière générale tous les contrats organisant des propriétés communes déjà existantes.

2. L'absence de *numerus clausus*

172. Contrairement au droit suisse par exemple, il n'existe pas en droit français de *numerus clausus* des propriétés communes. Ainsi, si la plupart des formes de propriété commune sont nommées par la loi (a), la jurisprudence reconnaît la spécificité de formes innommées (b).

a. Les propriétés communes nommées par la loi

173. Même si la loi reconnaît différentes formes de propriété commune, celles-ci ne sont pas d'égale importance².

Trois géants : l'indivision, la société et la communauté. Ces formes sont les références du droit français, tant dans une perspective historique que pour le droit positif. Comme il a été dit dans le chapitre précédent, elles sont cependant loin d'être fixes. À certaines époques, communauté et société ne sont guère distinguées, puis au contraire se distinguent nettement. Il en est de même pour l'indivision avec les deux autres formes. Cette extrême porosité (dès lors que l'on se place sur le temps long historique) est explicable par leur nature juridique unique : celle d'être des formes de propriété commune. La frontière n'est que provisoire et se déplace sous l'effet des changements économiques et sociaux.

1. P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ. Com.* Nov. 1995, p. 74. Les travaux doctrinaux suivants se sont plutôt focalisés sur le premier élément pour la caractérisation du contrat-organisation (F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, préf. d'A. GHOZI, Economica, 2008. ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2011. ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, préf. de C. BRENNER, Economica, 2012.). Dès lors, les discussions ont tourné autour des concepts classiques de formation des contrats, comme l'intérêt poursuivi par les contractants ou la cause (Cf. la discussion très fine opérée dans J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 : *Le contrat - Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 307 et s.).

2. L'annexe présente une liste des formes de propriété commune en droit positif.

La société désigne désormais plus un groupe de formes juridiques (les formes sociales) qu'une forme juridique en soi. Il devient difficile en effet de désigner une «société de droit commun»¹.

Les *formes moyennes* ensuite. D'apparition plus récente, souvent par le biais d'une «grande loi», elles présentent une certaine autonomie dans les règles et dans l'esprit : copropriété des immeubles bâtis, organismes de placement commun, association, coopérative.

Les «*petites*» formes, enfin : biens de famille, copropriété des navires, indivisions forcées, etc. Ce à quoi il faut ajouter la myriade de groupements spéciaux, voire très spéciaux². Il s'agit souvent de formes «partiellement nommées», c'est-à-dire que la loi ne les régit pas totalement. C'est pour ces formes que la nécessité d'un régime supplétif ou d'un cadre commun se fait le plus sentir.

174. Il peut arriver que le législateur crée une forme de propriété commune sans nécessairement s'en rendre compte. C'est par exemple le cas de la fiducie. L'article 2011 du Code civil dispose en effet que le contrat de fiducie peut instituer une pluralité de fiduciaires : ces derniers sont donc *copropriétaires fiduciaires*. Si l'hypothèse semble concerner essentiellement la fiducie-gestion, elle engendre un grand nombre d'incertitudes quant au régime applicable. Le contrat de fiducie peut en effet prévoir une répartition interne des pouvoirs *entre* les fiduciaires, par exemple en opérant une spécialisation des tâches ou un fonctionnement collégial. Mais à l'égard des tiers, chacun des fiduciaires est «réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation des pouvoirs» (art. 2023, C. Civ.). Mais que faire si le contrat de fiducie ne distingue pas les pouvoirs reconnus à *chaque* fiduciaire et se contente de préciser de manière globale l'étendue des pouvoirs des fiduciaires ? Une solution très rigoureuse serait de prononcer la nullité de la fiducie sur le fondement de l'article 2018 6° du Code civil : cet article exigerait que la mission de *chaque* fiduciaire soit explicitée. Dans le cas contraire, un régime supplétif pour les rapports entre fiduciaires

1. V. la discussion opérée dans P. LE CANNU, « Existe-t-il une société de droit commun ? » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 247-258.

2. Sur le phénomène, qui ne s'est pas amélioré depuis, v. D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz - Litec, 1983, p. 471.

devient nécessaire. La question théorique de la nature de la propriété fiduciaire devient alors déterminante¹. Si la propriété fiduciaire est vue comme une propriété ordinaire, alors l'application du droit de l'indivision est inévitable². Si en revanche on insiste sur l'irréductibilité de la propriété fiduciaire à la propriété ordinaire, alors la copropriété fiduciaire échappe à l'indivision, mais aussi à la possibilité de se voir reconnaître un régime supplétif applicable³. Cette dernière option est sans doute la plus sage : le juge doit écarter l'application automatique de l'indivision et plutôt rechercher quelle a été la commune intention des parties quant à la répartition des pouvoirs entre fiduciaires. Ont-ils voulu une gestion concurrente ou concertée ? L'objet et la durée de la fiducie peuvent également aider à déterminer quel était le régime souhaité, ou, à défaut, le régime souhaitable.

En tout état de cause, la copropriété fiduciaire est un exemple de forme nommée de propriété commune sans régime supplétif. Seul le contrat peut organiser les rapports entre copropriétaires fiduciaires, ce qui génère des incertitudes en cas de silences.

Outre ces formes nommées, la pratique peut créer de nouvelles formes non réductibles aux formes déjà existantes.

1. Sur cette question, v. notamment P. CROcq, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire » *in La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 9–13. ; M. GRIMALDI, « La propriété fiduciaire » *in La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 5–8. ; B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété » *in Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010.

2. V. en ce sens C. GRIMALDI, *Droit des biens*, 1^{re} éd., LGDJ, 2016, n° 397, note 714 : « Au cas où plusieurs fiduciaires seraient nommés, ils seraient indivisaires et soumis en tant que tels, *mutadis mutandis*, aux règles de l'indivision ».

3. L'autonomie de la propriété fiduciaire par rapport à la propriété ordinaire a été surtout défendue en matière de fiducie-sûreté, car même l'exclusivité reçoit dans ce cas une coloration différente par rapport à la propriété ordinaire (C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. de M. GRIMALDI, Economica, 2015, n° 177.). Elle est un peu moins nette en matière de fiducie-gestion puisque le ou les fiduciaires exercent souvent les prérogatives classiques du propriétaire. Mais il peut être difficile de distinguer entre les deux utilisations alors que le législateur a précisément voulu un régime unitaire sur cet aspect.

b. L'admission d'une forme innommée : la tontine

175. L'opération de tontine, née de la pratique notariale, consiste à acheter à plusieurs un bien qui appartiendra, de manière rétroactive, au dernier survivant. Parmi les nombreuses difficultés que pose la tontine figure la situation des tontiniers tant que la clause est pendante. Cette question a été qualifiée «d'irritante, quoique fondamentale»¹ ou d'«énigme la plus troublante» de la tontine². Plusieurs combinaisons ont été proposées en doctrine, jouant sur l'idée de propriété conditionnelle, afin de faire échapper la tontine au spectre de la prohibition des pactes sur succession future. La jurisprudence a pu ainsi considérer que chacun des tontiniers était propriétaire du bien en entier sous condition suspensive du prédécès des autres³. Ces bricolages conceptuels, dont les limites ont été montrées⁴, ne doivent pas masquer l'économie fondamentale de l'opération : le bien est commun entre tous les tontiniers, avant de devenir propre au dernier d'entre eux. Dès lors, il vaut mieux analyser la tontine comme une forme innommée de propriété commune⁵.

Le fait que seul l'un des tontiniers ait vocation à devenir propriétaire du bien est indifférent à la qualification. La vieille institution du *joint tenancy* du droit anglais fonctionne sur le mode de la clause d'accroissement : à la mort de l'un des copropriétaires, la part des autres augmente, jusqu'au dernier survivant⁶. Au final, seul l'un des *tenants* sera propriétaire. On retrouve également un tel mécanisme dans les sociétés coutumières africaines⁷. Non seulement la clause d'accroissement n'est pas un obstacle à ce que la tontine soit qualifiée de forme

1. C. GRIMALDI, « Mystérieuse tontine » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 417-429, n° 7.

2. J. PATARIN, *RTD Civ.* 1998, p. 432, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997.

3. Cass. Ch. mixte., 27 nov. 1970, n° 68-10462, Bull. n° 3 ; D. 1971. 81 concl. LINDON, JCP 1971. II. 16821, note BLIN.

4. M. GRIMALDI, *D.* 1995, p. 51, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 fév. 1994. n° 4.

5. V. également en ce sens J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, n° 22, p. 299.

6. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, préf. de G. SAMUEL, LGDJ, 2004, n° 926 et s. Cette institution issue de *common law* n'est pas l'exact équivalent de la tontine. C'est une forme très particulière de propriété commune. Il s'agit simplement de montrer par ce parallèle que la clause d'accroissement fait partie des mécanismes que l'on retrouve dans l'organisation de la propriété commune

7. J.-H. ROBERT, « Les sources du droit des sociétés au Cameroun oriental » in *Études R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 239-246.

de propriété commune, mais elle constitue même un argument en ce sens ! La clause d'accroissement est un des modes d'extinction de la propriété commune, à l'instar du partage¹.

176. Si on admet la tontine comme forme de propriété commune, les difficultés ne font que commencer. Quel régime appliquer ? L'indivision, par défaut² ? Sauf que l'indivision prévoit un droit au partage, dont l'exercice ruinerait totalement l'opération. La jurisprudence avait donc le choix entre reconnaître la spécificité de la tontine en chassant l'indivision, ou bien condamner la tontine en considérant qu'une propriété commune innommée devait être qualifiée d'indivision.

177. La première solution l'a clairement emporté, même si la justification de la Cour de cassation a évolué.

Dans un premier temps, elle s'est contentée de paralyser le droit au partage tout en recourant au modèle de l'indivision. Un arrêt a ainsi affirmé que «la clause d'accroissement écarte l'indivision» ; toutefois «tant que que la condition ne s'est pas réalisée, les parties ont des droits concurrents qui emportent le droit pour chacune d'entre elles de jouir indivisément du bien, droit dont l'exercice peut être organisé par le juge»³. La formulation pouvait paraître maladroite, voire contradictoire. Elle trahit en tout état de cause la difficulté de penser en droit français la propriété commune en dehors de l'indivision. Pourtant, historiquement et conceptuellement, l'indivision n'est qu'une forme parmi d'autres de propriété commune.

Un arrêt récent semble montrer une volonté d'émancipation quant aux fondements. La Troisième chambre civile a en effet censuré une Cour d'appel pour violation de l'art. 815-9 du Code civil et des «principes régissant la clause d'ac-

1. Il est évidemment tout à fait possible de prévoir les deux possibilités. Ainsi la *joint tenancy* prévoit outre le mécanisme d'accroissement la possibilité de partager le bien, si toutefois tous les copropriétaires y conviennent (M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, préf. de G. SAMUEL, LGDJ, 2004, n° 936.).

2. C. GRIMALDI, « Mystérieuse tontine » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 417-429, n° 7 : «on ne voit pas quel autre statut qu'indivis le bien acquis en tontine pourrait avoir, dès lors que le bien appartient collectivement aux tontiniers».

3. Cass. Civ. 1, 9 fév. 1994, n° 92-11111, Bull. n° 60 ; D. 1995. Somm. 51, obs. M. GRIMALDI ; RTD Civ. 1995. 151, obs. F. ZENATI, 159, obs. J. PATARIN.

croissement»¹. La question était de savoir si le tontinier occupant de manière exclusive le bien commun devait une indemnité d'occupation. Dans l'indivision, l'art. 815-9 répond par l'affirmative ; la Cour d'appel avait justement refusé une telle indemnisation au motif que la tontine n'est pas l'indivision et que l'art. 815-9 n'était pas applicable. Il est vrai que l'art. 815-9 du Code civil n'est pas applicable ; mais cela ne veut pas dire qu'une indemnité d'occupation n'est pas due. Dans les formes de propriété commune prévoyant un partage de l'*usus*, toute occupation exclusive donne droit à une indemnisation, sauf clause contraire². Cette règle, à notre avis de portée générale, a été considérée par la Cour de cassation comme un «principe régissant la clause d'accroissement». Il est probable que d'autres principes soient reconnus. En tout état de cause, la spécificité de l'opération tontinière est désormais clairement reconnue par la jurisprudence.

B. Les fondements du pluralisme

178. Dans la conception défendue ici, la forme de propriété commune doit s'interpréter comme une réponse aux problèmes structurels causés par l'appropriation en commun. On peut faire l'hypothèse que la diversité des réponses est liée à la diversité sociologique et économique des situations d'appropriation en commun. Pour comprendre la diversité juridique des formes de propriété commune, il faut prêter attention à la diversité réelle des situations d'appartenance commune. Le pluralisme juridique serait un reflet du pluralisme sociologique et économique.

Il est alors tentant de distinguer la propriété collective à caractère individualiste, à caractère communautaire et à caractère institutionnel. L'indivision romaine, la communauté germanique, la personne morale : la propriété collective dans ses trois hypostases. Pourtant, il n'est pas certain que cette trinité soit adaptée pour rendre compte du droit positif. Cette opposition faite entre indivision romaine - contradictoire, individualiste et précaire - et communauté germanique - rationnelle, collective et stable - a sans doute été exagérée à la fin du XIX^e siècle

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2013, n° 12-15453, Bull. n° 168 ; RDC 2014. 425, obs. S. PELLET ; RTD Civ. 2014. 407, obs. W. DROSS ; LPA, 14 mai 2014, note G. MAHINGA ; RLDC 2014/3, n° 113, p. 56, obs. A. PAULIN.

2. V. infra, n° 689 et s.

pour des motifs plus idéologiques que techniques. Il fallait insister sur la singularité de la tradition allemande par rapport à la tradition latine (c'est le projet global d'un Gierke par exemple). Josserand reprendra cette dichotomie pour ses propres projets : promouvoir un droit social s'opposant à un droit individualiste. D'où le paradoxe de l'*Essai sur la propriété collective* : au lieu de *renouveler* l'analyse de l'indivision ou de la personne morale, Josserand préfère les laisser de côté en magnifiant la *Gesammte Hand*.

Cette opposition, malgré son intérêt pédagogique, n'est pas adaptée pour rendre compte du droit positif. L'indivision est à mi-chemin entre les deux modèles¹. La communauté légale, classée comme une véritable propriété collective, intègre aussi de forts aspects individualistes (gestion exclusive). L'œuvre de collaboration a été qualifiée de copropriété assimilable à l'indivision, mais aussi de véritable propriété collective irréductible à l'indivision². Quant aux personnes morales, elles peuvent recourir à des organisations très communautaires ou très individualistes : la SAS en est le parfait exemple.

Il est donc nécessaire de retenir une typologie plus fine en dégagant les situations types de propriété collective (1) qui ne recoupent pas nécessairement les formes juridiques (2).

1. W. DROSS, « L'évolution du droit de l'indivision », *Droit et ville* 2014, 77, p. 5–34. Pour les prémisses avant la réforme de 2006, v. J. PATARIN, « La double face du régime juridique de l'indivision » in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 331–343.

2. V. en faveur de la première thèse, A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle*, LGDJ, 2005. En faveur de la seconde, G. SALORD, *La propriété collective des œuvres*, thèse Paris II, 2007, n° 382. ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. de C. CARON, LexisNexis, 2010, n° 540.

1. Quatre idéaux-types de propriété commune

179. Malgré la diversité dans le temps et dans l'espace des formes de propriété collective, on peut identifier quatre idéaux-types suffisamment stables dans le temps long historique pour être significatifs. Ces idéaux-types sont proposés à ce stade comme simple hypothèse de travail. Leur pertinence ne pourra être appréciée qu'au terme de l'étude, si on réussit à montrer le lien entre le régime juridique des formes de propriété commune et les situations sociologiques d'appropriation en commun ¹.

Un idéal-type n'est pas une catégorie. Il ne délimite pas, il rassemble des institutions présentant un air de famille ². Par conséquent, alors que l'appartenance à une catégorie est en général exclusive de l'appartenance à une autre, une même institution peut prendre les traits de plusieurs idéaux-types ³.

Les quatre idéaux-types proposés pour l'ensemble des propriétés communes sont proches des classifications historiques faites en matière sociétaire. Ulpien distinguait quatre types de société : les sociétés de tous les biens, les sociétés d'un seul bien, les sociétés pour une affaire particulière et les sociétés de publicains (Dig. 17.2.5). Il ouvre ainsi une longue tradition doctrinale, puisque cette classification survivra à travers les siècles, notamment via Pothier, avec les adaptations nécessaires ⁴.

1. Une liste plus complète des formes de propriété commune classées par idéal-type est proposée en annexe.

2. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 1. : «En histoire du droit, comme en droit comparé, il nous paraît adéquat d'utiliser des notions très générales - ce que le sociologue Max Weber appelait un "idéaltyp", une construction de l'esprit avec des traits très accentués ne correspondant à aucune réalité empirique précise, mais à laquelle on peut rapporter les phénomènes observés par l'expérience - plutôt que de reprendre des concepts "indigènes" de la science du droit, ces derniers ayant toujours des caractères liés à leur histoire et à leur contexte culturel».

3. Sur le caractère stipulatif de l'idéal-type, v. M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, trad. par J. FREUND, Plon, 1965, p. 185 : «L'idéaltyp est un tableau de pensée, il n'est pas la réalité historique ni surtout la réalité "authentique", il sert encore moins de schéma dans lequel on pourrait ordonner la réalité à titre d'*exemplaire*. Il n'a d'autre signification que d'un *concept limite* purement idéal, auquel on *mesure* la réalité pour clarifier le contenu empirique de certains de ses éléments importants, et avec lequel on la *compare*».

4. V. POTHIER, « Traité du contrat de société » in *Œuvres*, 1808, p. 138, qui élargit les sociétés de publicains aux «sociétés de commerce» et qui précise le champ des sociétés pour une affaire particulière à l'exercice en commun d'un art ou d'une profession. Pour le droit actuel, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015,

i. Les propriétés communes domestiques

180. Les propriétés communes domestiques sont celles qui découlent du choix de vivre en commun sous un même toit. Ce sont des «associations d'existences»¹. Il s'agit du phénomène le plus ancien, et peut-être le plus stable : «la vie familiale communautaire est une réalité tenace»². De manière plus précise, Max Weber considère que la communauté domestique «s'exprime par la solidarité à l'égard de l'extérieur et par la formation d'une unité communiste d'usage et de consommation des biens quotidiens (communisme domestique) fondée sur l'unité indissoluble qu'établissent, à l'intérieur, des relations de piété strictement personnelles»³. Le simple *fait* de cohabiter avec d'autres personnes tend à engendrer une communauté de biens, qui peut être plus ou moins étendue selon les époques et les lieux⁴. Le «non-droit» domine, encore aujourd'hui ; pendant longtemps, il était d'ailleurs la seule forme de normativité reconnue. Ensuite, le droit intervient, de manière plus ou moins poussée : les contrats d'affrèment, précédemment évoqués, pouvaient être extrêmement précis sur les droits de chacun des membres de la maison sur les biens communs⁵. Le contrat de mariage peut aussi atteindre un grand niveau de précision dans la définition de la société d'acquêts⁶. De manière générale, parce que les liens de confiance sont forts, les

n° 14 et s., qui relèvent quatre usages principaux pour la société : elle peut être une technique d'organisation du partenariat, d'une entreprise ou du patrimoine ou un instrument d'optimisation juridique et financière.

1. L'expression est de Planiol : «Les époux échappent aux règles ordinaires des sociétés, parce que leur communauté n'est pas une société comme les autres ; elle est avant tout une association d'existences» (M. PLANIOL, *DP* 1891, 2. 353, obs. sous CA Nancy, 25 févr. 1891.).

2. J. HILAIRE, *La vie du droit*, PUF, 1994, p. 21.

3. M. WEBER, *Économie et société : L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, t. 2, Pocket, 1995, p. 82.

4. Dans son étude sur les communautés familiales, Jean Gaudemet distingue quatre traits distinctifs malgré la diversité des formes. Une communauté familiale est un groupement (i) fondé sur la parenté (ii) ayant un patrimoine commun, (iii) gérant de manière collective ce patrimoine et (iv) admettant une forme de communauté de vie (J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Marcel Rivière, 1963, p. 12-13.).

5. J. HILAIRE, « Les perspectives historiques des usages communautaires » in *La vie du droit*, PUF, 1994, p. 29. : «Tout ce qui concernait la vie de la communauté était en général beaucoup plus détaillé dans les affrèments que dans les contrats de communauté familiale entre parents et enfants : entretien, éducation, avenir des enfants assuré sur les biens communs, bourse commune éventuellement placée dans un coffre dont chacun des frères aurait une clé, etc.».

6. Il faudrait distinguer les sociétés d'acquêts «à titre universel» qui sont des quasi-communautés, et les sociétés d'acquêts «à titre particulier», ne concernant qu'un seul bien. V.

pouvoirs individuels sont étendus : droit d'usage, mais surtout droit de disposer. Les comptes sont souvent très imparfaitement tenus, voire pas du tout tenus. Le communisme domestique se caractérise en effet par l'absence «de “calcul” de répartition, chacun apportant la contribution qui correspond à ses forces et obtenant la jouissance de ce qui est nécessaire à ses besoins (pour autant que les biens disponibles soient suffisamment abondants)»¹. La contribution aux charges du mariage fonctionne selon ce principe².

181. Les formes juridiques applicables aux situations domestiques ont varié. La société a été utilisée dans l'Antiquité et au Moyen Âge (sous les formes de la *societas omnium bonorum* ou *societas vitae*) ; la communauté coutumière, contractuelle ou taisible, s'y rattache, de même que des formes plus spécifiques de contrats, comme l'affrèment. Pothier englobait sous le terme de «communauté» à la fois les communautés coutumières entre membres d'une même famille, mais aussi les biens mitoyens, et plus généralement les relations de voisinage.

Aujourd'hui, la vie en commun se déroule en général au sein de la cellule familiale nucléaire. Les propriétés communes domestiques ont donc été réduites aux biens communs des couples : communauté légale, société d'acquêts, indivision entre époux séparés de biens ou concubins, indivision d'acquêts.

en ce sens P. SIMLER, « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Defrénois* 2012, p. 1259, n° 5 et s.

1. M. WEBER, *Économie et société : L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, t. 2, Pocket, 1995, p. 83-84. L'auteur ajoute qu'il s'agit «de la caractéristique essentielle de la communauté domestique formée par la “famille” moderne, mais ce n'est le plus souvent qu'un reliquat limité aux biens consommés dans le ménage».

2. Cf. Code civil, art. 214. Cette disposition a d'ailleurs pour effet d'instaurer «une dose de communauté dans la liquidation des régimes séparatistes» (A. TISSERAND-MARTIN, « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 803-813, p. 804.). L'application la plus remarquable concerne le logement indivis entre époux séparés de biens. Même si le financement a été inégal, la jurisprudence peut refuser d'accorder une créance contre le conjoint en considérant que l'acquéreur ou l'emprunteur n'a fait que contribuer aux charges du mariage. Sur cette tendance, v. G. CHAMPENOIS, « Le financement du logement familial indivis par des époux séparés de biens » in *Mélanges R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 45-59.

ii. Les propriétés communes de jouissance

182. Les propriétés communes de jouissance regroupent toutes les situations où les propriétaires profitent de l'utilité directe des biens communs, sans pour autant être liés par des liens communautaires préexistants (idéal-type 1). Ces propriétés communes sont centrées sur les biens eux-mêmes ; ils ne sont pas des moyens au service d'autres objectifs (idéaux-types 3 et 4).

183. Les propriétés communes de jouissance peuvent résulter de la volonté des propriétaires : ces derniers décident d'acheter ou de mettre en commun un bien en vue d'en retirer une utilité.

Chaque époque a son exemple phare : l'esclave¹, la vache², l'immeuble³. Souvent, la propriété commune naît d'une contrainte financière : l'objet est acheté à plusieurs car il ne peut être acheté seul. Les modes de gestion sont variables, et dépendent principalement du nombre de propriétaires et de leur degré de confiance mutuelle⁴.

Enfin, de manière plus récente, certaines mises en commun de biens ne se sont pas justifiées par la volonté de partager l'usage entre les propriétaires, mais par la volonté d'augmenter le rendement des biens. C'est le cas des fonds communs de placement. Ce qui est recherché ici dans la propriété collective, c'est son effet de masse : la valeur globale des éléments assemblés est supérieure à la somme des valeurs de chaque élément pris individuellement. Encore faut-il pour que ce soit le cas que la gestion soit très rationalisée, c'est-à-dire confiée à un professionnel.

184. La jouissance en commun peut aussi être subie. C'est le cas des héritages avant le partage, des parties communes dans les immeubles, des murs mitoyens, des diverses « indivisions forcées » reconnues par la jurisprudence. L'organisation de cette jouissance commune dépend des relations préexistantes entre

1. Il s'agit de l'hypothèse par excellence de la *societas unius rei* dans la classification d'Ulpien.

2. Il s'agit de l'exemple choisi par Pothier pour illustrer ce type de société : POTHIER, « Traité du contrat de société » in *Œuvres*, 1808, n° 54.

3. Il existe environ un million de SCI en France aujourd'hui, ce qui représente 30% du total des sociétés (M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 1284.).

4. Cf. infra, n° 486 et s.

propriétaires. Plus les relations sont communautaires, plus la gestion de ces biens communs «par nature» est laissée dans la sphère du non-droit. À l'inverse, plus les relations sont impersonnelles, plus il devient nécessaire pour le droit de réglementer précisément les relations entre des copropriétaires qui ne s'accorderaient pas autrement. La précision de la réglementation des parties immobilières communes est peut-être un indicateur de la faible signification sociologique du voisinage en France : «la contradiction reste fondamentale entre les nécessités économico-sociales qui ont imposé ce mode d'habitat et l'aspiration "pavillonnaire et jardinière" qui demeure au cœur des individus et des familles»¹.

185. Par-delà leur diversité, les propriétés communes volontaires organisant la simple jouissance d'un bien sont écartelées depuis le droit romain jusqu'à nos jours entre deux formes juridiques : la société et l'indivision. La difficulté naît des propriétés communes de jouissance ayant une certaine stabilité dans le temps mais ne constituant pas une entreprise. Les propriétaires se contentent de partager les revenus et les fruits tirés des biens communs. Les hésitations du Digeste sur la question font écho à des hésitations plus récentes à propos des étalons². L'éphémère "société d'indivision" créée par la Cour de cassation concernait précisément des propriétés communes de jouissance³.

Cet «entre-deux» des propriétés communes de jouissance se retrouve également dans les fonds communs de placement, le législateur ayant refusé l'application de l'indivision ou de la société au profit d'un régime propre, qui se situe à mi-chemin entre l'indivision et la société⁴.

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 843.

2. V. H. ABERKANE, «L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision» in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 11-21.

3. V. supra, n° 66. Pour le XIX^e siècle, v. F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, préf. de J. PATARIN, LGDJ, 1968, n° 311 et s.

4. T. BONNEAU, «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil», *RTD Civ.* 1991, p. 1, n° 53, qui retient la qualification de patrimoine d'affectation. Dans le même sens, pour une non-application du droit des sociétés : M. STORCK, «De la nature juridique des fonds communs de placement» in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz - LGDJ, 2006, p. 521.

iii. Les propriétés communes d'alliance

186. Il y a propriété commune d'alliance lorsque des personnes mettent des biens en commun dans le but d'exercer en commun leur activité individuelle. Par opposition au prochain type, les propriétés communes d'entreprise, chaque propriétaire exerce une activité, de manière relativement indépendante. À proprement parler, il n'y a pas d'activité collective, mais une somme d'activités individuelles, plus ou moins coordonnées. Ce type de propriété commune se retrouve dès le droit romain, renaît avec le droit commercial sous la forme de la société en nom collectif et continue encore aujourd'hui à travers la société civile professionnelle ou la société d'exercice libéral. L'étendue de la propriété commune est variable : elle peut inclure seulement quelques biens (sociétés civiles de moyens), les revenus ou bien encore une fraction de revenus, l'autre fraction restant propre, etc. Tout dépend du degré d'engagement communautaire des personnes en cause.

187. Si le type précédent était concentré sur les biens, ce type se focalise sur les propriétaires. Ici, la communauté de personnes prime la communauté de biens. Jusqu'au triomphe de l'économie de marché, les propriétés communes d'alliance se confondaient d'ailleurs avec les propriétés communes domestiques. Le terme même de «compagnie», dont l'étymologie renvoie au fait de partager le pain, l'atteste¹. En *common law*, le terme de *partnership* désigne désormais tant une alliance à but économique qu'une forme de conjugalité entre personnes de même sexe (*civil partnership*). Aujourd'hui, seuls les mots témoignent de cette origine commune. Les sphères familiales et économiques étant plus dissociées, il est légitime de séparer les deux idéaux-types.

188. En ce qui concerne les formes juridiques, nous sommes dans la chasse gardée de la société, dans la tradition continentale, et du *partnership*, en *common law*. Contrairement aux deux types précédents de propriété commune, les biens communs sont *affectés* à l'activité de chacun des membres : la mise en commun permet une synergie d'ordre professionnel.

1. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 97.

iv. Les propriétés communes d'entreprise

189. Alors que l'idéal-type précédent se caractérisait par le rôle actif des propriétaires, la même exigence ne se retrouve pas dans les propriétés communes d'entreprise. Ici, il s'agit simplement de mettre en commun des *ressources*, de l'argent principalement, afin de conduire une *activité collective*. Une activité est collective si elle est distincte de l'activité menée par les propriétaires à titre individuel. Les biens sont affectés, comme dans le type précédent, à la poursuite de cette activité collective, irréductible à l'activité singulière de chacun des propriétaires. L'objet social est le symptôme le plus manifeste que la mise en commun ne repose pas sur la volonté de profiter des biens, mais de les utiliser pour réaliser quelque chose. Les propriétaires en commun trouvent leur intérêt, financier ou non, dans cette réalisation.

190. C'est donc une alliance de biens, et non de personnes. La société de capitaux en est évidemment le symbole, mais le phénomène est beaucoup plus ancien, bien que plus sporadique. On peut rattacher à cette tradition les sociétés de publicains et les collèges romains, les parages médiévaux, les compagnies coloniales avant le développement des groupements depuis la fin du XIX^e siècle. Aujourd'hui, l'association, la société et les coopératives sont les formes juridiques de référence¹.

1. Certains droits étrangers, notamment les droits anglais et allemand, ne font pas du but lucratif un critère déterminant au sein des groupements. Les mêmes formes juridiques peuvent servir indifféremment à des buts intéressés ou désintéressés. La distinction est une spécificité des pays «latins» : France, Italie, Espagne (B. GLANSDORFF, « De quelques avatars de la notion de société, à la lumière du droit comparé » in *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 462.). Par ailleurs, la distinction entre les groupements lucratifs et non-lucratifs devient de plus en plus délicate en droit français (sur le phénomène et ses causes économiques : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 66 et s.). Ces deux considérations expliquent pourquoi ce critère n'a pas été jugé suffisamment pertinent pour constituer deux catégories de propriété commune distinctes.

2. L'écart possible entre idéal-type sociologique et forme juridique

191. Il n'existe pas de recoupement parfait entre les idéaux-types et les formes juridiques. La société est aujourd'hui utilisée pour opérer une propriété commune de jouissance, d'alliance ou d'entreprise. Inversement, un même idéal-type admet une pluralité de formes juridiques.

D'autre part, une forme juridique peut relever de plusieurs idéaux-types. Par exemple, la copropriété quirataire est une propriété commune de jouissance, teintée de propriété commune d'entreprise¹ Une coopérative, du fait de son caractère fermé, est à mi-chemin entre une propriété commune d'entreprise (elle développe une activité propre) et d'alliance (mais seulement pour ses adhérents).

192. Pourquoi distinguer ces types sociologiques pour mener une analyse juridique des formes ? Notre hypothèse est que chaque forme juridique répond au "fonds communs de problèmes" de la propriété commune en fonction de son type sociologique. L'idéal-type sociologique est la clé permettant de comprendre le régime actuel et passé des formes, car le pluralisme juridique se calque sur un pluralisme sociologique. Il doit donc être possible d'expliquer le régime en fonction de ces paramètres sociologiques et économiques.

193. Si cette hypothèse est correcte, alors on devrait observer des convergences entre les formes juridiques appartenant au même type sociologique, quand bien même elles ne relèveraient pas formellement de la même institution. Par exemple, les sociétés de jouissance à temps partagé doivent être plus proches de la copropriété des immeubles bâtis que d'une société classique, menant une entreprise.

1. On peut donc l'analyser comme une copropriété "spéciale" ou une société "spéciale". Dans le premier cas, elle est irréductible à l'indivision : l'analyse en termes de *GesammtHand* a été proposée en doctrine (v. H. DONNEDIEU DE VABRES, « De la copropriété des navires », *Annales de droit commercial* 1907, p. 310.). Dans le second cas, elle est de toute manière irréductible à un type sociétaire existant. En effet, comme le notait Ripert : « Essayer de faire rentrer la copropriété de navire dans un type actuel de société commerciale est une tâche vaine, pour cette excellente raison que la copropriété a existé bien avant que ces types se soient dégagés et qu'elle continue d'exister avec son aspect antique dans notre société moderne » (G. RIPERT, *Droit maritime*, 4^e éd., t. 1, Rousseau, 1950, n° 782.). Sur le maintien du particularisme en droit positif, v. P. DELEBECQUE, *Droit maritime*, 13^e éd., Dalloz, 2014, n° 524.

De manière corollaire, lorsqu'une forme juridique est utilisée pour une situation sociologique nouvelle, ne relevant pas de son type habituel, des modifications dans le régime devraient apparaître. Citons dès à présent l'exemple de l'indivision, qui est initialement une propriété commune de jouissance. La forme juridique s'est exportée vers d'autres usages, mais s'est transformée au fil des réformes : ainsi en est-il de l'indivision d'acquêts, propriété commune domestique, qui tend à se rapprocher de la communauté ; ou de l'indivision conventionnelle, pensée pour permettre la gestion de l'entreprise indivise, qui se rapproche, elle, du régime de la société.

194. Conclusion de la section. Au terme de cette longue section, l'idée de propriété commune est désormais posée. La propriété commune peut être une propriété. Elle l'est, car le droit protège de la même manière l'appropriation en commun et l'appropriation individuelle. La propriété privée, celle du Code civil, s'applique à ces deux cas. Et de même qu'il existe une propriété individuelle et une propriété commune, il existe une possession individuelle et une possession commune, que le droit français reconnaît timidement et qui mériterait une plus grande audience.

Mais si *ensemble* les propriétaires ont «le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue», il est nécessaire de définir les habilitations *entre les propriétaires*. Telle est la spécificité structurelle de toute propriété commune. Voilà pourquoi la propriété commune s'incarne toujours dans une forme juridique définissant la manière dont se répartissent les prérogatives de la propriété. Ces formes juridiques, volontaires ou forcées, sont très diverses, car les manières de répartir ces prérogatives sont très diverses. En dernière analyse, la clé de cette diversité réside dans les caractéristiques sociologiques et économiques de ces propriétés communes. Le discours du droit doit toujours être mis en relation avec cet «arrière-plan» non juridique.

Il est donc possible de donner une consistance juridique à l'idée d'appropriation en commun. Reste à déterminer ce qui peut être approprié de cette manière, c'est-à-dire quels sont les objets possibles de la propriété commune.

Section II L'objet de la propriété commune

195. Quelles “choses” - au sens le plus large du terme - peuvent être appropriées en commun ? *A priori*, on serait tenté de rechercher un *principe d'équivalence* : tout ce qui peut être approprié de manière individuelle peut être approprié de manière commune. Il ne fait aucun doute que les biens usuels, corporels ou incorporels, puissent faire l'objet d'une propriété collective, sous une forme ou sous une autre.

Toutefois, l'hésitation peut survenir au sujet de choses qui ne sont pas purement extérieures à la personne, mais sont liées à cette dernière. Dans ce cas, on peut concevoir qu'elles fassent l'objet d'une propriété individuelle ; mais peuvent-elles faire l'objet d'une propriété en commun ?

La validité du principe d'équivalence doit donc être appréciée au regard de ces “cas difficiles”. S'il est possible de parler de propriété commune à propos de ces objets, alors on pourra tenir le principe d'équivalence pour vérifié. Deux exemples peuvent être choisis : la force de travail, irréductiblement liée à la personne du travailleur (§1) ; les droits personnels qui sont des liens interpersonnels (§2).

§ 1. Tous les biens ? Le cas des fruits du travail

196. La force de travail, proprement dite, est indéfectiblement liée à la personne physique. Elle ne peut donc pas faire l'objet d'une propriété commune. Toutefois, il n'est pas certain qu'elle fasse également l'objet d'une propriété individuelle, puisqu'elle «est totalement inaliénable, incessible et intransmissible» ¹.

Toutefois, la force de travail est une source de valeurs qui peut être exercée au seul profit du travailleur ou mise à disposition d'un tiers ². Le problème

1. T. REVET, *La force de travail*, préf. de F. ZENATI, Litec, 1992, n° 349, qui préfère parler de “quasi-propriété”.

2. *Ibid.*, n° 351 : la force de travail est «une espèce de propriété utile : elle est susceptible d'*usus* et de *fructus*, mais non d'*abusus*. Réalité frugifère, la force de travail est une source de

juridique se concentre sur deux questions. Comment analyser cette mise à disposition de la force de travail ? À partir de quand un fruit du travail devient-il un bien autonome, pouvant faire l'objet d'un droit de propriété ?

197. De manière peut-être un peu réductrice, les réponses à la première question se sont faites en considération de la nature du contrat de travail¹. Selon la thèse du Professeur Revet, la mise à disposition doit s'analyser comme un louage, c'est-à-dire que l'*usus* et le *fructus* sont conférés à l'employeur. Si l'attribution des fruits du travail à l'employeur n'est pas contestable, le terme de louage de la force de travail suscite plus de résistances². N'est-ce pas plutôt une simple obligation de faire³ ? Si la mise à disposition d'une chose s'entend traditionnellement comme le fait de conférer l'*usus* et le *fructus*, dans le cas de la force de travail le transfert du *fructus* est indéniable, celui de l'*usus* est plus contestable.

198. En ce qui concerne la seconde question, l'hésitation porte sur le processus même. Le travail peut aboutir à créer une chose, qui sera dès lors un bien objet de propriété ; il peut aussi augmenter la valeur d'une chose existante en l'améliorant, par exemple. Née dans le sujet, la force de travail s'objective dans ses produits. Lorsque l'objectivation est complète, c'est-à-dire quand le bien est détachable du travailleur, ce dernier exerce un droit classique de propriété sur le bien ainsi produit, à moins qu'il ne soit lié par un contrat de travail.

Mais ce processus d'objectivation peut lui-même être incertain : c'est le cas de la clientèle civile ou de la notoriété. Le «cédant» tente de faire reporter sur le «cessionnaire» la confiance dont il bénéficie, fruit de son activité passée, mais il n'est jamais sûr d'y parvenir. Peut-on dès lors objectiver la clientèle sous forme

valeurs : elle a vocation à être mise en œuvre, à être exploitée. La liberté de travail confère au sujet le droit de l'utiliser, en la négociant — sa mise en œuvre étant juridiquement opérée par l'employeur — ou en la mettant lui-même en œuvre».

1. Même si symboliquement et quantitativement le contrat de travail est par excellence le contrat ayant pour objet une industrie, le contrat d'entreprise aussi repose sur le déploiement du travail de l'entrepreneur.

2. P. LE TOURNEAU, « Remarques terminologiques autour de la vente » in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 478. ; P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats » in *Mélanges J. Foyer*, Economica, 2008, p. 828—829.

3. F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, préf. d'A. GHOZI, Economica, 2008, n° 176.

d'un «bien» (d'un «quasi-bien» ?) pour permettre l'accomplissement d'actes juridiques ? L'ambiguïté de la solution retenue par la jurisprudence témoigne de l'incertitude du statut de ce fruit du travail, entre objectivisme et subjectivisme ¹.

199. Si ces difficultés ont été principalement étudiées en doctrine dans le champ des échanges (contrat de travail, cession de clientèle), on les retrouve également dans deux figures intéressantes de très près les propriétés communes : l'industrie des époux dans les régimes matrimoniaux communautaires et l'apport en industrie dans les sociétés. Bien qu'aujourd'hui les deux institutions appartiennent à des domaines du droit différents, elles sont issues du même moule, la «société-communauté» médiévale, régissant à la fois les relations patrimoniales de la famille et les relations économiques, à une époque où la dissociation n'existait pas ². L'étude successive de ces deux institutions permettra de mieux cerner dans quelle mesure le travail et ses fruits peuvent être dits objet de propriété, et partant objet de propriété commune.

A. L'industrie des époux, un bien commun ?

1. Les fruits du travail des époux, actif de la communauté

200. L'art. 1401 du Code civil énonce que «la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres».

Par conséquent, «si le travail est un bien, ce ne peut être, en régime de communauté, qu'un bien commun, ou du moins un bien dont les fruits doivent tomber en communauté» ³. Le terme de «bien commun» est effectivement gênant,

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 98-17731 ; Bull. n° 283 ; Rapport, p. 366, D. 2001. 2400, note AUGUET ; Defrénois 2001, p. 431, note R. LIBCHABER ; JCP G 2001 I 301, n° 16, obs. J. ROCHFELD ; ibid. II 10452, note VIALLA ; JCP E 2001. 419, note G. LOISEAU ; RTD Civ. 2001. 130, obs. J. MESTRE et B. FAGES, p. 167, obs. T. REVET.

2. Les notaires parlaient fréquemment «d'apports» pour désigner ce qui était versé à la communauté conjugale (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1932, p. 309.).

3. P. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une «valeur empruntée» à la communauté ? » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 786.

car la force de travail ne peut être appropriée de manière plurale. En revanche, tout ce qui en émane est immédiatement commun¹. Dans un arrêt récent², elle a considéré qu'un stock d'eau de vie et de pineau, que la Cour d'appel avait qualifié comme élément de l'exploitation viticole appartenant en propre à l'un des époux, était au contraire «un produit de l'industrie personnelle du mari». Par conséquent, le stock tombe en communauté. Il n'importe absolument pas pour la Cour que ces biens soient issus d'une exploitation appartenant en propre, ou même qu'ils servent à cette exploitation³. La formulation de l'attendu révèle un certain automatisme : à partir du moment où un bien est issu de l'industrie personnelle d'un époux, il est commun. La communauté est «aux aguets»⁴ ; elle prélève à la source, pourrait-on dire.

201. Le fait que chacun des époux dispose d'un pouvoir exclusif dans l'utilisation de ses gains et salaires (art. 223, C. Civ.) ne change rien à la qualification. Selon la conception de la propriété commune défendue ici, la question de l'appartenance d'un bien est distincte de la question des habilitations sur les biens⁵. Dans une propriété individuelle, cette dissociation est beaucoup moins visible puisque le propriétaire peut tout faire sur son bien ; l'écart entre les deux notions est beaucoup plus clair dans les propriétés communes.

2. Un îlot de résistance : l'absence de récompense à la communauté pour le travail sur les propres

202. Si effectivement (i) les fruits de l'industrie des époux sont des biens communs, et que (ii) «toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit

1. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 257 : le terme d'industrie dans l'art. 1401 «désigne le travail des époux, sous toutes ses formes (manuelles ou intellectuelles, peu importe), et, plus largement, toutes leurs activités (exercice d'une profession mais aussi travaux d'amateurs)».

2. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2012, n° 11-25264, Bull. n° 270 ; RTD Civ. 2013. 428, obs. crit. B. VAREILLE ; Defrénois 2013. 305, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; RD rur. comm. 93, note R. LE GUIDEC.

3. Cf. W. DROSS, obs. préc.

4. R. LE GUIDEC, note préc.

5. Cf. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 258. qui parlent de «dissociation possible entre les pouvoirs sur un bien et la qualification de ce bien». Sur les différentes manières de répartir les habilitations sur les biens communs, v. infra, n° 538 et s.

personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense» (art. 1437, C. civ), alors (iii) une récompense est due dès lors qu'un époux effectue un travail sur un bien propre, le sien ou celui de son conjoint.

203. À la différence de certains juges du fond et d'une partie de la doctrine, la Cour de cassation refuse pour le moment ce syllogisme¹. Le meilleur argument en faveur de cette ligne jurisprudentielle est technique : «l'époux dont le travail a amélioré un de ses propres ou celui de son conjoint, n'est ni débiteur, ni créancier de récompense envers la communauté, car la communauté ne s'est ni appauvrie, ni enrichie»².

204. Derrière cette question se dessine sans doute la conception que l'on a de la théorie des récompenses. Si l'on voit le jeu des récompenses comme une sorte d'application de la théorie de l'enrichissement sans cause³, venant compenser des mouvements de valeur, alors on est peu enclin à donner récompense à la communauté pour le travail d'un époux sur un bien qui lui appartient en

1. L'arrêt «tête de file» est Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-19346, non publié ; JCP 1993 I 3656, n° 11, obs. A. TISSERAND ; RTD Civ. 1993. 410, obs. LUCET et Vareille. ; la jurisprudence est constante depuis (v. récemment à propos de l'industrie déployée sur le propre du conjoint : Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n° 11-25444, Bull. n° 114 ; D. 2013. 1410 ; JCP N 2013, 1234, note B. BEIGNIER.). Pour une critique de cette ligne jurisprudentielle, v. P. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une «valeur empruntée» à la communauté ? » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 785. ; D. R. MARTIN, « Les règlements liquidatifs entre époux » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 601-615, n° 12.

2. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Defrénois, 2007, n° 609. La Cour de cassation affirme quant à elle que «l'industrie personnelle ne peut être source de récompense», sans plus de justifications. Dans un arrêt, resté isolé (Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 1994, n° 92-14747, Bull. n° 172 ; D. 1995. 43, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 1995, art. 36040, p. 442, obs. G. CHAMPENOIS.), la justification fut un peu plus développée : «la construction litigieuse a été réalisée par le mari, non pas pendant ses heures de travail, mais durant ses moments de loisir, qu'il n'était pas tenu de consacrer à la conservation ou à l'amélioration des biens communs». L'arrêt pointe que l'époux n'a pas de devoir envers la communauté, ce qui est tout à fait exact. Chaque époux travaille comme il le veut, sur ses biens propres, sur les biens communs, sur le bien de tiers. Il peut même ne pas travailler du tout. Mais *s'il travaille*, la valeur produite est toujours commune. Notons que la Cour ne semble pas hostile dans le régime séparatiste à analyser le travail d'un époux sur les biens de l'autre comme une «valeur empruntée» (Cass. Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, n° 06-15547, Bull. Civ. n° 390, JCP G 2008 I 144, n° 24, obs M. STORCK ; RTD Civ. 2008. 695, obs. T. REVET. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 23 fév. 2011, n° 09-70745, Bull. Civ. n° 39, JCP G 2011 I 551, n° 19, note R. LE GUIDEC ; AJ. Fam. 2011, p. 272, obs. HILT.).

3. V. en ce sens R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général : Sources des obligations*, t. 3, A. Rousseau, 1923, n° 186.

propre. Elle ne s'est pas «appauvrie», en ce sens. Mais on peut aussi voir les récompenses de manière plus objective. Dans cette conception, les récompenses visent à redonner à chaque masse *ce qui lui est objectivement dû*¹. Or, si la communauté a droit à tous les fruits de l'industrie personnelle des époux, alors elle a droit en valeur à toutes les plus-values engendrées par le travail d'un époux, quand bien même ce dernier porterait sur un bien propre.

205. Le régime légal de communauté montre en quel sens la force de travail peut être "commune" : même liée à la personne individuelle des propriétaires, il est tout à fait possible de dire que tout ce qui émane de la force de travail sera immédiatement commun. À partir du moment où le fruit d'un travail s'objective, il devient objet de propriété commune par effet de la loi.

Est-ce un simple privilège de la loi, liée à la force des relations entre époux ? Non, car on peut aboutir à un résultat équivalent par une convention préalable : c'est l'hypothèse de l'apport en industrie.

B. L'industrie de l'apporteur, un bien commun ?

206. Après avoir été pendant des siècles un élément essentiel du contrat de société - si essentiel qu'on ne prenait pas la peine de le mentionner - l'apport en industrie fut déclaré *persona non grata* dans la société par actions. La grande vague du capitalisme industriel, fondée exclusivement sur l'accumulation de capitaux, étant un peu passée, le retour s'amorce. Il est cependant difficile. L'apport en industrie reste très flou et semble pouvoir porter sur des objets très divers : un travail, classiquement entendu, mais aussi la notoriété, le crédit, un savoir-faire... Le régime est à la recherche de son unité. Il est aussi à la recherche de son perfectionnement : si l'apport en industrie a progressé ces dernières années dans le droit des sociétés, cette reconnaissance reste inachevée en l'état actuel du

1. V. plutôt en ce sens M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les régimes matrimoniaux*, par J. BOULANGER, 2^e éd., LGDJ, 1960, n° 890. : «La récompense est de même nature que le emploi. C'est un *procédé technique* destiné à empêcher que la masse de biens communs ne se trouve, au moment du partage, augmentée ou diminuée aux dépens ou au profit de l'un des conjoints. C'est donc un moyen de *faire respecter les règles du régime de la communauté*». Le paragraphe suivant prend ses distances avec la vision des récompenses comme application de l'action *de in rem verso*.

droit positif. L'appréhender sous l'angle de la propriété commune peut permettre d'apporter des précisions.

1. L'objet de l'apport en industrie : l'apport des fruits d'un travail

207. À quoi s'oblige l'apporteur en industrie exactement ? L'art. 1843-3 al. 6 du Code civil énonce : «L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport». L'essentiel de l'apport en industrie réside donc dans le fait que tous les gains, toute la valeur produite par la force de travail de l'associé sont affectés à la société. Autrement dit, cette valeur est commune.

208. L'apport porte généralement sur les fruits futurs : c'est la promesse de développer l'activité sociale grâce à la contribution d'une force de travail. Mais il peut aussi s'agir de fruits passés : l'apport en industrie couvre alors la notoriété, le savoir-faire, le crédit ou la clientèle. Pour ces derniers, l'hésitation est permise : ne peut-on pas les objectiver sous forme de choses et les soumettre au régime de l'apport en nature ? On peut considérer que si la valeur économique du «bien» apporté peut se déployer sans le concours physique de la personne, alors l'objectivation est suffisante pour que l'apport en nature soit applicable, même si le bien est le fruit d'un travail passé de l'apporteur. Dans le cas contraire, si l'exploitation économique du bien ne peut se faire sans le concours de la personne, c'est un apport en industrie¹. Par exemple, l'apport d'une «influence» ressort de l'apport en industrie², mais l'apport d'un carnet d'adresses relève de l'apport en nature.

209. L'unité de l'apport en industrie apparaît donc clairement : ce dernier couvre *les valeurs créées par la force de travail de l'associé, futures, voire pas-*

1. V. également en ce sens, à propos de l'apport en savoir-faire, C. MALECKI, « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1169, p. 1173 : «lorsque la création est indissociable et constamment dépendante de l'Homme pour sa mise en œuvre, une force de travail pure, et non un élément susceptible d'appropriation (marque, droits d'auteur, brevets), le régime à suivre est bien celui de l'apport en industrie». Un bien détachable non breveté devrait pouvoir faire l'objet d'un apport en nature.

2. La Cour de cassation exige pour la validité de l'apport que l'influence ait une «consistance réelle» et soit «licite». Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juil. 1997, n° 95-11837, *Bull. n° 247* ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 992, note J.-J. DAIGRE.

sées, et non totalement détachables de sa personne. Ces valeurs sont schématiquement de deux types : l'apporteur en industrie peut créer de nouveaux biens, qui seront la propriété de la société¹, ou bien plus généralement il augmente les recettes, par exemple en créant de nouveaux flux de clientèles.

210. La différence entre apport en industrie et contrat de travail peut ainsi se révéler. Dans le contrat de travail, le travailleur met à la disposition de son employeur sa force de travail, à charge pour l'employeur de l'utiliser à sa guise. Dans l'apport en industrie, l'associé ne loue pas à la société sa force de travail. Cette dernière n'a pas de droit *direct* sur le travail de l'associé, ce qui explique que l'apport en industrie et la subordination soient toujours antinomiques. Comme nombre d'arrêts d'appels l'ont relevé, l'apport en industrie suppose souvent que l'associé participe à la marche des affaires, sans être un exécutant des directives de ses coassociés². L'associé n'ayant pas mis sa force de travail à la disposition de la société, mais seulement les bénéfices de cette dernière, il reste maître de la manière dont il travaille, en coopération avec les autres associés.

211. Bien évidemment, sauf dans certaines sociétés médiévales, tous les gains produits par l'activité de l'associé n'ont pas vocation à être communs³. Seuls ceux résultant d'une activité déterminée et circonscrite ont vocation à l'être. Il est donc essentiel de déterminer dans le contrat de société le champ d'application de l'apport, c'est-à-dire quelles valeurs l'associé s'engage à fournir à la société⁴. Cela peut être relativement large, comme dans une SCP, où tous

1. Dans ce cas-là, le bien constitue un quasi-apport en nature, puisqu'il est apparu par l'alliance entre l'industrie personnelle de l'associé et les ressources matérielles communes. On peut alors considérer que l'apporteur en industrie dispose d'un droit de reprise sur les biens qu'il a lui-même créés, si la société est liquidée. Pour une solution en ce sens, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2006, n° 04-14.749, non publié ; RTD Civ. 2006. 589, obs. T. REVET.

2. Pour un exemple de requalification d'une société en participation en contrat de travail, v. Cass. Soc., 25 oct. 2005, n° 01-45147, non publié ; Bull. Joly Sociétés. 2006. 395, note crit. B. SAINTOURENS. : «la société Sovetra disposant seule de tous les pouvoirs pour assurer le fonctionnement de la société, ce qui était de nature à établir qu'elle avait la maîtrise de l'organisation et de l'exécution du travail que M. X devait effectuer».

3. Sur le caractère contraire à l'ordre public de la société de tous les gains, v. J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2011, n° 279 et s.

4. Cass. Com., 14 déc. 2004, n° 01-11353, non publié ; Dr. Sociétés. 2005. comm. 65, note F-X. LUCAS. : «seuls les statuts déterminent les apports de chaque associé». L'exigence n'a pas lieu d'être en l'absence de contrat de société, lorsque l'apport en industrie sert à caractériser

les gains résultant de l'activité professionnelle sont automatiquement communs, ou bien plus restreint, comme dans l'apport d'un capital relationnel.

2. L'imparfaite reconnaissance de l'apport en industrie

212. Si dans le cadre de la société civile professionnelle et des groupements assimilés, les fruits de l'apport en industrie sont pris en compte dans le calcul de la valeur de l'actif social, il n'en est pas de même dans les sociétés à risque limité.

a. L'admission de la clientèle civile comme bien commun

213. Lorsque des membres de profession libérale s'unissent dans une société, ils peuvent choisir de conserver leur propre clientèle. Dans ce cas, seuls les gains matériels sont rendus communs, mais la force attractive de clientèle reste propre à chacun des professionnels. Toutefois, ils peuvent choisir de rendre commune leur force attractive : c'est le cas si les clients sont orientés indifféremment vers l'un ou l'autre. Dans un arrêt de 1993, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur les effets juridiques d'une telle mutualisation¹. Des radiologues s'étaient unis au sein d'un cabinet et avaient conclu entre eux une société civile immobilière, une société de moyens et une convention prévoyant un partage à parts égales de leurs honoraires, après déduction des frais de fonctionnement. Suite au décès de l'un d'entre eux, les héritiers demandent une indemnité pour «présentation de clientèle». La Cour d'appel fait droit à leur demande. Pourvoi : la clientèle étant attachée à la personne du praticien, elle ne peut se transmettre à cause de mort. Dès lors, l'indemnité versée l'est contre un objet incessible, et est donc dépourvue de cause. La Cour de cassation rejette en faisant sienne la motivation de la Cour d'appel : du fait de la mutualisation des patients, il existe une «clientèle unique attachée au cabinet, de telle sorte que ledit cabinet était titulaire d'un droit de présentation, dont la valeur patrimoniale correspondait, pour chacun des cinq médecins, à son pourcentage d'honoraires». Par conséquent, «il n'y a pas eu [...] cession d'une clientèle attachée

l'existence d'une société créée de fait.

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n° 90-17330, Bull. n° 157 ; Defrénois, 1994. 120, note M.-C. FORGEARD ; RTD Civ. 1994. 639, obs. F. ZENATI.

à sa personne, une telle clientèle n'existant pas, mais transmission à cause de mort, d'une quote-part de la valeur patrimoniale globale du droit de présentation attaché au cabinet de radiologie».

Ce raisonnement est parfait. Tout d'abord, il statue sur la propriété de la clientèle : propre ou commune ? Commune, car en faisant le choix d'orienter indifféremment la clientèle vers l'un ou l'autre, les praticiens ont entendu avoir une seule et unique force attractive, résultant de la moyenne de leur industrie personnelle¹. Détachée de chaque personne physique, la clientèle est donc un bien commun. Ensuite, *dans un second temps*, il faut déterminer les droits des propriétaires en commun sur la chose commune en fonction de la forme juridique choisie. Comme il s'agit d'une société en participation, prévoyant un partage égal des honoraires, on en déduit qu'implicitement le partage doit se faire à parts égales. L'arrêt montre donc clairement que le fruit d'un travail en commun est commun, en l'absence de toute personne morale, qui est un élément totalement indifférent. Autrement dit, la valeur de la masse commune s'accroît par l'exercice de l'industrie des associés.

214. La jurisprudence en tire de multiples conséquences. Tout d'abord au moment de la reddition des comptes, lorsqu'un membre de la structure commune se retire. Les droits de ce dernier doivent se calculer non seulement en prenant en compte tant les actifs matériels que «la quote-part de la plus-value de clientèle issue de son industrie». Cette exigence vaut pour l'évaluation du prix de rachat des parts². La Cour de cassation est allée plus loin en considérant que si la clientèle commune est cédée peu de temps après la cessation d'activité, le retrayant est fondé à demander une partie du prix de cession³. Ensuite, en cours

1. Comp. F. ZENATI-CASTAING, « Clientèles : notion juridique et droit de présentation », *RTD Civ.* 1994, p. 639. : «L'intérêt majeur des espèces rapportées est de révéler que cette dissociation peut s'opérer en cas d'exploitation en commun de la clientèle civile. Ce qui peut attirer la clientèle à partir d'un certain degré d'organisation de l'exploitation, ce n'est plus tant la personnalité d'un membre du groupe que cette organisation elle-même». Le terme de «degré d'organisation» est un peu ambigu, car ici c'est le caractère communautaire de la convention qui est déterminant, plus que l'organisation.

2. Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mar. 1993, n° 91-16157, Bull. n° 97 ; Bull. Joly Sociétés 1993. 596, note J.-J. DAIGRE ; Defrénois, 1994. 120, note M.-C. FORGEARD.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 05-17090, non publié ; Bull. Joly Sociétés 2008. 290, note J.-J. BARBIÉRI.

de vie sociale, lorsqu'il est procédé à une augmentation de capital par incorporation de réserves, les apporteurs en industrie ont droit à des parts ordinaires. La solution est logique : si l'industrie n'intègre pas le capital social, en revanche les fruits de l'industrie, eux, le font. Par conséquent, il est normal qu'au moment où cette incorporation se matérialise par une distribution de parts sociales, tous ceux qui y ont contribué en bénéficient. L'apporteur en industrie est *toujours* un futur apporteur en capital¹, car les fruits de son travail sont communs.

b. Le refus d'attribuer des actions ordinaires à l'apporteur en industrie dans la SAS

215. Au regard de cette reconnaissance croissante dans les sociétés civiles professionnelles, les dispositions applicables à la SAS sont décevantes. Peut-être ne faut-il qu'une révolution à la fois. L'art. L227-1 du Code de commerce ne rompt pas avec le droit commun de l'apport en industrie et n'accorde à l'apporteur que des actions «inaliénables». Une telle restriction pose problème. L'actionnaire s'enrichit de deux façons : grâce aux bénéfices reçus en cours de vie sociale ; grâce à la plus-value résultant de la cession de ces droits. Or si l'apporteur en industrie peut certes s'enrichir par les bénéfices, il ne peut pas réaliser de plus-value sur la vente de ses titres. Pourtant, comme on l'a vu, il contribue autant que les autres à l'enrichissement de la masse commune. Dès lors, une partie de la doctrine a proposé de traiter l'apporteur en industrie comme un associé classique, recevant en échange de son apport des droits sociaux ordinaires².

216. Cette attribution immédiate risque cependant de poser problème en cas d'inexécution de l'apporteur en industrie ou même en cas de mauvaise exécution³. Si les actions ont été cédées, on ne peut envisager ni de les annuler

1. J.-J. DAIGRE, « L'associé en industrie est un associé en capital en puissance », *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1131.

2. L. NURIT-PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *LPA* 3 juil. 2002, p. 4. ; D. PORACCHIA, *D.* 2004, p. 855, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004. La plupart des obstacles traditionnellement opposés à cette attribution n'en sont pas réellement. Difficulté d'évaluation ? Les brevets et les parts sociales peuvent être aussi très difficiles à évaluer. Insaisissabilité ? Les apports en jouissance ne sont pas saisissables non plus.

3. La loi du 4 août 2008 est très imparfaite sur ce point, puisque ce sont les statuts qui doivent régler la question par le biais de clauses d'exclusion ou de retrait. Cf. S. SCHILLER et P.-L. PÉRIN, « Les apports en industrie dans la SAS », *Rev. Sociétés* 2009, p. 59, n° 22.

ni même de demander au cessionnaire d'accomplir la tâche requise¹. Dès lors, ne reste que la responsabilité de l'apporteur en industrie, ce qui suppose que ce dernier soit solvable. Il est donc peut-être imprudent d'attribuer des actions ordinaires à une personne n'ayant rien apporté à la masse commune.

La structure de l'apport en industrie donne une piste de solution. Puisque la masse s'accroît par les fruits du travail, il convient d'attribuer les actions ordinaires *une fois que le travail est accompli*. En d'autres termes, les actions d'industrie deviennent des actions ordinaires dès que le travail est terminé. On peut même envisager une conversion périodique et graduelle, au fur et à mesure que l'actif social se valorise par l'effet du travail de l'apporteur. Ce faisant, on respecte à la fois les intérêts de l'apporteur, qui recevra des actions ordinaires comme les autres associés, et on protège l'actif social puisque l'industrie ne rentre dans le capital que graduellement, exactement comme la valeur économique du travail grossit la valeur globale de l'actif.

217. Conclusion du paragraphe. Au final, les fruits du travail suivent le régime suivant :

	Propriété individuelle	Propriété commune
Loi	<i>Principe :</i> Le fruit est propriété du travailleur	<i>Régime de communauté :</i> Le fruit est commun aux époux
Convention préalable	Le fruit est propriété d'autrui (<i>contrat de travail</i>)	Le fruit fait l'objet d'une propriété commune (<i>apport en industrie</i>)

Même s'il est parfois délicat de déterminer *quand* la valeur d'un travail devient un bien susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété, l'examen du traitement de l'industrie tant par les régimes matrimoniaux que le droit des sociétés révèle que *dès que l'appropriation est possible, cette appropriation peut être indifféremment individuelle ou commune, que ce soit par l'effet de la loi ou du contrat*. Le principe d'équivalence semble donc fonctionner pour les fruits du travail. Reste à voir le second domaine où la nature de l'appropriation suscite une difficulté : les droits personnels.

1. Alors que le cessionnaire d'une action non libérée est tenu de verser l'apport en numéraire requis.

§ 2. Tous les liens ? Le cas des droits personnels

218. Imaginer qu'un même bien ait plusieurs maîtres est déjà difficile ; dire qu'un lien soit approprié en commun l'est encore plus. Et pourtant... Qu'est-ce que la cotitularité, si ce n'est le fait qu'un lien soit rattaché non pas à une personne, mais à plusieurs ?

On sait que l'analyse du «rattachement» des droits aux personnes fait l'objet d'un débat. Pour les uns, ce «rattachement» n'est rien d'autre qu'une propriété. Il est légitime de parler de propriété des droits, des créances, etc.¹. Pour la doctrine majoritaire, une telle assimilation n'est pas possible². La propriété concerne le rapport de l'homme à la chose ; la titularité celle de l'homme aux droits.

219. Ici encore, il est inutile de choisir son camp. Le propos est de montrer qu'il est légitime de considérer les droits subjectifs comme pouvant faire l'objet d'une appartenance commune, quand bien même tout nous pousse à les rattacher seulement à des individus. Si la propriété commune doit s'étendre à la cotitularité des droits personnels, c'est parce que la cotitularité des créances et des dettes rencontre les mêmes problèmes que les autres propriétés communes. Que cette appartenance commune soit appelée «cotitularité» ou «propriété commune des droits» n'a au final que peu d'importance. Si le terme de «propriété commune» sera utilisé par la suite, cela n'implique en rien une incompatibilité des propos avec une approche en terme de cotitularité.

220. Qu'un *droit réel* puisse faire l'objet d'une appartenance commune est accepté depuis le droit romain. L'exemple classique est l'usufruit. La doctrine classique l'a analysé comme une indivision, à savoir comme des droits concurrents sur la même chose. Les impasses de cette approche, déjà relevées en matière d'indivision de propriété, sont valables par analogie avec l'indivision des

1. Cf. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960, n° 13. ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 45 et s. ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. de T. REVET, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012.

2. V. notamment W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 491 et s. ; C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 24. ; J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 149–180.

autres droits réels. L'approche correcte est la suivante : ensemble, les usufruitiers possèdent un droit d'usufruit sur une chose. Ils peuvent opposer ce droit réel au nu-propriétaire et aux tiers, comme le ferait un usufruitier solitaire. Mais du fait de leur pluralité, ils doivent en outre répartir entre eux les prérogatives attachées à leur droit réel, ici l'usufruit. Dans le cas contraire, le problème d'allocation n'est pas résolu. Il faut donc définir comment se répartissent entre eux l'*usus* et le *fructus*.

221. La véritable difficulté gît dans les droits personnels. Ici, il n'y a plus un rapport entre personne et chose, mais un rapport entre personnes. Le sujet de droit étant l'atome conceptuel du droit privé, parler d'un unique lien de droit rattaché à plusieurs sujets paraît difficile. Pourtant, c'est ce qui survient dans l'hypothèse de l'obligation plurale. Cette dernière est souvent traitée comme un objet autonome, à titre de «modalité de l'obligation», sans qu'aucun lien soit fait avec les autres formes d'appropriation en commun¹.

222. Une telle séparation entre les problématiques n'est peut-être qu'une habitude de pensée issue des textes du Code civil. Le droit romain, on l'a vu, avait fait un lien entre l'indivision classique et l'obligation indivisible, en admettant que l'action de l'indivision puisse servir à régler les relations pécuniaires entre les cotitulaires d'une obligation indivisible². Pothier a également rapproché le mécanisme de la solidarité et de la propriété collective dans son *Traité du domaine de la propriété*³. Plus près de nous, Carbonnier notait que la copro-

1. V. cependant W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 498. ; C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 271 bis, qui rapproche le régime de l'obligation indivisible et de l'obligation plurale de l'indivision, tout en écartant l'application de cette dernière. Comp. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil : Les Obligations - Régime*, 1^{re} éd., PUF, 2013, n° 138 et s. qui admettent la possibilité d'une «indivision de créances», mais ne rattachent pas explicitement le mécanisme de l'obligation à sujets multiples à la problématique de l'appropriation collective.

2. Cf. *supra*, n° 26.

3. L'expression "propre et commun sont contradictoires" ne vise qu'à distinguer les droits réels et personnels. Pothier énonce en effet immédiatement après : «En cela, le *jus in re* est différent du *jus ad rem*, plusieurs personnes pouvant être, chacune pour le total, créanciers d'une même chose, soit par une même obligation, lorsqu'elle a été contractée envers plusieurs créanciers solidaires, comme nous l'avons vu dans notre *Traité des Obligations* (Part. 2, chap. 3, art. 7), soit par différentes obligations, soit d'un même débiteur, soit de différents débiteurs. La raison de différence est, qu'il n'est pas possible que ce qui m'appartient, appartienne en même

priété ou indivision «est une modalité qui est au droit de propriété ce qu'est au droit de créance la solidarité active (art. 1197) : il y a deux ou plusieurs sujets pour le même objet»¹.

Tout est dit, si on laisse de côté la référence à la «modalité», qui trahit encore la contrainte conceptuelle exercée par l'obligation bilatérale simple. Plusieurs sujets pour un seul objet : c'est définir de manière objective une propriété commune. Dès lors, si la cotitularité des droits personnels n'est pas réductible à l'indivision, car elle possède des spécificités du fait de la nature de l'objet approprié en commun, elle peut être rattachée à la notion plus générale de propriété commune. Resituer les figures familières du cocontrat (A) ou de l'obligation plurale dans ce cadre commun permet de dissiper les embarras théoriques et pratiques qu'affronte aujourd'hui le droit positif (B).

A. Le contrat commun

223. Après avoir clarifié le sens de «propriété commune» d'un contrat, on pourra analyser les formes juridiques possibles pour organiser un contrat commun.

1. La «propriété commune» d'un contrat

224. Dans la conception usuelle de la propriété, un contrat ne peut faire l'objet d'un droit de propriété. Le but de ce paragraphe n'est pas de soutenir cette opinion, ni même d'élucider la nature du lien entre le contractant et le contrat². Il s'agit simplement de montrer qu'en cas de partie plurale à un contrat, les problématiques usuelles des propriétés communes apparaissent. La similitude de structure débouche donc sur une similitude de difficultés.

temps à un autre ; mais rien n'empêche que la même chose qui m'est due ne soit aussi due à un autre» (n° 16).

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 741.

2. Sur la notion de position contractuelle, v. *infra*, n° 411.

a. Une structure similaire

225. Le nouvel article 1101 du Code civil énonce : «Le contrat est un accord de volontés entre *deux ou plusieurs personnes* destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations»¹. La situation de «partie plurale» est donc prévue par le Code, bien qu'elle n'ait été analysée que de manière tardive en doctrine².

Il est indubitable en premier lieu qu'il n'existe qu'un seul contrat, même en cas de partie plurale. Il n'y a pas «d'éclatement en une pluralité d'actes»³. Si la tentation existe, c'est parce que la volonté de rationalisation incite à décomposer en relations bilatérales entre des individus. L'autre tentation est de personnifier la partie plurale, afin de retrouver le schéma rassurant de la relation bilatérale classique, unissant un contractant avec un autre.

Le contrat est commun, tout simplement. Dès lors, les relations entre contractants unis dans une partie plurale se rapprochent d'autres formes de propriété commune, mais ne s'y réduisent pas⁴. On retrouve dans le cocontrat cet «air de famille» qui caractérise toutes les formes de propriété commune ; mais ce n'est rien d'autre qu'un air de famille, qui s'explique par le fait que le cocontrat est un moyen d'organiser une propriété commune, à l'instar des autres formes.

226. La propriété commune de contrat peut comme toute propriété commune être volontaire ou forcée. Elle est volontaire lorsque des contractants décident librement de s'associer dans un acte unique ; elle est forcée lorsque la loi impose l'existence d'une partie plurale. L'exemple le plus célèbre est celui de l'art. 1751 du Code civil, qui prévoit que «le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention

1. Comp. anc. art. 1101 du Code civil : «Le contrat est une convention par laquelle *une ou plusieurs personnes* s'obligent envers *une ou plusieurs autres*, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

2. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. de P. CATALA, LGDJ, 1990. ; M. MIGNOT, « Sortir du droit romain. L'obligation solidaire et la réforme du régime de l'obligation » in *La réforme du régime général des obligations*, sous la dir. de L. ANDREU, Dalloz, 2011, p. 12. qui qualifie le cocontrat de «réalité ignorée».

3. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. de P. CATALA, LGDJ, 1990, n° 176.

4. *Ibid.*, p. 52-69.

contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux». Il n'y a qu'un contrat de bail mais une partie plurielle¹. Enfin, on trouve des situations plus intermédiaires, à mi-chemin entre le légal et le contractuel, le volontaire et l'involontaire : en matière de bail rural, «le preneur peut, avec l'agrément du bailleur ou, à défaut, l'autorisation du tribunal paritaire, associer à son bail en qualité de co-preneur son conjoint participant à l'exploitation ou un descendant ayant atteint l'âge de la majorité» (art. L. 411-35, Code rural). Au niveau des sources, il y a donc une continuité entre le cas du cocontrat et les formes admises de propriété collective.

b. Des difficultés similaires

227. Le régime du cocontrat pose deux séries de difficultés. La première série est celle présente dans toute propriété commune : comment répartir les droits, devoirs et habilitations entre les propriétaires en commun ? Dans le cas du cocontrat, les difficultés principales naissent de l'exercice des prérogatives contractuelles. Un membre de la partie plurielle peut-il seul exercer une clause résolutoire ou cette décision doit-elle faire l'objet d'un accord préalable entre les membres ? En cas d'inexécution grave par le cocontractant, un membre peut-il résilier unilatéralement par notification (art. 1226, C. Civ.) ? Toutes ces questions sont de la même nature que celles qui se posent dans les autres propriétés communes².

228. La seconde série de difficultés, que l'on va retrouver de manière exacerbée dans le cas de l'obligation plurielle, concerne le cocontractant. Doit-il prendre en compte la pluralité en traitant chacun des membres comme son cocontractant, ou bien peut-il choisir l'un quelconque des membres, à charge pour ce dernier de «représenter» les autres ? Dans la première hypothèse, dès lors que le cocontractant veut mettre en demeure, exercer une action en justice, délivrer un congé, etc., il doit le faire à tous les membres de la partie plurielle³.

1. Comp. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 368. qui le rattache à l'indivision. Pourtant aucun époux ne peut demander le «partage» du bail.

2. Pour des éléments de réponse dans le cas du cocontrat, v. infra, n° 547 et s.

3. C'est la solution retenue notamment pour le congé en matière de cotitularité légale du bail : Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, Defrénois 1991. 728, obs. J-L. AUBERT.

Cette solution a le mérite de protéger tous les membres de la partie plurale, qui sont toujours informés ; elle a le grave inconvénient d'être très lourde pour le cocontractant. L'autre solution présente, de manière symétrique, l'avantage et l'inconvénient inverses.

Cette difficulté n'est pas propre aux propriétés communes ayant pour objet un droit personnel. On la retrouve aussi dans le cas de l'indivision. Le voisin d'un terrain indivis se plaignant d'un trouble de voisinage doit-il assigner tous les indivisaires ou l'assignation de l'un d'entre eux suffit-elle¹ ? Si une œuvre de collaboration est considérée comme constitutive d'une contrefaçon, faut-il agir contre tous les coauteurs ou contre un seul² ?

Toutefois, dans le cas des droits personnels, la nature de l'objet approprié en commun fait que cette difficulté est importante. C'est ce qui explique que la pratique ait développé des formes plus complexes de propriété commune de contrats.

2. Des formes complexes de contrat commun : les syndicats de prêts

229. Pour les opérations de crédit de grande envergure, les incertitudes du régime supplétif du cocontrat sont trop importantes. La pratique a donc organisé contractuellement le contrat de prêt commun, par des conventions particulières, réglant les deux types de difficultés évoquées à l'instant : les relations entre coprêteurs, les relations avec l'emprunteur. En d'autres termes, la partie plurale s'organise elle-même contractuellement. Sans surprise, les travaux doctrinaux sur ces conventions concluent en général à leur nature *sui generis*, après avoir relevé leur proximité avec la société en participation, l'indivision, etc.³.

1. Dans son dernier état, la jurisprudence considère que l'assignation faite à un seul indivisaire est recevable, mais la décision rendue est inopposable aux autres s'ils ne sont pas appelés dans la cause (Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, n° 11-23137, Bull. n° 119 ; Procédures, comm. 230, obs. R. PERROT ; JCP G 2013, doctr. 1225, n° 5, obs. R. LIBCHABER.).

2. Contre tous, selon la Cour de cassation, à peine d'irrecevabilité. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2015, n° 14-11944, à paraître au Bulletin ; CCC 2015, n° 11, p. 32, obs. C. CARON ; Gaz. Pal. 2015, n° 354-356, p. 19, obs. E. PIWNICA ; Dalloz IP/IT 2016, p. 36, obs. J. DALEAU.

3. Y. ZEIN, *Les pools bancaires - Aspects juridiques*, préf. de C. LARROUMET, Economica, 1998, n° 435 et s. L'auteur qualifie certaines opérations de société et d'autres de *sui generis*. ; E. BOURETZ, *Crédits syndiqués - Transfert et partage du risque entre banques*, Revue Banque, 2005, n° 773.

230. L'analyse qui vient d'être faite permet de qualifier ces conventions de formes innommées de propriété commune. Elles n'ont pas d'autre but que de résoudre le problème d'allocation en répartissant les droits et les devoirs des participants. Comme la convention d'indivision ou la société, ces contrats existent pour organiser une propriété commune. L'objet de la propriété commune peut varier. Dans le cas de la syndication directe, chacun des participants verse une partie de la somme à l'emprunteur. L'obligation est le plus souvent conjointe afin que le risque de l'insolvabilité d'une banque pèse sur l'emprunteur et non sur les coprêteurs¹. Dans le cas de la sous-participation, les relations contractuelles entre coprêteurs se font souvent à l'insu de l'emprunteur. Seuls les fonds sont communs et sont remis à un chef de file, qui sera le seul contractant apparent².

231. Les contrats de syndicat sont un parfait exemple de la liberté contractuelle en matière de contrats-organisation. Les habilitations sont en effet définies de manière précise. Les contrats de syndication directe prévoient souvent l'adoption d'un principe majoritaire pour la plupart des décisions³. Le cas des sûretés est particulièrement intéressant, car il s'agit d'une spécificité des propriétés communes de contrat. Les sûretés sont souvent communes, à égalité de rang entre les coprêteurs. S'il s'agit de sûretés réelles, on retrouve en droit contemporain cette idée issue du droit romain d'indivision du droit réel de préférence. Le droit de préférence est en effet commun entre les coprêteurs et va se répartir entre eux. Les contrats de syndicat révèlent comment les habilitations quant aux sûretés peuvent être réparties de manière très différente, suivant les objectifs poursuivis. Certains contrats laissent à chacun des coprêteurs le droit de réaliser les sûretés, d'autres, plus «collectifs», imposent une décision majoritaire pour ce faire et confie les opérations de réalisation à un agent des sûretés⁴. En l'absence de

1. J. TERRAY, « Syndication directe - Formation du contrat », *RD. Banc. fin.* 2004, dossier 100006.

2. E. BOURETZ, « Sous-participation - Rapports entre les banques et effet relatif du contrat », *RD Banc. fin.* 2004, Dossier 100009.

3. E. BOURETZ, *Crédits syndiqués - Transfert et partage du risque entre banques*, Revue Banque, 2005, n° 593 et s.

4. L'article 2328-1 du Code civil permet à l'agent des sûretés de constituer, inscrire, gérer et réaliser les sûretés «pour le compte des créanciers de l'obligation garantie». Comme le *security trustee*, l'agent des sûretés est considéré comme étant le titulaire des sûretés, ce qui permet des cessions de participation dans le pool bancaire sans avoir à recourir aux mesures d'opposabilité.

toute personnalité morale et même d'aide de la loi, le contrat met en œuvre des mécanismes complexes de gestion, notamment en recourant au principe majoritaire. La jurisprudence joue le jeu : la Cour d'appel de Paris a ainsi déclaré irrecevable l'action exercée par un coprêteur minoritaire qui n'avait pas respecté l'obligation de recourir à un vote majoritaire de ses coprêteurs avant d'agir¹.

232. Un contrat peut donc faire l'objet d'une propriété commune. Lorsque c'est le cas, la partie plurale est réunie dans une forme juridique, légale ou contractuelle, plus ou moins complexe, définissant les habilitations de chacun quant à l'exercice des droits et devoirs dévolus à la qualité de créancier ou de débiteur. Il y a donc toute légitimité à inclure le contrat dans le champ d'application de la propriété commune. Qu'en est-il de la matière de tout contrat : l'obligation ?

B. L'obligation commune

233. Une difficulté préliminaire doit être abordée. On conçoit qu'une créance, objet de valeur économique, puisse faire l'objet d'une «propriété commune» ou d'une cotitularité. En revanche, peut-on accoler le terme de «propriété» à la dette, qui contrairement à la créance n'a pas une valeur positive, mais négative ? Pour les auteurs abordant le phénomène par la cotitularité, la difficulté est vite écartée : on parle indifféremment de cotitularité des dettes et des créances.

Pour ceux qui analysent le rattachement en termes de propriété au sens technique, la difficulté est beaucoup plus sérieuse. Car si certains auteurs ont mon-

La figure peine à s'intégrer dans les schémas classiques du droit civil. La qualification de fiduciaire spécial ou de commissionnaire est le plus souvent retenue (v. en faveur de la qualification de commissionnaire, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 355.), mais elle suscite des difficultés (v. P. NABET, « Pour un agent des sûretés efficace en droit français », *D.* 2012, p. 1901.). L'institution subit une «contrainte conceptuelle» (v. supra, n° 78 et s.). Comme le note le Professeur Stoffel-Munck : «Reflétant la décomposition des fonctions que permet le trust, elle suppose d'admettre qu'on puisse être titulaire d'une sûreté sans être titulaire de la créance garantie. Elle suppose aussi qu'on puisse réaliser la sûreté et en percevoir le produit dans son patrimoine sans en être exactement le propriétaire car on agit au profit d'autrui. Une telle révolution culturelle pour le juriste français nécessite davantage qu'un texte de deux lignes. Elle nécessite un régime complet.» (P. STOFFEL-MUNCK, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr.* 2012, n° 213, p. 71.).

1. CA. Paris, 7 nov. 2002, 15^e ch., sect. B., JurisData n° 194192.

tré de manière convaincante qu'on pouvait parler de «bien à valeur négative», une telle conception n'est pas majoritaire¹. Si l'on dit que la solidarité active, l'indivisibilité active et l'obligation conjointe sont des formes «d'indivision de créances»², que faire de la solidarité passive ? Indivision de dettes ? Et si l'on s'y refuse au motif que les notions de bien et de propriété ne peuvent renvoyer qu'à des richesses, que faire de la solidarité passive alors, sans instaurer un fossé entre les deux formes de solidarité ?

La difficulté n'a pas besoin d'être tranchée pour aller plus avant. Les dettes sont de toute manière «rattachées» à une personne, le débiteur, même si la nature juridique de ce «rattachement» est discutée³.

L'idée simplement défendue ici est donc que si un «rattachement» à une personne est possible, alors le rattachement à plusieurs personnes l'est également. S'il est légitime de parler de créance commune, il est tout aussi légitime de parler de dette commune. Le problème est donc clair : il s'agit de savoir comment doit être analysée l'appartenance *en commun* d'une obligation, dette ou créance, et non la nature juridique exacte de cette appartenance.

234. Autant les notions de «partie plurale» ou de «cocontrat» font l'objet d'un certain consensus doctrinal, autant l'obligation plurale provoque beaucoup plus de doutes sur sa nature et, partant, sur son régime⁴. Pourtant, l'obligation est la matière du contrat. L'obligation volontaire à sujets multiples est toujours intégrée à un contrat, qui par conséquent est un cocontrat. Donc si l'on admet

1. En faveur de la catégorie : R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, n° 57. ; D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD Civ.* 2006, p. 663. *Contra* : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 47 : «une obligation, du point de vue passif, ne présente nullement les caractères d'une chose qu'il est utile de s'approprier et donc de transmettre». ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 25-2.

2. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil : Les Obligations - Régime*, 1^{re} éd., PUF, 2013, n° 138.

3. La reconnaissance de la cession de dette par l'ordonnance du 10 février 2016 (art. 1327 et s.) peut être un argument en faveur de l'absorption de la notion de dette dans la catégorie des biens ou des droits. L'argument est cependant loin d'être définitif car le régime de la cession de dette présente d'évidentes spécificités par rapport à la cession classique de biens à valeur positive.

4. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le terme d'obligation plurale désigne à la fois les obligations à objets multiples et les obligations à sujets multiples. Seule cette dernière catégorie nous intéresse.

que le contrat ait une partie plurale, pourquoi ne pas analyser l'obligation à sujets multiples comme une obligation à partie plurale, dans son versant actif ou passif ? Conjoint, solidaire : les mots mêmes insistent sur le caractère commun et unique de l'obligation. Pourtant, tous les efforts doctrinaux visent à nier cette unicité de l'obligation plurale pour la diviser ou la décomposer en une pluralité de liens, entre chaque codébiteur et le créancier.

235. La tendance est perceptible dès le droit romain post-classique, où l'obligation corréale, unique, laisse la place, semble-t-il, à une conception où les liens se divisent. Si un retour à une conception plus unitaire est nette chez Pothier par exemple, la doctrine du début du XX^e siècle va reprendre cette idée de division des obligations plurales en autant de liens qu'il y a de parties. Certes, la division n'est pas de même intensité lorsque l'obligation est conjointe ou solidaire, mais on retrouve cette tentative systématique d'établir un lien de droit, que l'on essaye de rapprocher le plus possible de la structure du droit personnel individuel, entre chaque codébiteur et le créancier. La volonté de rationaliser conceptuellement le droit privé a incité la doctrine (et l'incite toujours) à décomposer l'obligation à sujets multiples en une série de relations bilatérales. Dans l'indivision, on cherchait à tout ramener à un droit réel classique, unissant une personne et une chose ; dans l'obligation à sujets multiples, on cherche à tout ramener à un droit personnel classique, unissant deux personnes. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'analyse classique rencontre des difficultés à rendre compte de l'obligation à sujets multiples (1). Il faut donc replacer l'obligation plurale dans la problématique de la propriété commune. Une obligation plurale est toujours, tout le temps une obligation *commune*. Et comme tout objet de propriété commune, l'obligation plurale peut se voir appliquer des *formes juridiques* différentes. Le droit positif les connaît sous le nom d'obligation conjointe, solidaire et *in solidum* (2).

1. L'analyse classique : la présence d'une pluralité de liens de droit

236. Même si la décomposition de l'obligation à sujets multiples en une série de liens n'a pas la même portée selon les formes (conjoint ou solidaire), elle débouche dans les deux cas sur des impasses théoriques et pratiques, ce qui

doit conduire à rejeter l'analyse du rapport entre codébiteur et créancier comme un rapport classique d'obligation.

a. Dans l'obligation conjointe

237. Le droit commun de l'obligation plurale, c'est l'obligation dite conjointe et le principe de division censé la régir. Ce principe de division est aujourd'hui clairement affirmé par le Code civil à l'article 1309¹. Que dit ce principe de division ? Que la dette, par hypothèse commune au départ, et donc unique, se scinde en une pluralité de dettes. Chaque codébiteur est donc tenu d'une dette, qui lui est propre, avec un montant défini et un lien propre l'unissant au créancier. Voici un droit personnel classique : la logique bilatérale est donc restaurée, en apparence du moins.

238. En apparence, car dire que la dette se divise obscurcit la situation plus qu'elle ne la clarifie. Premier problème : quand s'opère la division ? La dette naît unique et finit divisée ? Quand se scinde-t-elle ? Il n'est pas sûr que la question ait un sens appliqué à un objet purement intellectuel comme la dette. Est-ce à dire que la dette naît divisée et qu'elle n'est unique qu'un instant de raison² ? Mais alors, à prendre au sérieux cette division parfaite de la dette conjointe, on ne voit plus du tout la différence entre une obligation conjointe et des obligations totalement indépendantes, qui ont pour seul trait commun d'avoir le même débiteur ou le même créancier. Comme l'a montré un auteur, la différence réside dans l'unité ou la pluralité de cause matérielle³ : l'obligation conjointe a pour contrepartie un flux unique de valeur, alors que des obligations indépendantes possèdent chacune leur contrepartie. Pour différencier deux colocataires (tenus conjointement) et deux locataires indépendants, la seule solution est de savoir

1. «L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux». Le principe était reconnu auparavant sur le fondement de l'anc. art. 1220 (v. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, 1^{re} éd., LGDJ, 2005, n° 226.).

2. V. en ce sens M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. d'E. LOQUIN, Dalloz, 2002, n° 547 : «Juridiquement parlant, la convention fondamentale pluripartite génère *ab initio* un faisceau d'obligations conjointes à la charge des coobligés. Dès lors, il n'y a pas division d'une même dette ou d'une même créance mais naissance directe de plusieurs créances ou dettes conjointes».

3. A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2004.

s'il y a mise à disposition d'un seul ou de deux logements. C'est cette même unicité de cause qui justifie l'unité du paiement dans l'obligation tant conjointe que solidaire¹. Le principe de division sort très mal en point de cette démonstration : voilà donc une obligation qui est divisée quant au *debitum* et à l'*obligatio*, mais qui garderait une cause unique. L'obligation conjointe ne peut être totalement "divisée" : dans l'analyse classique elle reste à la fois unique et plurale.

239. La contradiction théorique déteint sur le régime. Il n'est pas vrai que les obligations conjointes soient indépendantes, puisqu'un certain nombre d'événements peuvent affecter collectivement toutes ces obligations supposées être autonomes les unes des autres. Comme le note un auteur, «le débiteur qui verse sa part ne peut plus être poursuivi ni mis en demeure. Mais sa libération n'est qu'incomplète, en ce sens qu'il risque toujours de se voir opposer un droit de rétention, une exception d'inexécution, et même de subir une action en résolution du contrat». Dès lors, la «division», «loin de déboucher sur une juxtaposition d'obligations autonomes, semble simplement assigner à chaque débiteur une portion d'une dette qui demeure unique, à bien des égards»². Nous serions tentés de dire : la dette demeure unique, à *tous les égards*. Que chaque codébiteur puisse opposer un bénéfice de division n'altère pas la structure unitaire de l'obligation conjointe³.

Le "principe de division des dettes" indique simplement que le paiement est fractionné entre les codébiteurs, c'est-à-dire que chaque débiteur est libéré indépendamment des autres. Mais l'obligation ne se réduit pas au paiement. L'erreur est de passer de la division du paiement à la division de l'obligation. Le terme d'obligation conjointe est donc justifié ; l'appeler «disjointe» ou «divise» serait encore pire, car ce serait refouler durablement sa nature irréductiblement commune.

1. A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2004, n° 288.

2. M. JULIENNE, « Pour un réexamen du principe de division des dettes conjointes », *D.* 2012, p. 1201, n° 16 et 17.

3. V. *infra*, n° 248 et s.

b. Dans l'obligation solidaire

240. Passons à l'obligation solidaire. Bien que l'unicité de l'obligation soit généralement admise et que les relations entre codébiteurs solidaires soient vues comme «de nature communautaire»¹, une décomposition continue de se faire. Reprenant l'analyse dualiste de l'obligation, l'obligation solidaire se caractériserait par une unité de *debitum*, une unité de cause matérielle et une pluralité d'*obligatio*.

241. Comment en est-on arrivé là ? Il faut remonter, semble-t-il, à l'analyse faite par Aubry et Rau de l'ancien article 1200 du Code civil. Cet article disposait :

«Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint à la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier».

La définition de la solidarité pose très clairement l'unité de l'objet. Plusieurs personnes sont obligées à une même chose. «Même» est ici à prendre dans le sens d'«unique», et non pas dans le sens de «similaire»². L'article exprime ensuite la «manière» dont cet objet unique est appréhendé, ce qui fait la spécificité de la solidarité : chacun peut être contraint au paiement et le paiement fait par l'un libère le créancier.

Or voici comment Aubry et Rau lisent ce texte :

«L'obligation est solidaire entre les débiteurs lorsque, d'après le titre qui la constitue, chacun d'eux est à considérer, dans ses rapports avec le créancier, comme débiteur de l'intégralité de la prestation, en d'autres termes, lorsque chaque débiteur se trouve obligé *in totum et totaliter*, comme s'il était seul débiteur»³.

1. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 1359.

2. Il y a toujours une ambiguïté dans le mot «même». Le mot n'a pas le même sens dans l'expression «nous avons le même médecin» (unicité) et «nous avons les mêmes chaussures» (similarité). On peut lever l'ambiguïté en recourant à la distinction classique proposée par C. S. Peirce entre «identité d'occurrence» (*token*) ou «identité de type» (*type*).

3. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 4, 1871, §298 *ter*.

On voit le mouvement doctrinal consistant à reconstruire une obligation individuelle classique dans les rapports entre chaque codébiteur et le créancier¹. On perd de vue le fait que l'obligation est unique, bien qu'elle lie plusieurs personnes, au profit de l'effet, à savoir que chaque codébiteur est tenu de payer l'intégralité si le créancier le demande. Ce qui aurait dû rester de l'ordre de l'expédient interprétatif (pour le paiement, on fait *comme si* le codébiteur était un débiteur unique) tend à se rigidifier en une analyse structurelle². Or cette analyse structurelle ne peut pas rendre compte de la finesse du régime de l'obligation solidaire.

242. C'est particulièrement visible en ce qui concerne les "effets secondaires". En effet, si le point de départ est individualiste (pluralité de liens obligatoires), alors ces actes ne peuvent résulter que d'une forme de représentation. Le problème est qu'il n'existe aucun mandat, même tacite, entre les codébiteurs. D'où l'émergence d'une théorie *ad hoc* connue sous le nom de «représentation mutuelle». Critiquée depuis Géný, cette théorie ne semble plus avoir les faveurs de la jurisprudence, mais continue d'être soutenue, certainement faute de mieux.

Une partie de la doctrine contemporaine tend aujourd'hui à partir du second axiome de la théorie classique de la solidarité, l'unicité de la dette³. Les effets secondaires en découleraient naturellement : c'est parce que l'acte touche l'objet commun qu'il produit des effets collectifs⁴. Le problème est que cette théorie

1. Comme Aubry et Rau l'expliquent en note, leur souci était de différencier l'obligation solidaire de l'obligation indivisible.

2. Comp. la définition de l'obligation solidaire donnée par M. MIGNOT, « Sortir du droit romain. L'obligation solidaire et la réforme du régime de l'obligation » in *La réforme du régime général des obligations*, sous la dir. de L. ANDREU, Dalloz, 2011, p. 31 : « Il y a solidarité entre plusieurs codébiteurs lorsqu'ils se garantissent réciproquement de telle sorte que chacun puisse être contraint de payer les parts divisées des autres codébiteurs en plus de sa part divisée personnelle ». La négation du caractère collectif et la décomposition en relations bilatérales sont ici à leur paroxysme.

3. M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. d'E. LOQUIN, Dalloz, 2002, n° 183. ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 405. ; J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, préf. de P. DELEBECQUE, LGDJ, 2012, n° 292. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3 : *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Sirey, 2011, n° 321.

4. V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil : Les Obligations - Régime*, 1^{re} éd., PUF, 2013, p. 64. : « Il suffit d'avoir égard à l'unicité de l'obligation solidaire pour rendre compte de ses effets dits secondaires. L'impossibilité de diviser l'obligation solidaire explique à

prouve trop. Car si c'est l'objet commun qui sert de fondement, la représentation entre codébiteurs devrait être *intégrale*. Or le droit positif n'est clairement pas en ce sens. Les effets secondaires ne jouent que *dans une certaine mesure* et sont notamment exclus en matière d'obligation *in solidum*¹. De plus, comme le note le Professeur François, les effets secondaires ne se rattachent pas «avec évidence, du moins pour la plupart d'entre eux, au principe d'unicité de la dette»².

En conclusion, que l'on parte de la pluralité des liens obligatoires ou de l'unicité de la dette, l'état du droit positif en matière des effets secondaires reste inexplicable et inexplicable dans le cadre classique³.

Dès lors, le choix est clair. Il faut affronter le caractère commun de l'obligation dite «plurale» sans chercher à la décomposer. Il faut analyser l'obligation plurale comme une propriété commune⁴.

2. L'obligation plurale, obligation commune

243. Le rattachement des obligations plurales à la problématique de la propriété collective n'est pas méconnu en doctrine, mais elle se fait sous l'angle d'un rattachement à des formes déjà existantes⁵. Comme la propriété commune

elle seule la communauté de droit et de procédure qui unit les débiteurs solidaires». Pourtant, les effets secondaires de la solidarité sont en net recul tant en jurisprudence que dans les projets de législation (Cf. Principes de droit européen des contrats, art. 10 : 108 et s.).

1. La plupart des partisans de l'unicité de la dette plaident logiquement pour une extension des effets secondaires à cette hypothèse. V. par exemple P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 442. ; J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, préf. de P. DELEBECQUE, LGDJ, 2012, n° 298. V. cependant A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2004, n° 412, note 5, pour qui l'unicité de la dette dépend de la conjonction, ce qui exclut donc l'obligation *in solidum*. Même dans l'obligation solidaire, la représentation n'est pas intégrale en matière procédurale (v. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 1382.).

2. J. FRANÇOIS, *Les obligations - Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 207.

3. Rappr. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1257, à propos de la représentation mutuelle : «Il reste que, au-delà de la critique de l'explication traditionnelle, les analyses positives font défaut».

4. Pour les conséquences sur l'analyse des effets secondaires de la solidarité, v. *infra*, n° 550 et s.

5. V. surtout W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 498 : «Il est remarquable d'observer que ces liens s'éclairent sitôt que l'on constate qu'indivisibilité et solidarité ne sont que l'ombre portée, dans le domaine personnel, des deux avatars de la propriété plurale que sont l'indivision et la propriété collective».

ne se réduit pas à l'indivision, il faut rapporter la figure de l'obligation plurale à la forme générale de propriété commune. L'obligation plurale est-elle éclairée lorsqu'on la lit à travers la structure d'une propriété commune, distinguant l'appartenance en commun d'une chose (ici, une créance ou une dette) et les habilitations des propriétaires en commun sur cette chose (ici, les droits, devoirs et prérogatives découlant de la qualité de débiteur/créancier) ?

a. L'utilité théorique de l'analyse en terme de propriété commune

244. Voir l'obligation plurale comme une forme de propriété commune permet de mettre fin à différentes ambiguïtés théoriques.

Nul besoin de diviser ou de décomposer quoi que ce soit. L'obligation à sujets multiples a une cause unique et un objet unique. On peut donc suivre M. Mignot lorsqu'il considère que l'obligation solidaire ne donne pas «naissance à une faisceau de liens distincts, fédérés par un objet unique», mais s'appuie sur un rapport unique, avec une partie plurale¹. Le même constat doit être fait à propos de l'obligation conjointe. Une créance ou une dette, plusieurs sujets. Inutile de compliquer davantage.

Les interrogations sur le fondement théorique du recours entre coobligés solidaires s'évanouissent également. Leur dette est commune ; si l'un paye plus que sa part, il a un recours contre les autres. Ce mécanisme de contribution est donc de nature similaire à la récompense dans les régimes matrimoniaux ou celui prévu à l'art. 815-13 du Code civil : qui paye intégralement une dette commune a recours contre les autres propriétaires. La propriété en commun suppose qu'on partage l'actif, mais aussi le passif². La particularité de l'obligation solidaire est que la propriété commune se réduit à une dette.

245. La fonction de garantie de la solidarité passive, souvent constatée, peut en outre recevoir une explication³. Il est inutile de parler d'obligation de garantie

1. M. MIGNOT, « Les méfaits durables de la stipulatio et l'obligation solidaire », *D.* 2006, p. 2696, p. 2696. ; v. également J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, préf. de P. DELEBECQUE, LGDJ, 2012, n° 151.

2. V. infra, n° 780 et s.

3. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1247. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3 : *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Sirey, 2011, n° 311. Cette fonction de garantie est une composante essentielle dans le

pour expliquer les rapports entre codébiteurs solidaires. En effet, cette fonction de garantie apparaît dans toutes les propriétés communes dans lesquelles *les droits des créanciers sur les biens communs excèdent la quote-part réelle de leur débiteur*¹.

b. L'utilité pratique de l'analyse en terme de propriété commune

246. La spécificité de la propriété commune réside dans la distribution des habilitations entre propriétaires en commun. Appliquées à une créance ou une dette commune, les habilitations concernent les droits, devoirs et prérogatives rattachés à la qualité de créancier ou de débiteur. Cela concerne certes leurs rapports internes, comme dans toute propriété commune, mais aussi leurs rapports avec l'autre partie (le créancier dans l'obligation plurale passive, le débiteur dans l'active).

247. *Pour leurs relations internes*, la question essentielle est celle de la répartition de l'actif et du passif. De même que l'on définit des parts dans la société, l'indivision, la communauté, etc., on doit de la même manière définir des parts (l'art. 1317 du code civil utilise le terme) dans l'obligation plurale afin de déterminer ce qui va revenir à chacun, soit comme actif, soit comme passif. Ces parts peuvent être définies librement par contrat², la loi prévoyant une répartition par parts viriles de manière supplétive (art. 1309 al. 1, C. Civ.).

choix opéré entre obligation solidaire et conjointe. Un exemple historique permet de le confirmer. En 1310, la ville de Sienne modifie ses statuts en prévoyant que désormais les associés des *compagnia* ne seraient plus tenus des dettes sociales de manière solidaire, mais seulement de manière conjointe. L'effet fut radical : alors que Sienne était le centre de toutes les activités bancaires, cette atteinte portée au crédit fit que toutes les activités se déplacèrent à Florence, qui devint le centre économique de l'Italie. Face à la fuite des capitaux, Sienne réintroduisit le principe de l'obligation solidaire en 1342, mais Florence avait entre-temps pris un avantage durable (sur cet épisode, v. les références citées dans H. HANSMANN, R. KRAAKMAN et R. SQUIRE, « Law and the Rise of the Firm », *Harvard Law Review* 2006, 119, 5, p. 1333–1403, p. 1374, note 121.). La Cour de cassation ne fit pas la même erreur : Cass. Req., 5 jan. 1903, DP 1920. 1. 161, note P.M ; S. 1922. 1. 201, note J. HAMEL. : «selon un usage antérieur à la rédaction du Code de commerce et maintenu depuis, les tribunaux de commerce sont conduits à considérer que la solidarité entre les débiteurs se justifie par l'intérêt commun du créancier qu'il incite à contracter et des débiteurs dont il augmente le crédit».

1. V. infra, n° 265 et s.

2. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 1364.

248. Ce sont les habilitations dans les relations avec le créancier qui marquent la séparation entre les deux grandes formes d'obligations plurales, l'obligation conjointe et solidaire. En effet, dans l'obligation conjointe, chaque codébiteur peut opposer au créancier un bénéfice de division (par une lecture *a contrario* de l'art. 1203, C. Civ). Telle était du moins la solution avant l'ordonnance du 10 février 2016. Sans revenir sur les origines historiques de ce bénéfice ou sur sa légitimité à titre de droit supplétif, il est clair qu'il s'agissait d'une *habilitation* conférée au débiteur. On pouvait, ou non, opposer un bénéfice de division au créancier (anc. art. 1203, C. Civ). La meilleure preuve est que le bénéfice de division devait être invoqué par le débiteur, sans que le juge puisse le relever d'office¹ et qu'il pouvait y renoncer². C'est un droit conféré au débiteur, et non une conséquence de la structure de la dette. La doctrine a voulu rationaliser en parlant de scission de la dette, mais ce faisant, elle a masqué en quoi ce bénéfice ne découlait pas d'une structure préexistante, mais résultait d'une habilitation légale. Le nouvel article 1309 achève ce processus en parlant de division «de plein droit», ce qui voudrait dire que les codébiteurs conjoints n'ont plus besoin de l'invoquer et qu'ils ne sauraient y renoncer.

La division permet en réalité d'opérer immédiatement le partage au stade du paiement. Alors que dans l'obligation solidaire, le partage est une affaire *interne* aux codébiteurs ou aux cocréanciers, comme dans les autres propriétés communes, dans l'obligation conjointe, c'est le créancier qui opère le partage tout en réclamant son dû. De là naît l'ambiguïté sur l'opposabilité au créancier des conventions de partage entre codébiteurs conjoints. Le créancier doit-il diviser par parts viriles, à charge pour les codébiteurs conjoints de répartir le passif entre eux ensuite, ou bien doit-il le faire par intérêts ? L'hésitation est permise car une affaire interne aux codébiteurs est déjà imposée au créancier : faut-il aller jusqu'au bout de la logique du partage immédiat ou bien considérer que cette faveur doit être interprétée strictement ? D'un point de vue pratique, il est certainement préférable de permettre au créancier d'opérer une division par parts viriles³.

1. P. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5^e éd., Lexis-Nexis, 2015, n° 559.

2. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, 1^{re} éd., LGDJ, 2005, n° 227.

3. M. JULIENNE, « Pour un réexamen du principe de division des dettes conjointes », *D.*

D'un point de vue théorique, une telle solution pourrait se réclamer du principe de relativité des conventions : les codébiteurs peuvent s'organiser contractuellement, mais ils ne peuvent imposer des obligations supplémentaires à un tiers (art. 1199, C. Civ.).

c. Les perspectives ouvertes par l'analyse en terme de propriété commune

249. Si effectivement les obligations conjointe, solidaire et *in solidum* ne sont que des formes de propriété commune, alors l'obligation plurale peut sortir de son splendide isolement, au sein du régime général de l'obligation, pour intégrer le giron des propriétés collectives. Deux conséquences, parmi d'autres, s'ensuivent.

250. En premier lieu, parce qu'elle est une propriété commune, chaque codébiteur ou chaque cocréancier possède une *part* sur la dette commune ou sur la créance. Cette part qui, la plupart du temps, est un bien, peut faire l'objet d'actes juridiques¹. On peut donc céder un «intérêt» dans une créance commune, solidaire ou conjointe ; on peut le nantir. Le parallèle avec l'indivision est ici patent et suscitera les mêmes difficultés. De même que l'on distingue la cession du bien indivis de la cession de la quote-part, il faut distinguer la cession de créance solidaire et la cession de sa part dans la créance. Peut-on le faire sans autorisation des cocréanciers ? Dans quelle mesure l'opération est-elle opposable au débiteur ?

251. En second lieu, si la créance ou la dette sont des objets de propriété commune, alors n'importe laquelle des formes juridiques que connaît la propriété commune peut s'y appliquer. Cela permet d'expliquer pourquoi les créances et les dettes de l'indivision sont tantôt appréhendées par la forme de l'obligation conjointe, tantôt par la forme de l'indivision avec les habilita-

2012, p. 1201, n° 20.

1. V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil : Les Obligations - Régime*, 1^{re} éd., PUF, 2013, p. 255. qui utilisent la notion de part indivise pour rendre compte du mécanisme de l'anc. art. 1198 al. 2 (aujourd'hui art. 1350-1, C. Civ.) : «conformément au droit commun de l'indivision, chaque indivisaire peut disposer de sa part dans la créance. Par conséquent, si l'un des créanciers solidaires consent une remise de dette, il ne dispose que de sa part ; les autres créanciers peuvent demander paiement du surplus».

tions spécifiques qui en découlent¹. Les obligations conjointe ou solidaire sont des formes de propriété commune spécifiques aux droits personnels, mais les créances et les dettes peuvent être contenues dans des masses soumises à une forme juridique différente (société, communauté, etc.).

Cela implique également que la propriété commune des droits personnels puisse être librement aménagée contractuellement. Les propriétaires en commun peuvent prévoir toutes les habilitations qu'ils souhaitent quant à la gestion de leur dette ou créance communes, simple ou complexe. Lorsqu'il s'agit de rapports internes, la convention est inopposable au créancier, qui n'est pas partie. Mais ils peuvent évidemment inclure le créancier dans leur convention, ce qui permet d'aménager absolument toute la gestion de l'obligation commune. Ainsi, les articles 1312 et s. du Code civil peuvent être vraisemblablement écartés ou aménagés, car ce ne sont que des règles supplétives d'organisation². Rappelons en effet l'autonomie de la question de l'appartenance commune et celle des habilitations conférées aux propriétaires. Le fait que la dette soit commune ne nous apprend rien sur les pouvoirs conférés aux propriétaires et l'opposabilité des actes individuels accomplis par ces derniers.

252. Conclusion du paragraphe. Un droit personnel, sur son versant actif ou passif, peut être rattaché à plusieurs personnes, comme il peut l'être à une seule. Ce rattachement à une pluralité de personnes engendre un certain nombre de problèmes structurels, identiques à ceux rencontrés dans les institutions classiques de la propriété collective. Il est donc légitime de rattacher les obligations plurales à la propriété commune.

Les différents types d'obligations plurales (conjoint, solidaire) sont des formes de propriété commune. Chacune de ces formes opère une répartition par-

1. Sur les ambiguïtés persistantes sur ce point, v. C. GAVALDA-MOULENAT, « L'indivision des créances », *LPA* 7 juin 2007, 114, p. 3.

2. Le propos devrait être nuancé pour l'art. 1315, relatif aux exceptions invocables par chaque codébiteur. On peut imaginer une extension de la règle : chaque codébiteur peut invoquer une exception purement personnelle à l'un de ses pairs. Pour la restriction, il ne paraît pas possible de renoncer aux exceptions personnelles, puisqu'un débiteur individuel ne le pourrait pas. La réforme n'a guère changé le rôle du juge : la jurisprudence sera amenée à qualifier certaines règles d'impératives quand bien même le législateur ne l'aurait pas fait (v. en ce sens C. PÉRÈS, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, doct. 454.).

ticulière des droits, devoirs et pouvoirs accordés aux copropriétaires ou cotitulaires. Cette analyse peut se substituer à l'analyse classique dominante, visant à décomposer l'obligation plurale en une série d'obligations individuelles.

253. Conclusion de la section. L'examen du traitement des fruits du travail et des droits personnels permet, semble-t-il, de conclure à un principe d'équivalence entre les objets de la propriété individuelle et de la propriété commune. Tout ce qui peut appartenir à une seule personne, même un lien de droit, est susceptible d'appartenir à plusieurs. Par-delà les incertitudes sur les frontières de la propriété, le domaine de la propriété commune n'est pas moins large que celui de la propriété individuelle. Si l'on parle de «propriété des droits», on doit parler de «propriété commune des droits».

Conclusion du chapitre

254. Il suffisait de contenir l'individualisme conceptuel pour que la propriété commune apparaisse en toute clarté. *Un bien appartient à plusieurs personnes.* Glose :

Un bien. Dans le sens le plus large possible. Tout ce que le droit rattache à une personne, bien, droit, prérogative, etc., peut être rattaché à une pluralité, sans qu'il y ait division, addition ou multiplication. C'est dire le champ potentiellement très large de ce cadre, qui englobe non seulement les formes familières de propriété collective, mais aussi des formes insoupçonnées, comme l'obligation plurale.

appartient. C'est caractériser un rapport de propriété, au sens classique du terme. Le bien est approprié ; il n'est accessible qu'aux propriétaires, qui en usent à leur guise dans les limites classiques. La propriété collective n'usurpe pas son nom, pour peu que l'on admette un peu plus d'objectivisme dans la vision de la propriété.

à plusieurs personnes. Toute la spécificité est là. Constaté l'appartenance du bien ne suffit pas ; il faut ensuite que le droit organise la façon dont les attributs classiques découlant de l'appartenance se répartissent entre les propriétaires en commun. Les combinaisons sont infinies, même si le droit imprime des grands modes d'organisation, correspondant aux formes connues de propriété commune. Ces formes ne sont pas fixes : elles se transforment, s'hybrident ou disparaissent en fonction de la signification économique et sociale que prend l'appropriation en commun.

Conclusion du Titre 1

1. Qu'est-ce que la propriété commune ? Beaucoup de choses, finalement.
2. Qu'a-t-elle été jusqu'à présent dans l'ordre juridique ? Rien.
3. Que demande-t-elle ? À y devenir quelque chose.

255. L'objectif de ce titre était de montrer que l'appropriation en commun était un phénomène irréductible à nul autre. Cette spécificité permet de donner à la propriété commune une légitimité en tant que notion autonome, non assimilable à la propriété individuelle.

Cette spécificité a été reconnue de manière implicite dans la pratique du droit, notamment durant la période médiévale. Toutefois, la propriété commune n'a jamais pu être intégrée dans la théorisation de la propriété, que ce soit en droit romain ou à l'ère moderne. La cause de ce rejet vient de la tendance forte du droit privé à se rationaliser autour de concepts individualistes, c'est-à-dire à raisonner à partir de l'individu dans ses relations avec les autres individus ou les choses. Le "commun" ne peut entrer facilement dans cette grille conceptuelle.

En écartant cette vision individualiste, il est possible de considérer que propriété individuelle et propriété commune forment les deux modes possibles de propriété privée. Ce rattachement permet notamment de légitimer la notion de possession commune.

La propriété commune étant une propriété privée à plusieurs, son fonctionnement suppose de définir comment les propriétaires se répartissent les émoluments de la propriété (problème d'allocation). Chaque forme de propriété commune, légale ou contractuelle, opère cette répartition en définissant des règles de gestion et de jouissance. L'hypothèse qui a été avancée est que le choix entre ces différentes règles s'explique par les traits sociologiques de l'appropriation en commun en cause.

Les difficultés ne font que commencer. Si la propriété commune a gagné son droit à l'existence, elle doit se concilier avec un système juridique qui s'articule autour des droits de l'individu. Les biens communs et leurs propriétaires ne sont

pas isolés : ils coexistent à côté d'autres biens, notamment les biens individuels, et ils peuvent intéresser d'autres personnes, les tiers. Les formes juridiques ont donc besoin d'une *structure*, c'est-à-dire un corps de règles définissant la nature de la relation entre les propriétaires en commun et les biens communs. Conserver le caractère collectif, essence de la propriété commune, tout en s'intégrant dans un système individualiste, telle est l'équation impossible que doit résoudre la *structure de la propriété commune*, objet du prochain Titre.

Titre II

Une structure spécifique

256. La situation du propriétaire individuel permet de comprendre la structure spécifique de toute propriété commune. Le propriétaire individuel dispose d'un bien dans son patrimoine ; ce bien est saisissable par ses créanciers ; il peut sortir de son patrimoine par l'effet d'un acte translatif.

Dans une propriété commune, une pluralité de personnes se voient reconnaître des prérogatives sur des biens communs. Quel est le statut de ces biens communs ? Sont-ils dans le patrimoine des propriétaires, sont-ils "ailleurs" ? Comment analyser les droits que possède chaque propriétaire individuellement sur ces biens communs ? Contrairement à une propriété individuelle, toute propriété commune fait face à *deux problèmes structurels* : il faut donner un statut juridique aux biens communs et un statut aux droits individuels de chaque copropriétaire.

257. Ce qu'on peut appeler la théorie orthodoxe distingue deux cas. *Ou bien* il existe une personne morale, et dans ce cas, les biens font l'objet d'une propriété individuelle et les «copropriétaires» sont titulaires d'un droit personnel. *Ou bien* il n'existe pas de personne morale, et dans ce cas les biens font l'objet d'une propriété collective au sens strict, et les «copropriétaires» exercent un droit réel.

L'objet de ce titre est de contester la pertinence de cette théorie et de lui substituer une vision unitaire. L'absence ou la présence d'une personnalité morale ne forme pas une *summa divisio* ; bien au contraire, il existe une *gradation* à la fois dans l'autonomie des biens communs et dans la nature des droits individuels des propriétaires sur ces mêmes biens. Il n'existe pas deux (ou trois) façons de structurer une propriété commune, mais beaucoup plus. Et de fait, cette diversité se révèle déjà en droit positif.

Si la question est unique, les réponses sont donc multiples, que ce soit pour résoudre le problème du statut juridique des biens communs (Chapitre 1) ou celui du statut de la part (Chapitre 2).

Chapitre 1

Le statut des biens communs

258. Sur ses biens propres, le propriétaire jouit d'une propriété individuelle, pleine et entière ; sur les biens communs, le propriétaire dispose des pouvoirs conférés par la forme juridique en cause. Ces pouvoirs s'exerçant sur les biens communs peuvent être très variables selon les types de propriété commune ¹.

Le problème du *statut* des biens communs surgit avec l'arrivée d'un autre protagoniste : le créancier du copropriétaire. Ce dernier peut bien évidemment saisir les biens propres de son débiteur, en vertu de son droit de gage général. Mais peut-il saisir les biens communs ? La difficulté est évidente. Si l'on admet que les biens communs puissent être saisis par le créancier personnel d'un copropriétaire, alors on porte atteinte aux autres copropriétaires qui voient disparaître des biens leur appartenant. Mais à refuser ce droit de saisie au créancier, on ampute le droit de gage général du créancier, car la richesse commune, bien que commune, profite à son débiteur. Dès lors, pourquoi ne pourrait-elle pas profiter aussi à son créancier ?

259. Ce problème théorique se pose dans toutes les propriétés communes, à toutes les époques, dans tous les systèmes, bien que comme toujours, des réponses très diverses puissent lui être apportées. Il ne s'agit pas d'un problème mineur : comme l'a montré une étude remarquable, la formation du droit moderne des sociétés en Occident s'est faite par la reconnaissance progressive d'une autonomie des biens de la société par rapport aux créanciers des associés. L'im-

1. Sur ces points, v. n° 168 et s.

mense force de la société réside moins en réalité dans la responsabilité limitée, apparue assez tardivement, que dans le *strong entity shielding*¹, à savoir l'assurance que les biens de la société ne pourront pas être saisis par un créancier personnel.

Voilà le problème très concret à l'origine de l'autonomie patrimoniale d'une partie des propriétés communes. Les patrimoines autonomes ne sont pas apparus parce que tout d'un coup les juristes se sont aperçus qu'il y avait un «intérêt collectif/commun» à protéger (il s'agit d'une rationalisation ultérieure), mais parce qu'on ne voulait pas qu'un créancier personnel saisisse les biens communs.

260. Toutes les propriétés communes n'ont pas évolué vers une semblable autonomie. Il ne faut pas s'en étonner : l'autonomie patrimoniale a un *coût*, souvent sous-estimé par les approches rationalisatrices. Coût pour le créancier, qui perd une partie de son droit de gage général et qui s'expose à des comportements frauduleux de son débiteur ; coût pour le propriétaire qui subit la perte du crédit corrélative. Comme toujours, c'est en fonction des caractéristiques socio-économiques des propriétés communes que le droit va globalement conserver une transparence de la masse ou au contraire la rendre autonome. L'art. 2284 du Code civil est cependant clair sur le principe. Tous les biens du débiteur forment le gage de ses créanciers. Par conséquent, tous les biens, individuels ou communs, ont vocation à être saisis par le créancier personnel du propriétaire. La propriété commune reste une propriété. On peut supposer qu'il faut une permission de la loi — permission facilement accordée, il est vrai — pour que le droit de gage soit aménagé, voire supprimé. Le principe est donc la transparence de la masse (Section 1), l'autonomie, l'exception (Section 2).

1. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN et R. SQUIRE, « Law and the Rise of the Firm », *Harvard Law Review* 2006, 119, 5, p. 1333–1403. Le terme est aujourd'hui couramment utilisé dans la doctrine anglo-saxonne. Le terme de «cloisonnement pécuniaire» (D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. de P. JESTAZ, LGDJ, 2003, n° 205.) pourrait être une traduction possible.

Section I Les masses transparentes

261. Le terme de masse, emprunté aux régimes matrimoniaux, permet de distinguer les biens communs des biens individuels. La masse est dite transparente lorsque chaque créancier personnel a la possibilité de se *désintéresser sur la richesse commune*, c'est-à-dire lorsque les biens communs sont inclus dans le droit de gage des créanciers de chaque copropriétaire. Les masses transparentes ont la particularité d'instituer une situation d'entre-deux où les biens communs semblent appartenir au «patrimoine» de chaque copropriétaire, sans pour autant s'y rattacher tout à fait, puisque les biens communs appartiennent également aux autres copropriétaires. Cette ambiguïté des masses transparentes se reflète tant pour la définition des droits des créanciers personnels (§1) que pour les propriétaires eux-mêmes (§2).

§ 1. Les effets de la transparence pour les créanciers

262. Dans l'arbitrage entre intérêt des créanciers personnels et intérêt des autres copropriétaires, les régimes de transparence tranchent, par principe, en faveur des créanciers. Les biens communs ne sont pas à l'abri des saisies opérées par les créanciers personnels. Pour autant, l'atteinte portée aux droits des autres copropriétaires justifie que le régime de la saisie soit parfois aménagé. De fait, il existe une grande variété de régimes possibles dans la définition des droits des créanciers, plus ou moins protecteurs des autres copropriétaires. D'une part, le droit de gage sur la masse commune peut être plus ou moins étendu (A). D'autre part, les copropriétaires disposent de défenses pour empêcher la saisie des biens communs (B). Ces variations ne sont pas arbitraires : elles s'expliquent par la logique socio-économique propre à chaque type de propriété commune.

A. L'étendue du droit de gage des créanciers personnels

263. Le problème est le suivant : dans une propriété commune, chaque copropriétaire a vocation à exercer les droits reconnus par la forme juridique sur l'ensemble des biens communs. Toutefois, *économiquement*, il n'a droit qu'à une part de la masse commune, qui se matérialisera notamment au moment du partage. Il existe donc deux manières de définir le droit de gage d'un créancier personnel. Soit on considère que celui-ci s'étend à la totalité des biens communs, puisque les prérogatives de la propriété du débiteur s'étendent à tous les biens (*droit de gage intégral*)¹. Soit on considère que le créancier ne peut exiger plus que la valeur économique possédée en propre par son débiteur, c'est-à-dire que son droit de gage sur la masse est limité à la part de ce dernier.

264. Existe-t-il un système plus légitime que l'autre ? À s'en tenir à une approche dogmatique, la discussion risque fort de tourner rapidement à une opposition entre point de vue commun et point de vue individuel. L'unité indivisible de la masse commune incline en faveur de la possibilité d'un droit de gage étendu à toute la masse. Ce à quoi on peut opposer que le patrimoine du débiteur ne contient *économiquement* qu'une quote-part de la masse et non la valeur de la masse entière. Pour éviter ce genre d'aporie, autant adopter une approche pragmatique. Il faut envisager les inconvénients et avantages de chacune des deux solutions, afin de pouvoir juger la répartition opérée par le droit positif.

1. La possibilité de saisir tous les biens communs

265. Si le créancier a le droit de saisir l'intégralité de la masse, alors son droit de gage excède la valeur économique du patrimoine de son débiteur. Autrement dit, ce système a nécessairement un *effet de garantie*. L'existence d'une propriété commune est ici un avantage pour le créancier personnel du copropriétaire. C'est indirectement un avantage pour le débiteur, qui bénéficie d'un crédit plus important. L'inconvénient est évident : les autres copropriétaires risquent

1. Cette corrélation entre les pouvoirs et le domaine de l'obligation à la dette sert de fil directeur dans les régimes matrimoniaux, quand bien même des exceptions existent (J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 423. ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Dalloz, 2015, n° 382.).

de voir disparaître tous les biens communs. Certes, si la dette lui est personnelle, le propriétaire débiteur est censé rembourser la masse commune - encore faut-il qu'il le puisse !¹.

266. Deux conditions semblent donc sociologiquement et économiquement nécessaires pour qu'un système de saisie totale soit viable.

Il faut d'une part qu'il existe un fort lien communautaire entre les copropriétaires, qui seul peut justifier le risque pris par chacun. Car à mesure que le lien communautaire s'estompe, chacun des copropriétaires refuse de devoir subir les vicissitudes des accidents individuels des autres. Le lien communautaire permet également un contrôle minimal de chacun, même si bien évidemment il n'est jamais exclu qu'un propriétaire puisse s'endetter à l'insu des autres.

D'autre part, ce type de système risque d'apparaître lorsque les copropriétaires ont un fort besoin de crédit. La création d'une propriété commune transparente avec droit de gage intégral permet à chacun d'augmenter son patrimoine saisissable. En revanche, si le besoin de crédit cesse, alors ce système perd de son intérêt.

267. Il n'est donc pas surprenant que ce système ait été la norme pour toutes les sociétés avant le développement de l'économie de marché. La société de tous les biens en est l'illustration topique. Cette société permettait de fusionner les maigres ressources de chacun dans une masse susceptible de permettre des opérations économiques d'envergure. Le risque était évidemment énorme, aussi peut-on constater qu'elle n'était conclue qu'entre personnes possédant des liens communautaires déjà forts : membres de la même famille (au sens étendu)²

1. V. l'art. 1437 du Code civil en matière de communauté légale (récompense due à la communauté «toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté»). La situation est plus ambiguë dans l'indivision entre partenaires (v. C. GRARE-DIDIER et M. PICHARD, « Les deniers des partenaires dans l'indivision d'acquêts » in *Mélanges P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 294.).

2. Les *societates* étaient souvent conclues entre membres du réseau étendu de la *gens*, en particulier les affranchis d'un même maître (C. POISNEL, « Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains », *NRHDFE* 1879, p. 440.). Pour la période médiévale, sur 115 actes notariés de société dépouillés dans les archives de Montpellier, la moitié des sociétés «générales» sont consenties entre membres de la même famille (source : K. L. REYERSON, « Women in business in Medieval Montpellier » in *Society, Law and Trade in Medieval Montpellier*, Variorum Reprints, 1995, p. 126.).

ou membres des collèges ou corporations¹. Rappelons que dans l'économie antique et médiévale, le système bancaire est très peu développé. Le seul moyen d'obtenir du crédit est soit de faire appel aux prêts venant de proches², soit de mutualiser tout ce que l'on possède. Avec le développement de la monnaie et du système bancaire à la fin du Moyen Âge, ce besoin va progressivement cesser. L'avantage diminue, le risque demeure : les sociétés de tous les biens déclinent rapidement³. Dans les autres formes sociales, les juristes commencent à vouloir isoler les biens communs dans une masse autonome, c'est-à-dire non atteignable par les créanciers des associés.

Aujourd'hui, aucune forme sociale du droit français n'est transparente avec saisie intégrale. Ce système ne s'incarne plus que dans deux institutions : la *communauté entre époux* et la *solidarité active*.

268. Dans le régime légal, les créanciers de chacun des époux peuvent poursuivre les dettes nées pendant le mariage sur les biens propres de leur débiteur, mais aussi sur l'intégralité des biens communs, sauf en cas de fraude⁴ (art. 1413, C. Civ.). Deux catégories de dettes font exception, même si elles sont quantitativement importantes : les dettes ménagères, qui peuvent être poursuivies sur l'intégralité du «patrimoine familial» (biens communs et biens propres) ; les dettes relevant de l'art. 1415 (emprunt et cautionnement) qui ne peuvent être poursui-

1. Pour Rome, v. P. VEYNE, « Existait-il une classe moyenne en ces temps lointains ? » in *L'empire gréco-romain*, Seuil, 2005, p. 143.

2. Le constat vaut aussi pour les riches patriciens romains, qui semblaient constamment à cours de liquidités, leur richesse étant foncière. Cf. P. VEYNE, « Vie de Trimalcion » in *La société romaine*, Points Histoire, 2001, pp. 36-37.

3. Au moment de la codification, il était prévu de les supprimer. La Cour de Paris demanda cependant leur maintien, au motif qu'« il y a des personnes qui ont si peu, qu'en réunissant tout leur avoir, présent et futur, elles trouvent encore difficilement de quoi sustenter leur faible existence. La loi doit se prêter à toutes les situations » (cité par F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 26, Durand - Bruyland, 1877, n° 231.).

4. Dans ce cas, la jurisprudence a pu considérer de manière contestable que la sanction est la nullité de l'acte pour cause illicite (Cass. Civ. 1^{ère}, 31 jan. 1984, n° 82-15044, Bull. Civ., n° 38, D. 1984, IR, 273 ; Gaz. Pal. 1984. II. 671.), et non la restriction du gage aux seuls biens propres de l'époux débiteur. Reste la question des revenus du débiteur, qui en principe devraient faire partie de ce droit de gage circonscrit (en ce sens, P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 518.). En sens inverse, on a fait valoir que cela entraînerait un appauvrissement de la communauté, et donc une atteinte à l'époux victime de la fraude (J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 445.).

vies que sur les biens propres et les revenus du débiteur, en l'absence d'autorisation expresse du conjoint. Le régime légal tente de trouver un équilibre entre la valorisation du crédit de chacun des époux ¹, dont l'art. 1413 est le garant, et la volonté de minimiser les grands risques pour le copropriétaire (ici, le conjoint), à travers les articles 1414 et 1415 du Code civil.

269. Lorsqu'une créance est commune de manière solidaire, les créanciers de chacun des cocréanciers peuvent la saisir dans son intégralité (art. 1311, C. Civ.). La solidarité active engendre donc un fort risque pour les cocréanciers, mais génère un effet de garantie puisque la totalité de la créance commune peut être saisie ou nantie, alors que le cocréancier n'en a économiquement droit qu'à une part. Aujourd'hui, une telle configuration se retrouve dans le *compte joint*, souvent conclu au sein d'un couple ². Une telle pratique a pour effet de renforcer le caractère communautaire de leurs relations patrimoniales, en atténuant le «séparatisme» de leur régime matrimonial ³, voire même celui du régime primaire impératif ⁴. Elle permet surtout aux couples non mariés d'instaurer une véritable communauté, certes limitée à leur monnaie en compte.

En dehors du compte joint, la solidarité active reste peu utilisée, les inconvénients semblant l'emporter sur les avantages ⁵. La possibilité reste cependant ouverte, dans tous les cas où les liens de confiance sont suffisamment forts et où le besoin de crédit de chaque créancier solidaire se fait sentir. On peut se demander par exemple si une société-mère ne pourrait pas très facilement augmenter le patrimoine d'une de ses filiales en admettant cette dernière comme cocréancière

1. R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 590. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 504 : « Plus étendu est le gage du créancier, meilleur est le crédit du débiteur ».

2. « La saisie contre l'un des titulaires du compte permet d'appréhender la totalité du solde créditeur » (R. PERROT et P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013, n° 442.).

3. P. SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? » in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 462.

4. F. TERRÉ, « Le compte joint entre époux » in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 529, p. 537 : « En déposant dans le compte joint des biens qui lui sont propres, l'époux commun en biens tient évidemment pour indifférent l'article 225 du Code civil suivant lequel "chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels" ».

5. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 1355.

solidaire d'une créance contre un tiers, même si la filiale n'a aucun intérêt dans cette créance (art. 1318, C. Civ)¹. Cette possibilité, qui s'apparente à un nantissement pour autrui, ouvre la question de l'application de l'article L. 225-35 al. 4 du Code de commerce et du reflet comptable de cette solidarité active. L'effet de garantie produit par les propriétés communes avec droit de gage intégral les fait rentrer en concurrence potentielle avec les sûretés traditionnelles, avec les promesses et les risques corrélatifs². Une telle concurrence disparaît cependant lorsque le droit de gage est limité en valeur à la quote-part du débiteur.

2. La limitation à la quote-part

270. Lorsque le créancier ne peut demander plus que ce que son débiteur possède en valeur, tout effet de garantie cesse et les autres copropriétaires sont un peu mieux protégés. Ils subissent certes l'amputation d'une partie de leur propriété commune, mais leurs droits individuels sont préservés. La valeur économique de leur patrimoine n'est pas atteinte par la faillite d'un copropriétaire, ce qui était le cas dans le système de saisie intégrale. Lorsque le créancier a un droit limité à la quote-part, deux systèmes de saisie sont envisageables, soit par prélèvement direct, soit de manière indirecte. Dans le premier cas, le créancier peut saisir un bien commun et le réaliser ; pas dans le second.

a. Par prélèvement direct

271. Un tel système n'existe pas en droit français *de lege lata*. Il a cependant été discuté *de lege ferenda* dans deux cas, comme nouveau régime possible du passif dans la communauté légale et pour les dettes relevant de l'art. 1415 du Code civil.

1. Comme l'anc. art. 1216, l'art. 1318 ne vise que le cas de la solidarité passive. Pourtant, la solidarité active pourrait être concernée également.

2. Soit une société-mère A ayant une créance particulièrement importante contre un débiteur C. Si une de ses filiales B a un besoin de crédit, elle peut proposer classiquement au créancier de la filiale un nantissement pour autrui sur sa propre créance. Elle peut aussi admettre la filiale B comme co-créancière solidaire de sa dette contre C. Le créancier de B peut immédiatement nantir la créance dont désormais B est titulaire. Si la créance solidaire est saisie par le créancier de B, A dispose d'un recours pour le tout contre B.

272. En droit positif, le système du passif dans la communauté légale engendre un risque certain pour le conjoint du débiteur défaillant, qui a été aggravé par l'articulation très difficile entre le droit des procédures collectives et les régimes matrimoniaux¹. Aussi une inquiétude s'est-elle fait jour en doctrine sur la pertinence de l'art. 1413 du Code civil au titre de régime légal². Parmi les solutions envisagées, l'idée a été de limiter le droit de gage des créanciers d'un conjoint à la moitié de la valeur de la communauté. Les incertitudes juridiques d'un tel mécanisme sont cependant nombreuses, notamment quant à la méthode d'évaluation et au sort de la communauté restante après ponction³. Au final, c'est l'intégralité du régime de communauté qu'il faudrait repenser⁴. Si donc on devait limiter le gage des créanciers à la moitié des biens communs, cela ne pourrait passer que par une forme indirecte, c'est-à-dire en provoquant un partage de la propriété commune⁵.

273. Le prélèvement direct limité à la moitié des biens communs a pu être proposé aussi comme régime alternatif à l'actuel article 1415. En l'état actuel du droit positif, lorsqu'une dette relève du domaine de l'application de l'article 1415 (cautionnement, emprunt), trois droits de gage sont possibles. Soit le conjoint n'a pas donné d'autorisation expresse, et le droit de gage du créancier ne concerne que les propres de son débiteur. Soit il l'a donné, et les biens communs sont engagés. Soit enfin le conjoint s'est lui aussi engagé, et dans ce cas, c'est tout le patrimoine familial qui fait l'objet du droit de gage. Dans ce cas,

1. Le conjoint *in bonis* se voit ainsi privé de tout droit de gestion sur les biens communs en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, y compris ceux relevant de sa gestion exclusive ! V. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Dalloz, 2015, n° 418.

2. P. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal » in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999.

3. *Ibid.*, p. 462.

4. *Ibid.*, p. 464.

5. Il n'est cependant pas certain que l'art. 1413 soit si menaçant pour le régime légal. Le risque ne pèse guère que sur les époux exerçant une profession susceptible de faire l'objet d'une procédure collective. Or dans ce cas, il est d'usage de recourir au régime séparatiste. La France étant, à l'instar des autres sociétés occidentales, une société salariale, la majorité des époux disposent de revenus réguliers alimentant la communauté. L'insolvabilité donne alors lieu à une procédure de surendettement qui est sans réel danger pour la communauté (cf. G. CHAMPENOIS, « L'article 1413 du Code civil condamne-t-il le régime légal de communauté ? » in *Mélanges A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 133.).

la Cour de cassation considère que l'article 1415 n'est en réalité pas applicable¹.

Le régime qui en résulte est assez binaire : le créancier informé aura un droit de gage confortable, voire très confortable s'il a exigé l'engagement solidaire du conjoint (de l'autorisation à l'engagement, le pas est aisément franchi). Le créancier imprudent ou mal informé aura en revanche un droit de gage très réduit, la présomption de communauté (art. 1402, al. 1) se retournant contre lui lorsque les gains et salaires de son débiteur, auxquels il a normalement droit, sont versés dans un compte commun.

Afin de restaurer un certain équilibre, l'art. 1415 du Code civil pourrait être réformé en permettant au créancier de saisir la moitié des biens communs en l'absence d'autorisation. Le cautionnement et l'emprunt souscrit par un époux sans l'accord de son conjoint pourraient être poursuivis sur toute la valeur économique du patrimoine du débiteur, mais rien que ce patrimoine. L'Académie des sciences morales et politiques avait ainsi proposé un système similaire valable pour toutes les dettes professionnelles, dans lequel le conjoint pouvait opposer au créancier un bénéfice de spécialité. Soit le conjoint désignait des biens saisissables désintéressant le créancier, soit il provoquait un partage partiel de la communauté afin de sauvegarder ses droits². Si l'introduction de l'EIRL protège désormais l'époux du passif professionnel de son conjoint, la proposition peut encore être valable pour l'article 1415 du Code civil, qui englobe aussi les dettes non professionnelles.

b. Par voie oblique

274. Le créancier souhaitant saisir une part de l'actif commun doit en général soit provoquer le retrait de son débiteur, soit de manière plus radicale provoquer le partage de la propriété commune. Dans les deux cas, le créancier ne fait qu'exercer un droit de son débiteur, par voie oblique (art. 1341-1, C. Civ). Le but poursuivi est que la valeur patrimoniale possédée en propre par son débiteur dans

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1999, n° 96-19126, Bull. Civ., n° 273 ; RTD Civ. 2000. 393, obs. B. VAREILLE ; Defrénois 2000, p. 784, obs. G. CHAMPENOIS. ; Cass. Com., 5 fév. 2013, n° 11-18.644, Bull. n° 22 ; D. 2013. 1253, note A. MOLIÈRE ; Defrénois 2013, p. 1149, obs. G. CHAMPENOIS. Pour une discussion sur l'applicabilité ou non de l'article, v. D. SADI, « L'autorisation du conjoint donnée à l'époux caution : étude prospective », D. 2014, p. 231.

2. F. TERRÉ, *Rapport*, Académie des sciences morales et politiques, 2002, p. 29.

la propriété commune intègre son patrimoine personnel. Dans le cas d'un retrait, la propriété commune est maintenue entre les autres copropriétaires ; dans le cas du partage, elle prend fin à l'égard de tous.

275. Le *retrait* n'est possible que lorsque le débiteur possède lui-même ce droit, ce qui touche peu de propriétés communes. Cette condition est nécessaire, mais pas suffisante. Encore faut-il que, conformément au droit commun de l'action oblique, l'exercice du droit de retrait ne soit pas considéré comme une *prérogative personnelle du débiteur*. Ce n'est clairement pas le cas dans les OPCVM : par conséquent, le créancier du porteur de parts peut sans nul doute demander à tout moment le rachat (art. L. 214-7 et L. 214-8, CMF), sauf si la faculté de rachat a été suspendue temporairement par la société de gestion. Dans ce cas, cette limitation s'impose sans nul doute à lui et le rapproche de la situation du créancier personnel dans la convention d'indivision¹. En revanche, dans la société civile professionnelle, la Cour de cassation a considéré que le retrait revêtait une nature personnelle, ce qui empêche le créancier d'agir². La seule solution qui s'offre à lui est de saisir les parts sociales avec les aléas de cette opération³. Le caractère personnel de la prérogative de retrait dépend donc des caractéristiques sociologiques de la propriété commune en cause, la ligne de partage semblant résider dans les liens communautaires créés autour de la propriété commune. Si les OPCVM et les SCP forment deux pôles opposés bien clairs, d'autres formes peuvent être plus ambiguës, notamment les sociétés à capital variable ou certaines formes spéciales de sociétés civiles⁴.

276. L'autre possibilité est la faculté de demander le *partage*. C'est le cas dans les indivisions. L'art. 815-17 du Code civil prévoit en effet que les créanciers personnels des indivisaires ont la «faculté de provoquer le partage au nom

1. La différence importante en pratique est que le temps de suspension de la faculté de rachat est court et doit être justifié, alors que la convention d'indivision peut durer cinq ans, sans justification.

2. Cass. Com., 4 déc. 2012, n° 11-14592, Bull. Civ. IV, n° 222 ; D. 2013. 751, note J. MOURY ; Rev. Sociétés 2013. 223, note A. REYGROBELLET ; Bull. Joly Sociétés 2013. 212, note M.-H. Monsiéré-Bon.

3. Le régime de la saisie des parts de SCP n'est pas bien établi. V. R. PERROT et P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013, n° 694.

4. V. la discussion opérée par A. REYGROBELLET, *Rev. Sociétés* 2013, p. 223, obs. sous Cass. Com. 4 déc. 2012. n° 18.

de leur débiteur». Le dispositif est applicable à l'indivision successorale, mais aussi à l'indivision entre époux séparés de biens et à l'indivision d'acquêts entre partenaires. En effet, dans ce dernier cas, la loi n'a pas jugé utile de traiter du passif entre partenaires, ce qui entraîne une application par défaut de l'indivision. Or, «cette solution présente beaucoup d'inconvénients, en raison d'une double incertitude : celle qui affecte le contenu de la masse indivise ; [...] celle qui concerne la gestion des biens indivis»¹. Par ailleurs, si l'on compare avec le régime de communauté, les partenaires sont à la fois mieux et moins protégés selon les cas. Mieux protégés en général, puisque le droit de gage des créanciers ne s'étend qu'à la moitié des biens communs, et non à la totalité ; moins protégés, car ils ne bénéficient pas de l'art. 1415 du Code civil. En cas de souscription d'un emprunt ou d'un cautionnement sans l'accord de son partenaire, la moitié des biens communs est engagée. Comme cette différence de traitement n'est guère justifiée, il faudrait soit réformer l'article 1415, soit le déclarer applicable entre partenaires².

277. Dans certains cas, comme dans la société en nom collectif et dans la commandite simple, la loi prévoit elle-même le partage lorsque les propriétaires en commun n'ont pas la faculté de le demander. En effet, lorsqu'un associé en nom ou un commandité est frappé par un jugement devenu définitif de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession total, la société est dissoute, sauf si les statuts le prévoient autrement ou si les autres associés décident à l'unanimité de continuer³. Dans ce cas-là, ils sont tenus de rembourser à l'associé en faillite la valeur de ses droits sociaux, déterminée selon les modalités prévues à l'art. 1843-4 du Code civil. Un système similaire a longtemps prévalu dans le *partnership* de *common law*. Dans ce type de propriété commune à coloration communautaire, dont le risque illimité est le reflet, il ne saurait être question d'admettre la licitation des parts à un tiers. La loi offre la possibilité de dissoudre automatiquement avant terme la société, sauf si les associés restants souhaitent continuer

1. Y. FLOUR, « Le pacte civil de solidarité (PACS) » in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. de M. GRIMALDI, 4^e éd., Dalloz Action, 2011, n° 511.92.

2. Le Pacs constitue certes une union moins forte que le mariage, mais cela plaide soit pour une équivalence du régime, soit même pour une meilleure protection du copartenaire, mais difficilement pour un plus grand risque patrimonial.

3. Art. L. 221-16, C. Com et L. 222-11, C. Com.

l'aventure sociale ensemble. C'est donc une mesure de protection des autres copropriétaires¹. Dans l'indivision en revanche, la faculté donnée au créancier de demander le partage n'est pas une faveur accordée aux indivisaires, mais une atteinte. Aussi faut-il leur donner les moyens d'y résister, sans pour autant remettre en cause le droit de gage du créancier.

B. Les défenses opposables par les propriétaires en commun

278. En économie, un optimum de Pareto désigne une situation dans laquelle «on ne peut pas améliorer le bien-être d'un individu sans détériorer celui d'un autre individu»². Le droit cherche à créer des situations pareto-optimales lorsqu'il concilie des prétentions opposées, par exemple entre le créancier saisissant et les propriétaires en commun. Or le droit positif semble actuellement sous-optimal. Les copropriétaires pourraient se voir reconnaître plus de défenses sans que le droit de gage des créanciers personnels soit atteint. Dans cette optique, deux principes généraux, applicables à toutes les propriétés communes, pourraient être dégagés avec plus de netteté. Les biens communs ne devraient être saisis qu'en dernier recours, ce qui reviendrait à reconnaître explicitement un *bénéfice de discussion* aux copropriétaires (1), le partage ne devrait être prononcé qu'en dernier recours, ce qui en ferait donc une mesure *subsidaire* (2). Si le droit positif va globalement dans ce sens, la reconnaissance de ces deux principes n'est pas encore totale.

1. Vers l'admission d'un bénéfice de discussion

a. Justification

279. Le créancier personnel dispose comme droit de gage à la fois des biens personnels de son débiteur, lui appartenant de manière individuelle, et des

1. Cf. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN et R. SQUIRE, « Law and the Rise of the Firm », *Harvard Law Review* 2006, 119, 5, p. 1389. : «While UPA [Uniform Partnership Act] did provide for dissolution of the partnership upon the formal bankruptcy of a partner, this seems to have been intended more to protect the remaining partners and the partnership creditors than to make assets available to personal creditors».

2. D. CLERC et J.-P. PIRIOUX, *Lexique de sciences économiques et sociales*, 9^e éd., La Découverte, 2011, «Optimum de Pareto».

biens communs dont il est copropriétaire, si la forme juridique est transparente. Comme la saisie des biens communs nuit aux autres copropriétaires, alors que la saisie des biens individuels ne nuit qu'au débiteur, il est rationnel d'exiger du créancier qu'il se désintéresse d'abord sur les biens propres de son débiteur, avant de saisir les biens communs.

Le droit français n'exprime pas clairement cette priorité, à l'inverse d'autres droits. Le nouveau Code civil russe prévoit ainsi que dans l'indivision, les créanciers personnels ne peuvent provoquer le partage que si les fonds propres de leur débiteur sont insuffisants (art. 255). En d'autres termes, si les biens communs font partie du gage du créancier personnel, ils ne doivent l'être qu'à titre subsidiaire.

b. Régime

280. Ce caractère subsidiaire peut passer par l'octroi automatique d'un bénéfice de discussion aux autres copropriétaires. L'idée a été proposée par l'Académie des sciences morales et politiques pour les dettes professionnelles poursuivies sur la communauté¹. Mais en réalité, ce sont toutes les propriétés communes qui font face à cette difficulté.

Le bénéfice de discussion est tiré du droit du cautionnement, qui précise dans trois articles son fonctionnement (art. 2299 à 2301 du Code civil). Pour parvenir à un optimum de Pareto, la situation du créancier ne doit pas être aggravée : par conséquent, tous les frais relatifs à l'exercice du bénéfice de discussion sont à la charge des copropriétaires. Il est donc possible que dans un certain nombre de cas, les copropriétaires aient intérêt à laisser le créancier poursuivre sa saisie sur les biens communs plutôt que le forcer à se reporter sur les biens individuels.

281. Dans l'indivision, le bénéfice de discussion pourrait être la première défense contre l'action en partage de l'art. 815-17 du Code civil. Même si aucun texte ne le prévoit expressément, le régime de l'action oblique devrait permettre d'instaurer cette limite. En effet, l'action oblique constitue une ingérence grave du créancier dans les affaires de son débiteur, s'expliquant par la *carence* de ce

1. V. *supra*, n° 273

dernier¹. Or s'abstenir de demander le partage n'est pas toujours une carence : le débiteur peut avoir de très bonnes raisons de vouloir maintenir l'indivision. Il n'y aurait carence que lorsque le débiteur, *insolvable*, refuserait de reconstituer son patrimoine personnel en demandant sa part dans l'indivision². Par conséquent, si un autre indivisaire parvient à rapporter la preuve que le patrimoine personnel de l'indivisaire est suffisant pour désintéresser le créancier, l'exercice de l'action en partage devrait être paralysé³.

282. Dans le régime légal, ce bénéfice de discussion pourrait atténuer le principe de l'art. 1413 du Code civil pour le conjoint, sans nuire au droit de gage du créancier. Le bénéfice ne pourrait être admis que dans le cas où une dette personnelle du conjoint est poursuivie sur les biens communs, ouvrant donc un droit à récompense⁴. Il va de soi qu'une dette commune au stade de la contribution a toute légitimité à être poursuivie sur les biens communs. Ici, aucun texte ne semble pouvoir directement servir de fondement à une telle subsidiarité, qui ne peut être énoncée qu'à titre de principe jurisprudentiel.

283. Le mécanisme serait surtout utile pour toutes les «petites» propriétés communes : créances solidaires, «compte joint», tontine, par exemple. En l'absence de textes dérogatoires, le principe est bien le libre choix par le créancier des biens objets de sa saisie (art. L.111-7, C. proc. civ. exéc.). Mais les «principes généraux régissant la clause d'accroissement», dont l'existence a été récemment reconnue par la jurisprudence, peuvent servir de fondement utile pour allouer un

1. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3 : *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Sirey, 2011, n° 78.

2. L'insolvabilité est en principe une condition de l'action oblique, ce qui a été rappelé par la Cour de cassation dans le cadre de l'art. 815-17 du Code civil (Cass. Civ. 1^{ère}, Bull. I, n° 176, qui exige que la créance soit «en péril»). Toutefois, la jurisprudence récente s'est montrée de plus en plus souple sur la condition d'insolvabilité (v. sur ce point G. GOUBEAUX, « La carence du débiteur, condition de l'action oblique » in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 147-160, n° 12.). Parce que les intérêts des autres indivisaires sont en jeu dans l'exercice oblique de l'action en partage, il faut donc être ferme sur la condition d'insolvabilité.

3. Si la charge de la preuve pèse sur les autres copropriétaires, c'est parce que la Cour de cassation a considéré que la carence du débiteur était présumée dès lors qu'il était inactif (Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-11049, Bull. I, n° 145 ; D. 2002. p. 2836, obs. Ph. DELEBECQUE, p. 3041, note PERRUCHOT-TRIBOULET.).

4. C'est par exemple le cas des amendes civiles ou pénales (art. 1417, al. 1, C. Civ.), ainsi que des dettes contractées «dans l'intérêt personnel de l'un des époux, ainsi pour l'acquisition, la conservation ou l'amélioration d'un bien propre» (art. 1416, C. Civ.).

bénéfice de discussion aux autres tontiniers, afin que la spécificité des propriétés communes soit prise en compte. Quand bien même la masse commune fait partie du droit de gage des créanciers personnels, il faut la considérer comme subsidiaire par rapport au patrimoine strictement individuel du débiteur.

2. Le partage comme mesure subsidiaire

284. Si le retrait forcé peut perturber le fonctionnement d'une propriété commune, le partage demandé par un créancier personnel y met fin, ce qui peut parfois nuire aux intérêts des autres propriétaires en commun. Aussi, si le droit a déjà instauré des limites au droit au partage dans le cadre de l'indivision (a), le mouvement devrait-il être achevé en affirmant que le partage opéré par un créancier doit toujours être une mesure subsidiaire (b).

a. Les limites existantes au droit au partage

285. Les réformes successives du droit de l'indivision ont cherché à limiter l'automatisme du partage en permettant aux indivisaires de s'y opposer, même en l'absence de limitation conventionnelle. L'action du créancier étant oblique, les limitations éventuellement opposables à la demande d'un indivisaire s'y appliquent aussi ¹.

286. Les deux moyens de défense principaux consistent cependant, pour les indivisaires, à désintéresser directement le créancier (art. 815-17 al. 3) ou à défaut à lui permettre de prélever sur les biens indivis la valeur de la part de son débiteur, si toutefois la masse indivise est suffisamment liquide pour permettre un tel prélèvement (art. 824, Code civil). La faculté de désintéressement prévue par l'art. 815-17 est avantageuse pour les indivisaires puisque leurs droits croissent dans l'indivision à mesure de leur contribution. La Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que les indivisaires puissent exercer cette faculté, ce qui

1. V. cependant Cass. Civ. 1^{ère}., 25 sept. 2013, n° 12-21272, Bull. n° 183. considérant que le créancier n'a pas à justifier, contrairement à l'indivisaire demandeur, d'avoir pris «des mesures en vue d'un partage amiable», comme le prévoit l'art. 1360 du Code de procédure civile.

suppose que le créancier précise le montant exact de la dette due au jour de la demande en partage¹.

Dans ces deux cas, la loi permet en réalité de transformer le partage en retrait forcé, soit parce que les autres copropriétaires «rachètent» la part du débiteur en désintéressant le créancier, soit parce que la masse indivise est ponctionnée de la part du débiteur. Si ces mesures permettent déjà efficacement de limiter les partages subis, d'autres sont aussi envisageables.

b. L'octroi de nouvelles défenses

287. Outre le bénéfice de discussion déjà évoqué, qui mériterait d'être posé explicitement comme principe, deux possibilités de désintéressement alternatives sont envisageables avant de prononcer le partage.

La première est de permettre aux indivisaires de trouver un cessionnaire de leur choix pour les droits indivis du débiteur et de reverser automatiquement au créancier le prix de vente, qui ne pourrait être inférieur à la valeur réelle. Techniquement, le créancier met en demeure les indivisaires de trouver un cessionnaire dans un certain délai. Soit ils y parviennent, et le prix de vente est directement alloué au créancier ; soit ils n'y parviennent pas, et le partage doit être prononcé.

La seconde serait de revenir sur l'insaisissabilité de la quote-part indivise. Si la justification de cette règle est d'empêcher «l'intrusion d'un tiers au sein de la communauté des indivisaires»², une interdiction générale est inutile, puisque les indivisaires mécontents pourront de toute manière prononcer le partage à tout moment. On devrait pouvoir permettre aux coindivisaires de laisser le créancier saisir la part et devenir indivisaire. En cas de conflit, il suffira que l'un d'entre eux demande le partage. Si un créancier professionnel n'a aucun intérêt à cet arrangement, un tel mécanisme peut être utile lorsque le créancier est un membre de la même famille, voire même est un autre indivisaire détenant une créance personnelle³.

1. Doit par conséquent être cassé l'arrêt d'appel ordonnant le partage au motif que le passif de la liquidation a été définitivement fixé par jugement, alors que le coindivisaire doit connaître le montant *actualisé* du passif, prenant en compte les éventuels règlements déjà effectués (Cass. Civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-11460, Bull. I, n° 123, JCP N 2010. 1318, comm. J-P. GARÇON.).

2. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 167.

3. Une telle opération appelle une interrogation plus générale : si le créancier ne peut saisir

288. Au fil des réformes, l'exercice de l'action en partage par un créancier a été subordonné à des exceptions de plus en plus nombreuses, ce qui a amélioré la situation des coindivisaires. Il est possible d'achever ce mouvement en affirmant très clairement que le partage ne doit être prononcé que s'il s'agit de *la seule manière* de désintéresser un créancier personnel. En d'autres termes, le partage oblique d'une propriété commune doit être une *mesure subsidiaire* par rapport à toutes les autres, sauf lorsque les copropriétaires du débiteur y consentent. Telle est la situation dans laquelle on atteint un optimum de Pareto.

Si l'art. 815-17 est globalement conforme à cette ligne, une jurisprudence très contestable rendue en matière de procédures collectives ne l'est pas. Un arrêt a ainsi considéré que lorsque le débiteur en liquidation était dessaisi de ses biens, le liquidateur pouvait à tout moment demander le partage de l'indivision, et ce même si le coindivisaire avait désintéressé la procédure¹ ! L'argumentation de la Cour de cassation consiste à dire que l'action en partage en cas de dessaisissement n'est pas celle de l'art. 815-17, mais celle de l'art. 815. Il n'en reste pas moins que le liquidateur n'est pas le propriétaire et qu'il est économiquement absurde de provoquer le partage d'une propriété commune, et donc de nuire aux autres copropriétaires, si le droit de gage n'est pas atteint. Si la conciliation du droit des procédures collectives et des propriétés communes est incontestablement difficile, une analyse économique du droit, même «sans rigueur», permet de fixer les limites que doivent avoir le dessaisissement du débiteur et l'intérêt à agir du liquidateur².

289. Conclusion du paragraphe. Lorsqu'un créancier personnel se voit reconnaître le droit de se désintéresser sur des biens objet d'une propriété commune, il porte nécessairement atteinte aux autres copropriétaires. Plusieurs systèmes sont possibles pour concilier ces deux droits ; ces systèmes façonnent

la part indivise, le débiteur peut-il offrir celle-ci à titre de dation en paiement, et si oui, les autres indivisaires disposent-ils d'une autre défense que leur droit de préemption ?

1. Cass. Civ. 1^{ère}., 29 juin 2011, n° 10-25098, Bull. I, n° 132, Bull. Joly Entr. 2011. 346, obs. P. RUBELLIN, D. 2011. 1970, obs. A. LIENHARD, JCP E 2012, 1000, n° 3, obs. Ph. PÉTEL.

2. Cf. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n° 1156. : «Si le dessaisissement permet bien au liquidateur d'agir en partage, c'est exclusivement en exécution et au service de la mission dont il est investi dans la liquidation judiciaire, toute entière orientée vers l'apurement du passif : s'il n'existe plus de passif exigible, la mission du liquidateur touche à sa fin, ce qui se traduit sans doute par l'absence d'intérêt à agir».

l'identité des formes juridiques, soit par ressemblance, soit par dissemblance. La transparence a ses propres degrés, selon que le créancier peut saisir tous les biens communs ou une partie d'entre eux. Ce choix dépend des traits sociologiques des propriétés communes en cause, qui déterminent quel est le système le plus efficace selon les cas.

Dans tous les cas, l'atteinte faite aux copropriétaires peut être limitée par la reconnaissance d'une double subsidiarité s'imposant aux créanciers personnels : celle touchant la mise en cause de la propriété commune, par rapport au patrimoine personnel du débiteur ; celle touchant au partage, par rapport aux autres mesures de désintéressement.

§ 2. Les effets secondaires de la transparence

290. La transparence de la masse commune a été définie en relation avec les pouvoirs des créanciers personnels sur les biens communs. Dans les formes transparentes, il existe un continuum entre les masses individuelles et la masse commune. Or cette absence de séparation entraîne d'autres incertitudes de régime, touchant à la fois le statut de la masse commune (A) et les flux de valeur entre celle-ci et les masses individuelles (B).

A. L'incertitude quant au statut de la masse commune

291. L'incertitude quant à la *qualification* de la masse commune débouche sur une incertitude quant au *régime*.

1. Une qualification incertaine

292. La masse commune, même transparente, est-elle un *patrimoine* ? Malgré l'incertitude de la notion de patrimoine, certains arguments militent en ce sens. En effet, toute masse commune fait nécessairement naître un passif, ne serait-ce que du fait des coûts d'entretien et des charges pesant sur les biens communs, auquel il faut rajouter tous les actes juridiques ayant des biens communs pour objet. Ce passif étant commun par nature, il y a donc bien toujours

un *passif corrélé à l'actif*¹. La masse commune transparente ne peut donc être qualifiée d'universalité de fait, du moins dans la conception classique de cette dernière², et semble donc pouvoir être qualifiée de patrimoine.

293. L'assimilation paraît cependant difficile, pour deux raisons. D'une part, le droit français n'admet classiquement que le «patrimoine-personne» ou les patrimoines d'affectation³. Or les masses transparentes ne sont ni personnifiées, ni nécessairement affectées⁴. Ce serait donc une nouvelle forme de patrimoine.

D'autre part, les masses transparentes sont *transparentes*, précisément. Or la notion de patrimoine permet de tracer les frontières entre les différentes masses saisissables⁵. Dire qu'une personne a un patrimoine, c'est dire que *seuls* ses créanciers peuvent saisir ses biens. Isoler un patrimoine d'affectation, c'est réserver à une classe de créanciers certains biens, à *l'exclusion des autres*. En définitive, le patrimoine vaut moins par son contenu que par ses frontières : il est la notion qu'on peut invoquer pour *rejeter* les prétentions de tel créancier sur telle masse de biens⁶. Aucune autre notion n'existe, en droit positif, pour accomplir cette fonction de fermer certaines masses de biens à certains créanciers.

1. Même les propriétés communes les plus simples, comme les murs mitoyens ou les indivisions forcées, font naître un passif commun, né de l'entretien de la chose commune.

2. V. cependant A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, préf. de R. LIBCHABER, Defrénois, 2008, n° 174. : «C'est donc une différence d'objectif qui distingue l'universalité de droit de l'universalité de fait. L'universalité de droit est un ensemble de biens et de dettes qui réalise un isolement au sein du patrimoine : elle permet un règlement particulier des droits des créanciers. L'universalité de fait est une assiette, composée de biens et parfois de dettes. Son objectif n'est pas la constitution d'une masse de règlement. Cette absence d'autonomie patrimoniale de l'universalité de fait trouve une illustration intéressante dans le domaine des formalités de l'article 1690 du Code civil».

3. On laisse de côté le troisième sens de patrimoine, plus contemporain, désignant les «patrimoines communs» : certaines ressources naturelles, la langue française, etc. V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 379.

4. Sur ce dernier point, v. infra, n° 343.

5. La plupart des critiques de la notion de patrimoine portent sur le versant *descriptif* de ce dernier, comme marquant par exemple le «lien entre l'être et l'avoir» (D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. de P. JESTAZ, LGDJ, 2003, n° 48 et s.).

6. Les notions juridiques sont souvent des armes qu'on invoque dans un discours argumenté. Comme l'avait noté Hart à la suite de Bentham, il est de ce fait plus pertinent de définir les notions juridiques en fonction de leur rôle dans l'argumentation plutôt que de manière classique, c'est-à-dire *per genus et differentiam*. Cf. H. L. A. HART, « Definition and Theory in Jurisprudence » in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press - Oxford, 1983, p. 26.

Voilà pourquoi si les masses communes autonomes peuvent être qualifiées de «patrimoine», puisque par définition les créanciers personnels sont «repoussés», il est plus difficile de retenir cette appellation pour les masses transparentes, puisque ces masses servent à la fois de gage aux créanciers communs et aux créanciers personnels.

294. Reste alors la qualification d'*universalité de droit*, qui s'appuie elle aussi sur la corrélation entre un actif et un passif. Ce serait un retour aux sources : l'universalité de droit provient de l'*universitas* romaine, la forme la plus nette de propriété commune.

La notion est cependant aujourd'hui largement amalgamée avec celle de patrimoine. Les objections contre celle-ci valent donc pour celle-là. Un moyen de les dissocier serait de dire que si tous les patrimoines sont des universalités de droit, la réciproque n'est pas vraie. Il existe des universalités de droit n'assurant pas un «enclousonnement» des biens. Les biens communs ont certes un passif propre, mais servent aussi de gage pour d'autres passifs. Telle pourrait être une conception rénovée de l'universalité de droit, la distinguant du patrimoine, et permettant d'appliquer la notion aux masses communes transparentes¹.

2. Un régime incertain

295. La source de l'incertitude est clairement identifiée : la masse commune n'est pas radicalement séparée des masses propres, mais elle est cependant distincte et identifiable. Cette ambiguïté ne doit pas être écartée mais assumée, que ce soit dans l'application du droit des servitudes ou, de manière plus prospective, dans le passage d'une forme juridique transparente à une autre par opération de transformation.

1. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, p. 1625. : «La règle de l'unité du patrimoine explique qu'on ne puisse guère trouver, dans notre système juridique, de véritables universalités de droit (en dehors du patrimoine général des personnes physiques ou morales). C'en est une pourtant, que la communauté conjugale (qui n'est point d'ailleurs regardée comme le patrimoine d'une personne morale distincte des époux), car elle est constituée inséparablement d'actif et de passif (a. 1401 et 1409).».

a. Les servitudes entre fonds commun et fonds propre

296. La constitution d'une servitude suppose la présence de deux fonds appartenant à deux propriétaires différents, selon l'adage *nemini res sua servit*. Le Code civil prévoit ainsi l'extinction de la servitude par confusion lorsque «le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main» (art. 705, C. Civ.). Peut-on constituer dès lors une servitude entre un fonds commun et un fonds propre, lorsque le fonds commun fait partie d'une masse transparente ? Ce n'est pas exactement «un autre propriétaire» au sens de l'art. 637 du Code civil, mais ce n'est pas non plus exactement le même !

297. En matière d'indivision, la Cour de cassation considère qu'il est impossible de grever un fonds indivis au profit d'un fonds propre¹. La raison conceptuelle est que le bien commun n'appartient pas à un «autre propriétaire» que celui du fonds propre. De plus, une telle servitude serait inutile puisque le droit de l'indivision offre déjà au propriétaire l'usage du bien commun (art. 815-19, C. Civ.), même si, comme cela a été souligné, «les avantages que l'on peut retirer d'un fonds en qualité d'indivisaire ne se ramènent pas nécessairement à ceux qu'on peut en retirer en tant que bénéficiaire d'une servitude»². En effet, au moment du partage, si le bien commun en cause n'est pas compris dans le lot du propriétaire, ce dernier ne bénéficiera plus du service pour son propre fonds. N'ayant plus de droit d'usage de par l'indivision et ne pouvant constituer de servitude, sa situation est précaire.

Une solution serait de reconnaître l'existence d'une *servitude par destination du père de famille* (art. 693, C. Civ.). Si l'indivisaire a assujéti le bien indivis à un usage particulier en faveur de son propre fonds, de manière apparente et indiscutable, alors un tel usage pourrait se maintenir via la reconnaissance d'une telle servitude. Malheureusement, la jurisprudence a refusé un tel mécanisme dans le cadre de l'indivision³. L'obstacle serait double. D'abord, l'effet déclara-

1. Jurisprudence constante depuis Cass. Civ. 3^{ème}, 6 fév. 1973, n° 71-13828, Bull. Civ. n° 101. V. récemment Cass. Civ. 3^{ème}, 27 mai 2009, n° 08-14376, Bull. Civ. n° 125 ; D. 2009. 2307, obs. B. MALLET-BRICOUT.

2. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 383-2.

3. Cass. Civ. 3^{ème}, 6 juin 2007, n° 06-15044, Bull. Civ. n° 101 ; D. 2007. 2851, note BOFFA ; Defrénois 2007. 1682, obs. C. ATIAS ; Dr. et Patr., févr. 2008, p. 94, obs. J-B. SEUBE et T. REVET.

tif du partage : puisque chacun est réputé n'avoir jamais été propriétaire, alors aucune mise en état du fonds n'est censée avoir existé du temps de l'indivision. Ensuite, la pluralité de propriétaires, qui contredirait la lettre des articles 693 et 694 du Code civil, selon la doctrine majoritaire. Les efforts conjugués de la conception individualiste de la propriété et du recours aux fictions aboutissent donc à la paralysie totale des opérations patrimoniales entre les fonds indivis et propres.

Cette situation est pourtant critiquable. Car de deux choses l'une : soit on sépare nettement fonds indivis et fonds propre, en considérant qu'il y a deux propriétaires différents, et on autorise la constitution de servitudes ; soit on considère qu'il y a identité de propriétaires, ce qui est un obstacle à la constitution d'une servitude pendant l'indivision, mais dans ce cas il faut ouvrir la possibilité de l'art. 693 du Code civil, qui est le corollaire logique de l'interdiction de constituer une servitude sur son propre fonds¹. Aucun obstacle sérieux ne s'y oppose².

298. Un raisonnement similaire est adopté en matière de communauté légale. La Cour de cassation a ainsi considéré qu'un bien propre n'était pas enclavé si l'accès à la voie publique est possible par un terrain appartenant à la communauté³.

Enfin, en matière de copropriété, si la Cour de cassation a admis la constitution de servitudes entre parties privatives au motif que ces héritages appar-

1. La servitude par destination du père de famille a été instituée pour permettre la «renaissance» d'une servitude éteinte par confusion dès lors que l'un des fonds concernés est aliéné. L'art. 694 dit de manière significative que la servitude «continue d'exister», ce qui est techniquement inexact mais révèle la *ratio legis*. Sur ce point, v. E. MEILLER, *La notion de servitude*, préf. de F. ZENATI, LGDJ, 2012, p. 377.

2. Et ce d'autant plus si on considère que la servitude du père de famille est un cas particulier de l'acquisition de la servitude par titre. En effet, dans ce cas, «la destination choisie n'est pas constitutive de la servitude, elle n'est que le fait générateur d'une situation qui sera acceptée par les acquéreurs. Si l'on prête quelque crédit à cette proposition et si l'on fait de l'accord des acquéreurs le titre constitutif de la servitude, il importe peu que celle-ci ait été aménagée par un ou plusieurs propriétaires. Cette circonstance devrait rester indifférente» (T. REVET et J.-B. SEUBE, *Dr. et Patr.* 2008, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 6 juin 2007., p. 96.). L'avant-projet de réforme du droit des biens reste fidèle à une conception individualiste (v. art. 616).

3. Cass. Civ. 3^{ème}, 6 fév. 2013, n° 11-21.252, Bull. Civ. n° 117 ; D. 2013. p. 496, obs. A. TADROS ; p. 2123, obs. B. MALLET-BRICOUT.

tiennent «à deux propriétaires distincts»¹, il n'est pas certain qu'une servitude puisse être constituée sur des parties communes au profit d'un lot privatif². En effet, comme dans les autres formes juridiques, le fonds servant appartient aussi au propriétaire du fonds dominant, quoique de manière commune dans le premier cas et individuelle dans le second.

299. Si de manière générale, la jurisprudence refuse qu'un fonds commun puisse être grevé au profit d'un fonds appartenant en propre à l'un des propriétaires en commun, l'opération inverse devrait permettre la constitution d'une servitude. En effet, l'art. 637 exige que le fonds servant appartienne à un autre propriétaire. Or, si le fonds commun est dominant, le fonds propre servant appartient à un «autre propriétaire» du point de vue des propriétaires en commun. Si A et B sont copropriétaires d'un fonds, une servitude peut être établie sur le fonds propre de A puisque du point de vue de B le fonds servant appartient bien à un autre propriétaire.

La solution devrait être clairement admise en matière d'indivision ou de communauté³. Par exemple, un bien commun entouré de biens propres est enclavé, car au moins un des copropriétaires n'a pas la possibilité d'avoir accès au bien. Il doit donc bénéficier de la servitude légale sur le bien propre de son conjoint/coindivisaire.

En matière de copropriété, la situation est plus délicate pour des raisons conceptuelles et pratiques. Conceptuellement, il faut composer avec l'analyse du lot de copropriété. Si l'analyse dualiste permet d'admettre l'idée d'une servitude au profit des parties communes, l'analyse unitaire l'exclut : les parties communes ne sont que l'accessoire de chaque lot. Elles ne sauraient donc faire l'objet de servitudes soit de manière active, soit de manière passive⁴. De ma-

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004, n° 03-11.562, Bull. Civ. n° 140 ; D. 2005. 1134, note C. GIVERDON et P. CAPOULADE ; Defrénois 2005. 1180, obs. C. ATIAS ; RTD Civ. 2004. p. 753, obs. T. REVET.

2. La formulation très forte de l'arrêt du 11 janvier 1989 est donc certainement encore valable : «il y a incompatibilité entre la division de l'immeuble en lots de copropriété et la création d'une servitude sur une partie commune au profit d'un lot privatif» (Cass. Civ. 3^{ème}, 11 jan. 1989, n° 87-13.605, Bull. Civ. n° 11 ; RTD Civ. 1990. p. 310, obs. F. ZENATI.).

3. Pour l'admission en matière d'indivision, v. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 383-2.

4. F. ZENATI-CASTAING, *RTD Civ.* 1991, p. 565, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1991. V. également T. REVET, *RTD Civ.* 2004, p. 753, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004.

nière pratique, le règlement de copropriété permet de régler les relations entre parties privatives et parties communes. La technique des servitudes n'est donc pas ici nécessaire¹.

300. En résumé, la contrainte conceptuelle subie par la propriété commune aboutit à appliquer avec prudence le régime de la servitude, analysée comme une relation bilatérale entre deux fonds (théorie classique) ou entre deux personnes (théorie néo-personnaliste)². Aucun argument conceptuel n'est décisif tant pour l'admission que pour l'exclusion du jeu des servitudes : la masse commune n'est pas la masse propre, mais elle n'est pas radicalement autre. Reste une approche pragmatique, au cas par cas. Or il apparaît que les servitudes sont peu utiles lorsqu'il s'agit de grever le fonds commun au profit d'un propre. En revanche, elles doivent être reconnues lorsque le fonds commun est dominant, sauf à pénaliser les propriétés communes par rapport à l'appropriation individuelle.

b. La transformation des masses transparentes

301. La transformation est une opération du droit des sociétés consistant à changer de forme sociale. La loi précise qu'une telle opération n'entraîne pas changement de personne morale, ce qui permet d'instaurer une continuité dans les droits et obligations (art. 1844-3, C. Civ.). En s'inspirant du droit des sociétés, il est possible d'appréhender la transformation comme une opération relevant du droit commun de la propriété commune. La transformation ne serait rien d'autre que le changement de forme juridique applicable à une propriété commune. Seules les habilitations seraient modifiées, mais l'objet de la propriété commune, entendu largement (biens, droits et dettes), serait inchangé. Car ce qui justifie la transformation et le régime fiscal de faveur qui l'accompagne, ce n'est pas exactement la continuité de la personne morale, mais la continuité des biens, créances et dettes communs, qu'ils soient appréhendés dans un patrimoine autonome ou non.

1. Pour les servitudes entre lots, v. infra, n° 444.

2. Pour une critique de ces deux théories et la défense d'une vision plus objectiviste de la servitude, v. E. MEILLER, *La notion de servitude*, préf. de F. ZENATI, LGDJ, 2012, spéc. pp. 115 et s. ; pp. 138 et s.

302. En l'état actuel du droit positif, de telles transformations sont impossibles, puisque les transformations entre groupements non sociétaires et sociétaires sont déjà interdits en l'absence de texte spécial¹. Pourtant, cela serait utile sous de nombreux aspects.

En *droit économique*, on donnerait une assise juridique solide à la transformation d'une société en participation en société personnifiée, opération déjà reconnue comme telle par le droit fiscal², tout en ouvrant la possibilité pour l'indivision (conventionnelle ou non). En effet, ces formes juridiques se trouvent aujourd'hui en concurrence pour l'organisation des entreprises³, ce qui justifie qu'on envisage le passage de l'un à l'autre, sans passer par la liquidation/constitution, ruineuse fiscalement. La quote-part indivise serait convertie en droit social, et le patrimoine social de la société personnifiée nouvellement formée ne serait pas formé par la mise en commun d'apports, mais par une masse commune préexistante entre associés (rien n'empêcherait cependant des apports supplémentaires, selon les règles applicables à la formation des sociétés).

303. La transformation peut également servir en *droit de la famille*. Lorsque des époux séparés de biens optent pour un régime communautaire, les biens indivis pourraient être transformés en société d'acquêt ou en communauté. Mais c'est surtout dans le passage du Pacs à la communauté légale que la transformation peut simplifier les opérations. En l'état du droit positif, le mariage des partenaires pacsés aboutit à la dissolution de la convention de partenariat et au partage de l'indivision d'acquêts (art. 515-7, C. Civ.). Les biens auparavant indivis vont devenir des biens propres des époux au regard du régime de communauté, puisqu'ayant été acquis avant le mariage (art. 1405, C. Civ.). Les partenaires peuvent aussi conserver l'indivision, qui devient alors une indivision conventionnelle de droit commun (art. 515-5-3 al. 3, C. Civ.).

Or le Pacs joue parfois le rôle de «néo-fiançailles», et non celui d'une forme

1. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 565 et 566.

2. G. BAFFOY, « La transformation d'une société en participation en une société de droit est-elle possible ? », *JCP E* 1998, p. 359. ; B. DONDERO, « Société en participation », *Rép. sociétés Dalloz*, 2014, n° 176.

3. F. DEBOISSY et G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 225, n° 10 et s.

définitive d'union, comme l'entendait le législateur initialement¹. Le phénomène, qui touchait les couples hétérosexuels, pourrait s'étendre aux couples homosexuels, puisque les deux formes de couples ont accès au mariage depuis la loi du 17 mai 2013 (art. 143, C. Civ.). Il paraît donc plus logique de faire prévaloir la continuité dans le rapport aux biens, en réfléchissant à un mécanisme de transformation si le Pacs est dissous par mariage entre les deux mêmes partenaires². La dissolution ne serait pas suivie d'une liquidation, mais d'un «transfert» (le mot est impropre mais plus parlant que «transformation») à la communauté légale naissant au jour du mariage³. Cette transformation pourrait être une option ouverte aux partenaires, voire être érigée en règle supplétive de volonté par le législateur⁴.

304. Dans tous les cas, les droits des créanciers doivent être sauvegardés. La règle du droit des sociétés est simple : si la transformation a pour effet d'augmenter le droit de gage des créanciers antérieurs, ces derniers en bénéficient. En revanche, si elle a pour effet de les réduire, alors la transformation leur est inopposable. Ils conservent donc leur droit de gage initial⁵. Une telle règle pourrait être généralisée à cette conception générale de la transformation, applicable à toutes les masses communes, transparentes ou autonomes.

B. L'incertitude sur la nature juridique des flux entre masse commune et masses propres

305. Si la masse commune n'est pas totalement séparée des masses individuelles, comment analyser les flux entre les deux masses ? Le dilemme est

1. Les statistiques du Ministère de la Justice révèlent ainsi qu'environ 40% des partenariats se dissolvent par mariage. Si cette statistique inclut également les mariages avec un non-partenaire, on peut raisonnablement penser que la proportion ne doit pas être significative.

2. Le droit fiscal prend déjà en compte la continuité entre les deux formes en prévoyant le maintien de l'imposition commune pour les revenus (art. 6-5, CGI). Sur ce point, v. F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, 14^e éd., LexisNexis, 2015, n° 1380.

3. V. implicitement en ce sens, A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2014, n° 687.

4. En l'état actuel du droit positif, les partenaires ne peuvent que maintenir l'indivision, qui s'ajoute donc à la communauté.

5. V. pour la transformation d'une société à risque illimité en une société à risque limité, Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mar. 1990, n° 87-13357, non publié ; Bull. Joly 1990. 439, note M. JEANTIN.

simple : soit on fait prévaloir la distinction entre les masses en appliquant le régime classique des commutations - c'est-à-dire qu'on considère que les mouvements patrimoniaux sont *translatifs* - , soit à l'inverse on fait prévaloir la transparence, et on se refuse à les analyser comme tels. Reste que cette option oblige à déterminer la nature de ces flux et surtout le régime qui va leur être applicable.

La doctrine semble osciller entre les deux pôles, qui recoupent l'alternative entre stratégies de rationalisation forcée (on considère que le flux est translatif même s'il ne l'est pas exactement) ou d'isolement (recours au *sui generis*)¹. Le droit positif témoigne d'une approche plus pragmatique, sans doute préférable : ces flux ne sont pas considérés comme translatifs (A), ce qui n'empêche pas qu'ils soient ponctuellement considérés comme tels, par *analogie* (B).

1. L'absence de caractère translatif en droit civil

306. L'analyse des contrats-organisation a montré que ces derniers s'appuyaient sur deux opérations fondamentales : l'apport et le partage, entendus de manière large². En effet, l'apport ne se limite pas au seul droit des sociétés, mais peut être utilisé pour d'autres formes de propriété commune, comme l'indivision ou la communauté³. L'apport, dans cette conception élargie, recoupe toute *mise en commun* d'un bien, c'est-à-dire tout mouvement de valeur d'origine volontaire entre une masse propre et une masse commune.

307. Il est cependant possible d'élargir encore la perspective en replaçant l'analyse contractuelle dans un cadre de droit des biens. Les notions d'apport et de partage ont alors vocation à nommer respectivement tous les mouvements de valeur entre masse commune et masses propres, qu'ils soient volontaires ou involontaires. On pourrait donc parler d'*apport forcé*, lorsque la loi prévoit qu'un bien, initialement propre, devienne commun. Ces notions élargies d'apport et de

1. Sur ces deux stratégies, v. *supra* n° 112 et s.

2. Cf. J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2011, p. 215 et s. qui parle d'«agrégation» et de «distribution».

3. F. DEBOISSY et G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 225. ; B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. de H. LE NABASQUE, 2 t., PUAM, 2006, p. 357 et s., qui développe une «théorie pure de l'apport».

partage intègrent donc le droit commun de la propriété commune¹.

Dans cette vision élargie, le partage est l'opération par laquelle un bien, faisant l'objet d'une propriété commune, fait désormais l'objet d'une propriété individuelle par un des propriétaires en commun. L'apport est l'opération strictement inverse. Ce sont des changements dans le *mode de tenure* du bien : le commun devient individuel ou l'individuel devient commun. Cette structure commune appelle donc, *a priori*, un traitement identique quant à leur caractère translatif. Il s'agit donc d'un problème général (1), dont les répercussions peuvent être importantes dans le droit spécial des propriétés communes (2).

a. Un problème général

308. Le transfert de propriété est l'opération par laquelle un bien passe d'un propriétaire à un autre. Cela suppose donc qu'une personne cesse d'être propriétaire, tandis qu'une autre personne le devient. Les modalités de ce transfert font l'objet d'une divergence en doctrine. Si la doctrine classique analyse l'opération comme un véritable transfert de la propriété, la théorie rénovée considère que ce «transfert» se fait en deux étapes : «une renonciation à la propriété de l'ancien propriétaire suivie de la naissance d'un nouveau rapport de propriété au profit de l'acquéreur»². Selon cette théorie, à proprement parler, la propriété ne se transmet pas, seul le bien se transmet³. Mais quelle que soit l'option théorique choisie, il ne fait aucun doute dans les deux cas qu'un propriétaire disparaît au profit d'un nouveau. C'est le schéma classique de la commutation.

Dans l'apport et dans le partage, il y a bien un changement de propriétaires. Mais l'opération est structurellement différente d'un transfert de propriété. En

1. Les deux notions ne sont cependant pas d'égale importance : toute propriété commune suppose en effet un apport, soit volontaire soit involontaire, puisque la propriété individuelle est le mode de tenure des biens de principe en droit français. En revanche, la propriété commune ne débouche pas forcément sur un partage. Non seulement certaines propriétés communes sont perpétuelles, mais d'autres modes de réalisation sont parfaitement envisageables, comme le mécanisme de l'accroissement. Ces questions seront traitées au chapitre 8.

2. P. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété*, préf. de T. REVET, LGDJ, 2013, n° 95.

3. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 176. ; V. également P. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété*, préf. de T. REVET, LGDJ, 2013, n° 96. : «La propriété n'est ainsi pas véritablement transmise, seul le bien circule en passant du patrimoine de l'aliénateur à celui de l'acquéreur».

effet, dans l'apport, il y a bien des nouveaux propriétaires, mais il n'y a pas de *disparition de l'ancien propriétaire*. À l'inverse, dans le partage, il y a bien disparition des anciens propriétaires, mais *pas apparition d'un nouveau*. Un élément de l'opération du transfert manque donc dans chacune de ces opérations : soit «l'acquéreur» était déjà propriétaire avant l'opération ; soit «l'aliénateur» ne perd pas son droit de propriété sur le bien «transmis». Plus qu'un transfert, l'opération consiste en *l'adjonction ou la suppression* d'un propriétaire sur le bien.

Juridiquement, le problème va être de savoir s'il faut assimiler ces «semi-transferts» à des transferts, par une rationalisation forcée, ou bien s'il faut au contraire les maintenir dans leur singularité. Or si le partage n'est plus considéré comme translatif, il existe encore des tentations d'analyser l'apport aux masses transparentes comme translatives.

309. Après des hésitations historiques persistantes, le partage est aujourd'hui considéré comme déclaratif, et non translatif. L'explication en termes de cessions croisées de quotes-parts indivises a été progressivement abandonnée au Moyen Âge. Pour autant, le partage est encore analysé par une partie de la doctrine comme un échange de renonciations entre les indivisaires¹. Nouvelle manifestation de l'influence de la logique commutative : lorsqu'un gâteau est partagé entre plusieurs personnes, éprouve-t-on le besoin de dire que chacun renonce à la part donnée aux autres ? Un partage est un partage, rien de plus ! Inutile de chercher à le ramener à un entrecroisement de relations bilatérales entre les intéressés².

310. En revanche, en ce qui concerne l'apport, l'analyse translatrice est généralement maintenue. C'est notamment le cas dans l'indivision. En effet, lorsqu'un bien propre devient indivis, que ce soit dans le cadre d'une convention

1. L. BOYER, *La notion de transaction - Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. de J. MAURY, Université de Toulouse, 1947, p. 372 et s. ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 162.

2. «Le partage ne se réalise pas au moyen d'un échange : il n'opère aucun transfert de valeurs entre les patrimoines respectifs des copartageants. Soutenir le contraire, c'est opérer une parfaite confusion entre les commutations et les distributions, entre l'opération d'Échange et l'opération de Partage» (F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, préf. d'A. GHOZI, Economica, 2008, n° 44.).

d'indivision, d'une indivision entre époux ou d'une indivision d'acquêts entre partenaires, l'opération est généralement vue comme translatrice. Le propriétaire cède un droit indivis sur son bien, ce qui rend le bien commun. Pourtant, il suffit d'augmenter le nombre d'indivisaires pour s'apercevoir du caractère problématique de cette analyse. Soit une indivision conventionnelle entre cinq personnes, chacune apportant un bien. On suppose donc que chacun découpe son bien en cinquièmes, qu'il transfère à chacun des autres membres, tandis qu'il reçoit les cinquièmes provenant des autres biens... Une telle analyse n'est que l'exact corollaire de l'analyse médiévale du partage, et constitue une forme de «bricolage conceptuel», qui ne doit pas nécessairement être rejetée, mais à tout le moins perçue comme telle¹.

311. Reste qu'on ne peut pas dire que le partage n'est pas translatif, alors que l'adjonction d'un indivisaire l'est, sauf à être incohérent. Les deux opérations étant des «semi-transferts», elles doivent être traitées de manière identique.

Soit on analyse l'apport comme une cession croisée de droits indivis sur un bien, mais dans ce cas il faut analyser le partage comme une cession croisée de droits indivis sur les biens. Toutes les relations entre masses propres et masse commune se réduisent à des opérations entre masses propres, qui sont donc translatives.

Soit on prend au sérieux le caractère transparent de la masse, et on considère que la constitution d'une indivision, à l'instar de son partage, n'est jamais translatrice.

Or, comme il est peu probable que le partage cesse d'être considéré comme déclaratif, il faut donc admettre que les flux entre masses ne sont pas translatifs. *L'adjonction ou la suppression d'un propriétaire n'est pas un transfert de propriété.* Deux exemples classiques peuvent ainsi être éclairés par ce refus d'assimiler les deux opérations.

1. Sur la notion de «bricolage conceptuel», v. supra, n° 106 et s.

b. Les répercussions du problème : deux exemples

312. L'apport à une propriété commune est rarement identifié comme tel. Il prend souvent le nom d'une commutation, parfois mis entre guillemets. C'est le cas de la «cession forcée» de mitoyenneté et de la «vente entre époux».

i. La «cession forcée» de mitoyenneté

313. Le mur mitoyen est généralement considéré comme créant une indivision forcée entre voisins ¹. La Cour de cassation, pour rejeter la qualification de servitude, a énoncé que «la mitoyenneté est un droit de propriété dont deux personnes jouissent en commun» ². Cette forme de propriété commune peut être conventionnelle (les voisins s'accordent pour transformer un mur privatif en mur mitoyen), mais aussi légale. Le célèbre article 661 du Code civil permet en effet de «rendre mitoyen» un mur initialement privatif, sans que le propriétaire puisse s'y opposer.

314. Lorsque l'art. 661 s'applique, un bien faisant l'objet d'une propriété individuelle devient objet d'une propriété commune par l'effet conjugué de la volonté du voisin et de la loi. Le propriétaire devient copropriétaire, exactement comme dans l'apport à un groupement non personnifié. À ce titre, l'image de la «société forcée» ³ est beaucoup plus juste que celle de la «cession forcée». Le propriétaire ne perd pas son bien, comme dans une cession classique ⁴, mais il se voit imposer un nouveau copropriétaire. L'enjeu de la qualification est clair : si cette adjonction forcée est considérée comme une cession, alors il s'agit d'une

1. Toutefois, à la différence des autres indivisions forcées, «chaque propriétaire a l'usage purement privatif de la moitié de mur se trouvant de son côté» (P. JESTAZ, « Fantaisie sur un mur mitoyen » in *Mélanges J-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 475—476.). Cette constatation ne doit pas remettre en cause le caractère de propriété commune. Ce type d'usage exclusif n'est pas du tout incompatible avec la qualification de propriété commune, car la question de l'appartenance est toujours dissociée de celle des pouvoirs. À titre d'exemple, l'époux est seul autorisé à agir sur ses biens professionnels, quand bien même ces derniers appartiendraient à la communauté (art. 1421 al. 2).

2. Cass. Civ. 3^{ème}, 20 juil. 1989, n° 88-12883, Bull. Civ., n° 173, RTD Civ. 1990. 686, note F. ZENATI.

3. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 804.

4. L. TRANCHANT, *RDI* 2011, p. 99, obs. sous Cons. Const. 12 nov. 2010.

forme d'expropriation pour intérêt privé, interdite par la Constitution.

315. La question fut tranchée par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC dirigée contre l'article 661, pour violation des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme¹. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel commence par écarter le grief de l'atteinte à l'art. 17. Le propriétaire initial «continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété» : il n'y a donc pas de privation du droit de propriété. En d'autres termes, passer par l'effet de la loi d'une propriété individuelle à une propriété commune n'est *jamais* une privation, mais constitue une «atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété». Or, selon une jurisprudence traditionnelle, ces atteintes «ne sont inconstitutionnelles que si elles ont un caractère de gravité tel qu'elles dénaturent le sens et la portée du droit de propriété»². Dans le cas du mur mitoyen, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas de dénaturation, au regard notamment des droits que le propriétaire initialement individuel continue d'exercer sur son bien.

316. Cette décision a le mérite de bien dissocier les deux opérations : le *transfert* de propriété au sens classique, bilatéral, par lequel l'un *perd* la propriété, tandis que l'autre l'acquiert ; *l'adjonction* ou *l'apport*, pris dans un sens non technique, par lequel plusieurs personnes deviennent propriétaires, sans que le propriétaire initial cesse de l'être. Cette *différence de nature* entre être privé de tout droit sur un bien et devoir le partager avec d'autres appelle un traitement constitutionnel différent.

Dans le premier cas, il s'agit de la protection contre la spoliation, en particulier par l'État, qui est historiquement à l'origine de la dimension «fondamentale» de la propriété³. Dans le second cas, le «communisme forcé» doit faire l'objet

1. Cons. Const., 12 nov. 2010, Décision n° 2010-60 QPC, D. 2011. 652, note CHEYNET DE BEAUPRÉ, RTD Civ. 2011. 144, obs. T. REVET.

2. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les Biens*, 2^e éd., 2010, n° 410, et les références citées.

3. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, sous la dir. de G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 354. L'article 17 a été conçu «pour protéger le citoyen propriétaire contre l'État à une époque où la bourgeoisie désirait acquérir les biens nationaux au plus bas prix». Il s'agissait également de condamner les «usages confiscatoires de l'Ancien Régime» (p. 344).

d'un simple contrôle de proportionnalité, entre les justifications de cette mise en commun et l'atteinte, indubitable, subie par le propriétaire initial. Transformer une propriété individuelle en une propriété commune est exactement une *atteinte à la propriété*, qui change de modalité, et non une privation.

Si le Conseil constitutionnel a avoué s'être écarté de l'analyse civiliste dans son commentaire officiel ¹, cet écart révèle les points aveugles de l'analyse classique. Ce n'est pas le droit constitutionnel qui doit s'aligner ici sur les concepts civilistes, ce sont les analyses civilistes qui doivent être repensées à l'occasion de cette divergence. L'admission de la notion de propriété commune permettrait une réconciliation entre les deux approches.

ii. La «vente entre époux»

317. La vente entre époux a longtemps été interdite en raison de l'interdiction générale des contrats entre époux. Depuis la réforme de 1985, elle est autorisée dans le régime séparatiste, et dans le régime de communauté lorsque le bien passe d'une masse propre à l'autre. En revanche, lorsque la «vente» aboutit à transférer un bien commun dans la masse propre ou inversement, l'opération a été qualifiée d'«insolite et suspecte» ².

318. *Suspecte* au regard du principe d'immutabilité du régime matrimonial : la communauté entre époux est une communauté en nature, et non en valeur, ce qui rend nul ce type d'opération si les formalités de changement de régime matrimonial n'ont pas été respectées ³. Admettre un principe de libre circulation des biens d'une masse à l'autre, même contre une juste contrepartie, serait permettre aux époux de profondément bouleverser l'économie du régime matrimonial ⁴.

1. *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* mar. 2011, n° 31, : «tout transfert de droits réels n'implique pas nécessairement le constat d'une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789». Le terme de «transfert» est malheureux.

2. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 105.

3. M. GRIMALDI, « Les biens du couple », *Gaz. Pal.* 30 mar. 2013, p. 19, n° 10. Comp. V. BARABÉ-BOUCHARD, « Le changement de signification du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux », *JCP N* 1994, 100399. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Dalloz, 2015, n° 363, p. 284, note 3, pour qui la composition des masses devrait s'apprécier en valeur, et non en nature.

4. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 197, qui parlent d'une «machine à faire exploser, sinon le droit, du moins le régime de com-

Insolite, car l'époux est à la fois vendeur et acheteur. Non seulement c'est une forme de contrat avec soi-même, mais de surcroît le bien ne sort pas réellement de son patrimoine. Seul le mode de tenure du bien a été modifié : on est passé d'une propriété commune à une propriété individuelle. Le terme de vente n'est donc pas techniquement exact : la «vente entre époux» est en réalité ici un partage ou un apport, selon le cas. Un propriétaire est ajouté ou retiré, mais il n'y a pas disparition de l'un et apparition de l'autre, comme dans le transfert conventionnel de propriété.

319. Par conséquent, le caractère suspect n'est peut-être pas aussi marqué dans un cas que dans l'autre. Car si on peut se méfier d'un «partage» anticipé, transformant un bien commun en bien propre, en revanche un «apport» paraît beaucoup plus inoffensif au regard de l'économie générale du régime de communauté¹. Dans le premier cas, les créanciers du conjoint peuvent perdre l'accès à des biens facilement saisissables, comme les immeubles. Dans le second cas, seuls les créanciers personnels de l'époux risquent de souffrir de l'opération. Mais comme cela a été noté, «le régime de communauté ne garantit pas la conservation en nature du gage des créanciers personnels des époux»². D'autre part, l'action paulienne devrait en tout état de cause rendre inopposables les apports faits en fraude des droits des créanciers.

320. Séparer la cession de l'apport/partage permet de clarifier les opérations patrimoniales entre époux. Les ventes entre époux, au sens strict, c'est-à-dire lorsqu'un bien passe d'une masse autonome à une autre, sont *toujours* licites. En revanche, en l'état actuel du droit, les mouvements entre masse commune et masses propres — apport, partage — ne le sont pas. Une étape supplémentaire serait de tempérer la prohibition générale en différenciant apport et partage, qui

munauté».

1. Les arrêts rendus sur ces questions concernent des partages anticipés, soit par une donation massive (Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 1962, Bull. civ. I, n° 273.), soit par des promesses de vente durant l'instance de divorce (Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mai 1987, n° 85-14772, Bull. n° 139 ; JCP 1988 II 20996, note Ph. SIMLER, II 21007, note M. DAGOT, Defrénois 1988, art. 34337, p. 1248, obs. G. CHAMPENOIS.).

2. G. GOUBEAUX, « La construction édifée pour partie sur un terrain propre et pour partie sur un terrain commun », *Defrénois* 1993, p. 1233, n° 14, qui prend l'exemple du bien propre vendu sans faire remploi du prix.

ne présentent pas les mêmes risques.

321. La notion de propriété commune s'enrichit donc de deux opérations patrimoniales qui lui sont propres, l'apport et le partage. Ces opérations ne sont pas réductibles à des commutations lorsque la masse commune est transparente. Elles sont d'une nature différente. Cela n'empêche pas le recours, *ponctuel et justifié*, au régime des commutations, par analogie.

2. L'application par analogie du régime des commutations

322. Le recours au régime des commutations par analogie se retrouve tant en droit civil qu'en droit fiscal.

a. L'analogie en droit civil

323. Dans le cadre des apports aux sociétés personnifiées, le Code civil prévoit explicitement une application par analogie d'une part du régime des contrats-commutations classiques. Ainsi, «lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur» (art. 1843-3, C. Civ.).

324. Toute analogie est limitée. L'apport n'est ni une vente ni un bail. Il faut donc déterminer quels éléments de régime peuvent être appliqués et ceux qui ne le peuvent pas. Ainsi, la jurisprudence refuse que l'apport puisse faire l'objet d'une rescision pour lésion ou que l'apporteur en jouissance d'un fonds de commerce puisse invoquer le défaut d'exploitation pour reprendre le bien¹. En revanche, la Cour de cassation a jugé qu'un tel apport en jouissance d'un fonds de commerce «s'apparente étroitement à la mise en gérance d'un fonds de commerce par son propriétaire et doit de ce fait être régi, en matière de baux commerciaux, par les dispositions réglementant le contrat de location-gérance»².

1. Cass. Com., 3 déc. 1991, n° 88-16695, Bull. n° 373 ; JCP E 1992.II.330 note T. BONNEAU, RTD Com. 1992. p. 382, obs. CHAMPAUD et DANET, p. 584, obs. J. DERRUPPÉ.

2. Cass. Com., 6 nov. 1962, Bull. n° 440.

325. Comment placer la limite ? Une analogie est justifiée si la raison économique ou sociologique motivant l'application de la règle dans l'institution originaire se retrouve dans l'institution-cible, c'est-à-dire respectivement ici la commutation et la mise en commun. À défaut, il faut la refuser. Par exemple, si l'apporteur en jouissance d'un fonds de commerce ne peut reprendre son bien en cas de défaut d'exploitation, c'est parce qu'étant associé il dispose de moyens de contrôler l'usage fait de son bien, contrairement au bailleur classique. En revanche, il doit supporter la garantie du bailleur car les autres copropriétaires n'ont pas vocation à supporter le risque de la location de la chose, à l'instar du locataire ordinaire.

À titre d'exemple d'analogie possible, citons le régime de l'apport d'une créance à un fonds commun de créances. Même si en général la transmission se fait par voie de cession simplifiée (art. L.214-43 al. 8, C. mon. fin.), rien n'empêche qu'elle se fasse par voie d'apport. Dans une telle hypothèse, la transmission de la créance au fonds devrait être opposable aux tiers dans les mêmes conditions que pour une cession classique¹.

b. L'analogie en droit fiscal

326. Si les apports aux masses communes transparentes ont été considérés comme translatifs, c'est souvent du fait de leur traitement fiscal, assimilant les deux opérations. Par exemple, dans la société en participation, l'apport est soumis au même régime que l'apport à une société dotée de la personne morale². Il est donc translatif, fiscalement parlant. Une partie de la doctrine en a conclu qu'il l'était aussi civilement et que par conséquent il existait dans la société en participation un véritable patrimoine social, qui ne serait valable qu'entre associés³.

1. B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. de H. LE NABASQUE, 2 t., PUAM, 2006, n° 741.

2. CAA Paris, 6 fév. 2003, RTD Com. 2003. 836, obs. F. DEBOISSY.

3. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 1344.

327. Il faut dire que l'art. 1872 du Code civil maintient une ambiguïté. L'alinéa 1, prévoyant le régime de principe de l'apport dans la société en participation, dispose : «À l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société». Cela pourrait donc signifier qu'il ne le reste pas dans les relations internes et qu'il existe donc un véritable patrimoine social. La propriété des biens de la société changerait donc selon les personnes : il y aurait une propriété individuelle apparente, pour les tiers, et une propriété commune «réelle», entre associés¹.

328. Une autre partie de la doctrine refuse cette dissociation entre propriété apparente et réelle et considère que le bien apporté n'intègre jamais une masse commune². La seule chose qui serait mise en commun serait le droit de jouissance sur les biens apportés, qui ne recoupe pas exactement l'apport en jouissance classique fait à une société personnifiée³.

329. Les enjeux pratiques de cette alternative sont multiples. Par exemple, si le bien de la société en participation est détruit, le risque pèse sur tous les associés dans la première lecture, puisqu'ils sont copropriétaires dans leurs relations internes, alors qu'il pèse sur le seul apporteur dans le second cas. Il en est de même dans le cas d'une plus-value ou d'une subrogation réelle : le bien subrogé serait commun aux associés dans le premier cas, propre dans le second.

330. La jurisprudence civile n'a pas réglé la question par le prisme du droit des biens, mais par celui du droit des sociétés. Elle semble considérer que la charge du risque et le bénéfice de la plus-value dépendent de leur origine. Si ces événements sont liés à l'activité sociale, alors la reddition des comptes doit

1. Les associés peuvent recourir également à une propriété commune valable tant pour eux-mêmes que pour les tiers, par l'indivision (art. 1872 al. 2, C. Civ.). On se trouve ici dans le cas problématique d'une masse commune normée par deux formes à la fois : la société et l'indivision. V. sur les difficultés posées, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'indivision dans les sociétés en participation », *JCP G* 1980, I. 2970.

2. En ce sens, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1456 : «Il n'y a pas de transfert de propriété en l'absence de patrimoine d'accueil».

3. V. sur la question, C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, préf. de J. PRIEUR, LGDJ, 1994, n° 95 et s., spéc. n° 114 et 115, pour qui l'apport en jouissance est nécessairement de nature temporaire, ce qui pose problème lorsque la société en participation est à durée indéterminée.

opérer un partage du risque ou du bénéfice. Dans le cas inverse, seul l'apporteur, resté propriétaire, l'assume¹.

Pour autant, même lorsque c'est la collectivité qui assume la charge ou profite du bénéfice, la répartition opérée est de nature contractuelle. Cela indique que l'associé est resté propriétaire du bien même à l'égard de ses associés, quand bien même il serait débiteur ou créancier envers eux par l'effet du contrat de société. Or si le bien était commun, les associés bénéficieraient automatiquement des plus-values par accession et assumeraient automatiquement le risque.

En outre, de manière plus directe, la Cour d'appel de Paris a refusé de considérer que la valeur d'une clientèle apportée à une société en participation doive être partagée entre les deux associés. Seules les plus-values générées par l'activité sociale sont communes, et donc partageables². C'est donc admettre que même dans les relations internes, les biens apportés ne sont pas communs.

331. Il semble donc que le régime des biens de la société en participation, prévu à l'art. 1872 du Code civil, soit valable tant pour les tiers que pour les relations internes entre associés. Si le droit fiscal considère l'apport comme translatif, c'est par simple analogie avec les apports aux sociétés personnifiées. Cette analogie se justifie sans doute par un souci de cohérence dans l'application des règles fiscales³.

332. Conclusion du paragraphe. Les masses communes transparentes engendrent une forte contrainte conceptuelle : elles ne peuvent être réduites à des patrimoines au sens classique du terme, et de manière corollaire les mouvements de valeur entre patrimoines individuels et masse commune sont irréductibles à de simples transferts de propriété. Il faut donc reconnaître en premier lieu la spécificité de la masse commune et la logique qui la gouverne. Cette analyse

1. J. DERRUPPÉ, « Sociétés en participation - Constitution », *J-Cl. Sociétés*, fasc. 47-20, 2007, n° 32 et 33.

2. CA Paris, 4 juin 1991, Bull. Joly Sociétés 1991, p. 835, note J-G. RAFFRAY, Dr. Sociétés. janv. 1992, n° 21, note T. BONNEAU.

3. Au-delà de l'apport, le droit fiscal reconnaît aussi une forme de personnalité à la société en participation (cf. G. DEDEURWAERDER, « La personnalité fiscale des sociétés en participation et des sociétés créées de fait » in *Mélanges P. Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 147-177, spéc. n° 35.). Cette reconnaissance n'est cependant pas totale. En effet, «le respect dû à la logique propre à chaque imposition conduit à leur reconnaître une consistance fiscale à géométrie variable» (idem, n° 43).

n'empêche pas le recours à des éléments du régime des commutations par analogie, mais elle permet d'en fixer les limites.

333. Conclusion de la section. Dans les masses transparentes, la propriété commune peut être affectée par la défaillance personnelle de chacun des copropriétaires. Les biens communs ne sont en effet pas considérés comme hors d'atteinte des créanciers personnels. Toute la problématique des masses transparentes vient de la nécessité de protéger au maximum les copropriétaires tout en garantissant aux créanciers personnels que la valeur de la propriété commune fasse partie de leur droit de gage. Ainsi, le droit tempère parfois les droits des créanciers personnels sur le fond, en leur refusant un droit de saisie directe sur les biens communs ou en limitant leurs droits à la valeur de la quote-part de leur débiteur, mais aussi de manière procédurale, en accordant aux copropriétaires divers moyens de défense pour éviter que leur propriété commune ne soit atteinte.

Il n'existe donc pas de stricte séparation entre masse commune et patrimoines individuels. Cet entre-deux génère structurellement des incertitudes pour la qualification et le régime des institutions classiques du droit civil (établissement de servitudes, caractère translatif des actes). Ces incertitudes-là sont levées lorsque la masse est autonome ; mais d'autres ne vont pas manquer d'apparaître.

Section II Les masses autonomes

334. Dans certaines formes de propriété commune, les créanciers personnels ne peuvent pas saisir les biens communs. Dans ce cas, la masse commune fait l'objet d'un «cloisonnement»¹ ou d'un *strong entity shielding*² : elle est autonome. Il est alors parfaitement légitime de qualifier une telle masse de *patrimoine*, puisque le droit institue une véritable séparation entre masses individuelles et masse commune.

1. D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. de P. JESTAZ, LGDJ, 2003, n° 205.

2. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN et R. SQUIRE, « Law and the Rise of the Firm », *Harvard Law Review* 2006, 119, 5, p. 1333–1403.

335. L'idée d'autonomie patrimoniale est étroitement liée en droit français à l'idée de personne. L'approche classique, qui est encore celle de la jurisprudence, est binaire : soit on est reconnu en tant que personne, et dans ce cas on jouit automatiquement d'une personnalité juridique *et* d'un patrimoine autonome, soit on ne l'est pas, et dans ce cas, il n'y a ni personnalité juridique, ni patrimoine autonome.

Une telle présentation, si elle a le mérite de la simplicité et d'une forme de rationalité, est de plus en plus en décalage par rapport à la diversité du droit français. Pourtant, alors que la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau se désagrège toujours un peu plus à chaque réforme¹, elle reste un principe structurant du droit français, une référence qui agonise mais qui ne meurt pas. Une telle persistance mérite une explication. N'existe-t-il pas un lien naturel entre *être un sujet de droit* et *avoir un patrimoine autonome*² ? Après tout, la doctrine de *common law* fait de l'autonomie patrimoniale un élément essentiel de la «corporate personhood», alors qu'Aubry et Rau ne font pas partie de leur tradition doctrinale³...

336. L'hypothèse qui sera défendue dans cette section est que ce lien est *empirique*, mais pas *théorique*. Autrement dit, autonomie patrimoniale et personnalité juridique sont deux choses totalement différentes, obéissant à des raisons d'être différentes. L'autonomie patrimoniale s'explique par l'affectation des biens, communs (groupements) ou individuels (EIRL) ; la personnalité juridique s'explique par le besoin de capacité transactionnelle avec les tiers. Elles sont donc parfaitement dissociables, et parfois dissociées⁴.

1. De manière non exhaustive : les fonds communs de placement, la fiducie, l'EIRL. Cette dernière réforme a été souvent jugée décisive : cf. R. LIBCHABER, « Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 316. ; P. THÉRY, « L'EIRL ou la prise de la Bastille » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 693.

2. Pour le maintien d'un lien entre personnalité juridique et existence d'un patrimoine autonome, éventuellement d'affectation, v. G. WICKER, *Les fictions juridiques*, préf. de J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, spéc. n° 196.

3. V. par exemple M. M. BLAIR, « The Four Functions of Corporate Personhood » in *Handbook of Economic Organization*, sous la dir. de A. GRANDORI, Edward Elgar, 2013, p. 442. La troisième fonction est la suivante selon cet auteur : «providing a mechanism for separating pools of assets according to which assets are dedicated to the business, and which assets are the personal assets of the human persons who are participating to the business».

4. On peut citer l'exemple des organismes de placement collectifs à compartiments. Chaque compartiment est parfaitement étanche malgré l'absence de personne morale : «Par dérogation à

Toutefois, empiriquement, les propriétés communes affectées sont *très souvent* celles qui ont un besoin transactionnel important. C'est le cas des propriétés communes d'entreprise, qui symboliquement servent de référence. Voilà pourquoi le lien entre le sujet de droit et son patrimoine propre est si important en pratique.

337. Quel intérêt, dès lors, à séparer théoriquement les deux aspects si empiriquement ils vont de pair ? C'est que, même lorsqu'ils sont associés dans une forme juridique, ils n'obéissent pas à la même logique. Or les discussions sur la personne morale ont tendance à mélanger les deux aspects : l'aspect lié à la «personnalité juridique», c'est-à-dire être reconnu comme un sujet de droit, et l'aspect patrimonial, c'est-à-dire avoir un patrimoine séparé. Il en ressort parfois une certaine confusion dans les discussions quant à la nature et à la fonction de la personnalité morale ¹.

Séparer les deux sphères n'est donc pas seulement nécessaire pour les formes (rares) les dissociant effectivement, mais aussi pour les formes les associant. Il faut en conséquence bien distinguer les effets de l'autonomie patrimoniale (§1) des effets de la personnification de ces patrimoines (§2).

§ 1. Les effets de l'autonomie patrimoniale

338. Il n'existe aucun argument conceptuel permettant de dire, abstraitement, si les masses communes doivent être transparentes ou autonomes. Chaque système possède une série coûts-avantages dont l'issue dépend des caractéristiques socio-économiques des propriétés communes en cause. Un droit rationnel

l'article 2285 du Code civil et sauf stipulation contraire des documents constitutifs de l'OPCVM, les actifs d'un compartiment déterminé ne répondent que des dettes, engagements et obligations et ne bénéficient que des créances qui concernent ce compartiment» (art. L. 214-5 al. 1, C. mon. fin.). En sens inverse, on peut reconnaître une personnalité "anticipée" à la société en formation dans certains cas (v par exemple CE, 23 jan. 2006, Req. n° 284788, inédit ; Rev. Sociétés 2006. 798, obs. N. MATHEY.) ; il est en revanche exclu de permettre la constitution d'un patrimoine social autonome avant l'immatriculation. De manière similaire, la société en participation peut se voir reconnaître une forme de personnalité processuelle devant le juge fiscal, mais ne peut invoquer un patrimoine autonome opposable aux tiers.

1. Le mélange est opéré par la théorie classique, mais aussi par les approches rénovées (J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705.).

n'est pas un droit qui choisirait une solution unique (par exemple, parce que c'est la tentation la plus forte : une masse autonome et personnifiée) ; un droit rationnel est celui qui assigne à chaque forme juridique une structure qui est le plus en adéquation avec les situations sociologiques. Il convient donc d'identifier clairement les avantages de l'autonomie de la masse commune (A), puis ses inconvénients (B).

A. Les avantages de l'autonomie de la masse

339. Rendre la masse autonome présente deux principaux avantages : protéger l'affectation des biens communs à un objectif fixé par les propriétaires en commun (1) ; améliorer le droit de gage des créanciers communs (2).

1. La protection de l'affectation des biens communs

340. À lire la doctrine, toutes les propriétés communes sont affectées : les fonds communs sont affectés¹, le mur mitoyen et la copropriété des immeubles sont affectés², ainsi que l'indivision³ et la communauté⁴. Bref, tout est toujours affecté. L'affectation est devenue, comme l'intérêt collectif, une notion tellement polysémique et floue qu'elle devient capable de tout expliquer, c'est-à-dire, en réalité, de ne plus rien expliquer du tout. Il est donc nécessaire de clarifier cette notion pour ensuite établir le lien entre affectation et autonomie patrimoniale.

a. La notion d'affectation

341. L'affectation est définie comme la «détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé»⁵. Tout propriétaire est libre d'affecter ses biens à l'usage qu'il souhaite ; il est tout aussi libre de supprimer cette affectation ou de la modifier. Prise en ce sens, l'affectation n'est que l'exercice d'une *liberté*, positive et négative. Sauf à diluer la notion, ce sens du mot

1. M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement » in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz - LGDJ, 2006, p. 509–524.

2. C. DUVERT, « La propriété collective », *LPA*, 6 mai 2002, n° 90, p. 4, n° 23.

3. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 356.

4. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, n° 179 et s.

5. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, «Affectation».

«affectation» doit être laissé de côté. Il est inutile de dire par exemple que le patrimoine est affecté à la personne, au sens où le propriétaire peut affecter ses biens comme il l'entend¹. C'est sans doute vrai, mais sans intérêt aucun.

342. L'affectation ne devient une notion pertinente que lorsque la finalité des biens aboutit à une restriction de la liberté du propriétaire. Les biens sont *condamnés* à un certain usage, juridiquement défini. C'est de cet usage obligatoire que découle un certain régime, qui s'impose au propriétaire et aux tiers. À ce stade, il est nécessaire de bien distinguer l'affectation objective d'un bien de son affectation subjective.

Un bien est affecté *objectivement* lorsque la volonté des propriétaires n'est jamais intervenue. Par exemple, on peut dire que le patrimoine de chaque personne est affecté au désintéressement des créanciers². L'affectation objective est un outil de description et d'explication du droit³.

L'affectation est *subjective* lorsque le but poursuivi trouve sa source dans la volonté des propriétaires. La société est ainsi une propriété commune affectée subjectivement, car ce sont les premiers propriétaires en commun qui ont décidé à quel usage seront destinés les biens communs. Cet usage s'inscrit dans un *objet social*. L'énorme différence entre cette affectation et l'affectation-liberté est que les propriétaires n'ont plus le pouvoir de renoncer à l'affectation⁴. Ils

1. Cf. pour cette exclusion, S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, n° 26.

2. V. en ce sens P. BERLIOZ, « L'affectation au coeur du patrimoine », *RTD Civ.* 2011, p. 635. L'auteur distingue deux sens du mot patrimoine : « dans un premier sens, le plus large, le patrimoine comprend toutes les choses propriétés d'une personne ; dans un second sens, plus étroit, il ne comprend que celles d'entre elles qui constituent le gage commun des créanciers » (p. 638). L'auteur en conclut qu'il n'y a pas d'opposition entre le patrimoine d'affectation (type EIRL) et le patrimoine classique au sens étroit, puisque la destination de tous deux est de servir au désintéressement des créanciers (pp. 639-640). Toutefois, si l'affectation du patrimoine classique est objective, celle de l'EIRL est subjective. Les biens de l'EIRL ne sont pas affectés au désintéressement des créanciers professionnels, mais à une activité professionnelle, comme le dit explicitement l'art. L. 526-6 du Code de commerce. Ce n'est que par voie de conséquence que les biens de l'EIRL leur servent de gage commun (art. L. 526-12). Il semble donc que l'identité du mot « affectation » dissimule ici une différence de notions assez importante, entre une affectation objective, s'imposant au propriétaire, et une affectation subjective, provoquée par ce dernier.

3. Par exemple, c'est le fait que le patrimoine du débiteur soit objectivement affecté au désintéressement de ses créanciers qui explique que ces derniers disposent des actions oblique et paulienne.

4. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 269. : « La société,

doivent impérativement utiliser les biens dans le cadre de l'objet social. Certes ils peuvent modifier cet objet social, mais les biens communs sont nécessairement affectés à un objectif défini¹. Ils ne peuvent jamais être utilisés à des fins autres, même en recueillant le consentement des autres copropriétaires. Le droit des sociétés a ainsi construit un arsenal normatif visant à vérifier que les biens restent toujours, selon les termes de l'art. 1832 du Code civil, «affectés à l'entreprise commune». Deux grands types d'affectation sont cependant possibles. Les biens communs peuvent être affectés à une activité collective unique, dépassant l'activité individuelle des copropriétaires (propriété commune d'entreprise) ; ils peuvent être affectés à l'activité individuelle de chaque propriétaire (propriété commune d'alliance)².

Lorsqu'une forme juridique impose une finalité aux biens communs, choisie par les propriétaires, dans le sens qui vient d'être mentionné, c'est une propriété commune affectée. La masse commune est alors un *patrimoine d'affectation*³. En effet, en rupture avec la théorie classique du patrimoine, le patrimoine d'affectation désigne «un ensemble de biens affectés à une destination particulière»⁴. Dans sa forme la plus poussée, le patrimoine d'affectation peut être envisagé comme un patrimoine sans maître (*Zweckvermögen*). Même si cette figure n'a jamais été reconnue en France, une tentation toujours présente est de

personne morale, est propriétaire des biens qui composent son actif ; la société personne morale exploite ces biens comme tout propriétaire pourrait le faire. On le dit, mais il y a une différence capitale, c'est que la propriété est acquise en vue de l'exploitation. La société est créée pour exploiter, elle n'existe que pour cela et la propriété n'est que le moyen de réaliser l'exploitation : c'est une *propriété affectée*. Cette affectation n'est pas arbitrairement décidée par le propriétaire des biens car, les anciens propriétaires, ce sont les actionnaires qui ont renoncé à leur droit au profit de l'entreprise. La société, personne morale, est tenue de réaliser l'objet pour lequel les apports ont été faits. *L'entreprise domine la propriété*».

1. Cf. F. DEBOISSY, « Le contrat de société » in *Le contrat : journées brésiliennes*, Association Henri Capitant, Société de législation comparée, 2008, p. 119-146, n° 20 et 21. ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, n° 86. qui considère que «l'apport en société est le bien ayant une valeur patrimoniale affecté à l'exploitation d'une entreprise».

2. Sur la distinction entre ces deux types de propriété commune, v. *supra*, n° 186 et s.

3. Cf. P. BERLIOZ, « Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz - LGDJ, 2014, p. 500. à propos de l'EIRL : «L'affectation qui caractérise les biens composant le patrimoine suscite une question essentielle : dans quelle mesure le titulaire de ce patrimoine, en principe libre de jouir de ses biens, est-il lié par cette affectation qu'il a lui-même décidée ?»

4. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 23.

considérer la masse de biens communs comme une masse sans réel propriétaire, puisque personne ne peut revendiquer sur les biens les pouvoirs absolus de l'article 544 du Code civil. Il est vrai que la masse commune est toujours distincte du patrimoine personnel de chacun des propriétaires : elle n'en reste pas moins la copropriété de ces derniers¹. Même en adoptant une conception restrictive du patrimoine d'affectation, limitée à l'affectation subjective, ce dernier a des maîtres. Et la séparation patrimoniale, caractéristique des patrimoines d'affectation, s'explique précisément cette affectation *subjective*².

343. La situation est très différente dans l'indivision et dans la communauté. Certes les indivisaires sont parfaitement libres d'exploiter une entreprise sous la forme d'une indivision, conventionnelle ou non. Mais ils sont tout aussi libres de cesser l'exploitation et d'utiliser les biens indivis à tout autre chose, par exemple à leur usage personnel. Les indivisaires sont aussi libres que le sont les propriétaires individuels. Le constat vaut également pour les époux : ils font ce qu'ils veulent de leurs biens communs et peuvent les laisser déperir s'ils le souhaitent tous les deux.

Toutefois, si les propriétaires sont libres de choisir la manière dont les biens communs seront utilisés, ils peuvent dès lors avoir des divergences en interne. Comment trancher si les usages souhaités sont contraires ? Il s'agit d'un problème structurel des propriétés communes non affectées. En l'absence de lien communautaire entre copropriétaires, la réponse du droit est en général d'imposer une norme collective d'usage : la *destination*³. La notion se retrouve tant dans l'indivision (art. 815-9, C. Civ.) que dans la copropriété des immeubles (art. 8, loi du 10 juillet 1965)⁴.

1. V. à propos des sociétés, G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit » in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 691–731, n° 48 : « Il s'ensuit que ce que l'on appelle la propriété du groupement n'est en définitive que la propriété de ses membres, mais une propriété particulière en raison de la modification de la condition juridique du bien résultant de son affectation au groupement ».

2. V. infra, n° 345 et s.

3. R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. de M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Defrénois, 2008, n° 374 : « La destination gouverne donc, pendant l'indivision, l'usage des choses soumises à l'indivision, et assure une médiation entre intérêt individuel et intérêt collectif. Néanmoins, elle ne constitue pas en principe le ciment même de la structure de la copropriété, qui porte normalement sur des biens non finalisés ».

4. Art. 8 : « le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des

Il n'est pas facile de distinguer la destination de l'affectation¹. La différence essentielle est que l'affectation renvoie à un objectif à atteindre ; en revanche, la destination renvoie au passé : c'est l'usage ordinaire de la chose qui se «sédimente» et qui fixe une norme d'usage de référence². Cette norme permet ensuite une «conciliation des droits concurrents»³. Dans la copropriété, la destination est définie tant par des éléments objectifs (le quartier, la qualité architecturale) que subjectifs (destination particulière inscrite au règlement de copropriété)⁴. Dans l'indivision, c'est l'usage habituel du bien qui se transforme en norme d'usage en cas de conflits entre indivisaires⁵.

344. La situation peut être ainsi résumée :

Domestique <i>Ex : Communauté</i> <i>Ind. acquêts</i>	Jouissance <i>Ex : Indivision</i> <i>Copr. imm.</i>	Alliance <i>Ex : SCP GIE</i> <i>SNC</i>	Entreprise <i>Ex : Soc. par actions</i>
Liberté	Liberté sous réserve du respect de la destination	Affectation à l'activité individuelle	Affectation à une activité collective

L'autonomie patrimoniale des masses communes apparaît lorsqu'économiquement les biens communs font l'objet d'une *affectation subjective*. La mise en commun ne se justifie qu'en vue d'un certain but et donne naissance à un patrimoine d'affectation. Comme la réalisation de ce but a été la seule cause de la mise en commun des biens, le droit protège les biens communs des créanciers

copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation»

1. V. B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination - Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *Rev. jurid. Themis* 2014, 48 (2), n° 3 : «la destination renvoie à l'usage déterminé d'une chose», tandis que «l'affectation renvoie à la finalité qui est donnée à cet usage».

2. R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. de M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Defrénois, 2008, n° 11 : «La destination, une fois apparue dans la sphère juridique, renvoie pour sa part au passé : elle suppose une analyse rétrospective, qui consiste à étalonner sur la norme préalablement fixée l'usage actuellement effectué de la chose».

3. C. ATIAS, *Le transfert conventionnel de propriété*, Thèse dactylographiée, Université de Poitiers, 1974, n° 296. cité par F. BAYARD-JAMMES, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier*, préf. de D. TOMASIN, LGDJ, 2003, n° 279.

4. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, n° 97 et s.

5. Sur l'application concrète de l'art. 815-9 du code civil, v. infra, n° 689.

personnels. Voici le lien fonctionnel entre l'affectation, entendue précisément, et l'autonomie patrimoniale.

b. L'autonomie patrimoniale des masses communes, effet de l'affectation subjective

345. Quel est le lien entre l'affectation subjective et l'autonomie de la masse commune ? Dans les masses transparentes, les biens communs peuvent être saisis par n'importe quel créancier personnel de chacun des copropriétaires. Cela met donc la collectivité à la merci d'une défaillance individuelle. Le point est de peu d'importance lorsque la masse commune comprend des biens divers, *sans cohérence aucune*, comme une indivision successorale ou la communauté entre époux. Même si une partie des biens disparaît suite à une saisie, cela n'a pas plus d'importance que si la saisie avait lieu dans un patrimoine individuel.

En revanche, les saisies deviennent problématiques lorsque les biens communs ont été assemblés de manière rationnelle et consciente en vue d'un objectif déterminé. Dans ce cas, la saisie opérée par un créancier personnel ruine le projet poursuivi par tous les propriétaires en commun. Lorsque la propriété commune est affectée à la réalisation d'un objectif, la valeur totale de cette propriété commune est supérieure à la somme des biens qui la composent. Pour prendre l'exemple le plus classique, la valeur d'une entreprise excède la valeur de son actif, puisqu'on intègre les perspectives de profits futurs. Or, lorsqu'on retire certains biens, on risque de mettre aussi en danger les profits futurs du fait de la perte d'un moyen de production.

Dans cette situation, il devient plus efficace économiquement d'isoler les biens communs des patrimoines individuels, malgré l'atteinte faite aux droits des créanciers personnels, et partant au crédit individuel de chacun des copropriétaires¹. Ce qui est mis en balance est donc d'une part le crédit individuel

1. Soit une société dont l'actif est composé de trois moyens de production, complémentaires, tous nécessaires, d'une valeur de 100 chacun. La valeur totale de l'entreprise n'est pas de 300, mais de 500 au regard des profits escomptés. Si un créancier personnel saisit un moyen de production, la perte n'est pas seulement de 100, mais risque d'aller jusqu'à 300, puisque les deux moyens de production subsistants ne peuvent suffire à assurer les profits espérés. La situation est inefficace économiquement car si le créancier obtient une satisfaction de 100, les copropriétaires subissent ensemble une perte bien supérieure.

(avantage de la transparence) et l'intégrité des biens communs (avantage de l'autonomie).

Une analyse économique du droit «sans rigueur» permet de comprendre pourquoi l'affectation subjective provoque l'autonomie de la masse. Le droit positif suit à peu près ce *trade-off* : ainsi les propriétés communes familiales et de jouissance, qui ne sont pas affectées, ne développent pas de masse autonome. Il vaut mieux garantir le crédit personnel des propriétaires en commun qu'isoler une masse, puisque l'intégrité de cette dernière est sans réelle importance. En revanche, les propriétés communes d'alliance et d'entreprise, qui, elles, sont affectées, ont tendance à développer une autonomisation de la masse. Les formes juridiques qui leur sont associées, c'est-à-dire la société principalement, sont structurées autour d'un patrimoine commun.

346. Historiquement, une telle lecture est vérifiée. Les premières tendances à l'autonomisation des masses communes apparurent dès la Renaissance, c'est-à-dire bien avant toute idée de personne morale appliquée aux sociétés. Le mouvement rejaillit d'abord dans le domaine non lucratif avec l'*universitas*. Les textes du droit romain affirmant l'autonomie du patrimoine commun par rapport aux propriétaires en commun sont remis à l'honneur, alors que les auteurs médiévaux avaient insisté sur le fait que la corporation se réduisait à ses membres. Comme le notait Saleilles, dans cette construction, «le but que l'on avait surtout en vue était de mettre le patrimoine de l'*universitas* à l'abri de toute atteinte de la part des créanciers personnels [des membres] de la corporation ou de la part de leurs héritiers. Ce qu'il fallait à tout prix, c'était de soustraire les biens d'une communauté ou d'une corporation quelconque, aux créanciers personnels et aux héritiers des membres de la corporation»¹.

Pour les sociétés, la situation était beaucoup plus délicate puisque le droit romain précisait explicitement que contrairement à l'*universitas*, la *societas* n'avait pas de patrimoine commun². Qu'à cela ne tienne : même en l'absence de toute personne morale, Straccha, fondateur de la doctrine commercialiste³, considère

1. R. SALEILLES, « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial* 1895, p. 71-72.

2. Dig. 3. 4. 1

3. J. GUYADER, « Existait-il une doctrine commercialiste dans l'Ancienne France ? » in *La*

qu'un créancier personnel ne peut invoquer sa créance personnelle contre un associé pour opérer compensation avec la dette due à la société. En effet l'une des dettes est «*sociale et commune*», alors que l'autre est «*particulare*»¹. L'autonomie patrimoniale naquit ainsi d'un refus de compensation afin de protéger l'actif social, quand bien même il y avait réciprocité des parties². Le droit savant ne fut pas non plus sourd à ces évolutions : en contradiction totale avec Dig. 3. 4. 1, Cujas écrit que «toutes les sociétés ont un coffre et de l'argent commun, comme les collèges et les *universitates*»³. Contrairement à une image répandue, les travaux de Cujas ne sont pas déconnectés de la pratique de son temps⁴.

À mesure que la société s'émancipe de la sphère familiale pour devenir un instrument gouverné par la seule rationalité économique, le droit suit le mouvement en essayant de protéger les biens communs. Mais il le fait par tâtonnements

doctrine juridique, PUF, 1993, p. 77.

1. Cité par R. SALEILLES, « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial* 1895, n° 55.

2. Aujourd'hui encore, l'exercice ou non de la compensation permet de dessiner l'existence d'une masse distincte. En effet, la compensation ne peut s'opérer que s'il y a «exacte coïncidence entre le patrimoine bénéficiaire de la créance et celui grevé par la contribution à la dette» (J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, 1^{re} éd., LGDJ, 2005, n° 989.). C'est ce principe qui oriente les solutions dans les cas difficiles, c'est-à-dire en matière de communauté légale ou de société en participation. Dans la communauté légale, l'époux ne peut opposer la créance de son conjoint à titre de compensation, car les droits de gage ne sont pas identiques (Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, n° 81-13316, Bull. n° 315, D. 1983. 174, obs. D. MARTIN.). En revanche, en matière de société en participation, l'associé-garant peut opposer une créance détenue en tant que gérant (appel de fonds) pour compenser une dette due en tant qu'associé (Cass. Com., 20 mai 2008, n° 07-13202, Bull. n° 108, RTD Com. 2008. p. 783, obs. CHAMPAUD et DANET.).

3. CUJAS, *Opera omnia*, t. 4, Naples, 1753, col. 944. Comp. Dig. 3.4.1 : «Les sociétés, les collèges et les corps de ce genre ne peuvent pas être formés par tout le monde par simple volonté ; car ce droit est limité par les lois, les *senatus consultes*, et par les constitutions impériales. Ces corps ne sont autorisés que dans un nombre limité de cas. [...] 1. Ceux qui ont la permission de former un corps sous forme de société ou de collège [...] ont le droit d'avoir, à l'exemple de la République, des biens communs, un coffre commun, et de faire administrer leurs affaires par un agent ou un syndic, comme cela se fait pour la République». Il est vrai que Dig. 3. 4. 1-3 n'est pas très clair, notamment quant au sens exact à donner au mot «corpus» ; cette ambiguïté fut d'ailleurs le point de départ de la querelle entre partisans de la fiction et de la réalité en Allemagne au XIX^e siècle (cf. F. DE VISSCHER, « La notion de "corpus" et le régime des associations privées à Rome » in *Mélanges Contardo Ferrini*, t. 4, Milano : Vita e pensiero, 1949, p. 43-54.).

4. Cf. X. PRÉVOST, *Jacques Cujas (1522-1590), jurisconsulte humaniste*, préf. d'A. ROUSSELET-PIMONT et J.-L. THIREAU, Droz, 2015, p. 357 et s. Comp. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 51 : «Mais Cujas lui-même est historien et ses travaux ne présentent aucune utilité pour un juge ou un notaire de son époque».

et discrètement. Bien avant la théorisation de la personnalité morale au XIX^e siècle, la pratique et la doctrine avaient déjà commencé à considérer les patrimoines sociétaires comme étant autonomes¹. Comme l'avait bien vu Saleilles, cette évolution historique est d'une importance capitale pour la théorie de la personne morale puisque cela démontre qu'une copropriété peut parfaitement être autonome en l'absence de toute personnalité juridique².

347. L'existence des masses autonomes (personnifiées ou non) débouche sur un énoncé qui peut sembler paradoxal : on peut être copropriétaire d'un bien tout en faisant échapper ce bien au droit de gage de ses créanciers³. Mais est-ce si paradoxal ? Même dans les masses transparentes, les créanciers personnels ont rarement un droit de saisie aussi immédiat sur les biens communs qu'ils l'ont sur les biens individuels de leur débiteur. Le mécanisme est ici poussé plus avant, mais les créanciers personnels ne sont pas abandonnés, bien au contraire⁴.

1. H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien, 1938, p. 120 : « Certains documents concrets, sans parler de personnalité morale des sociétés, en supposent tacitement l'existence du fait qu'ils placent le patrimoine social, pendant le cours de la société, à l'abri des poursuites des créanciers particuliers des associés ».

2. R. SALEILLES, « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial* 1895, n° 52. En Allemagne, la théorie du « Sondervermögen », développée par Bekker et adoptée dans le BGB, permet d'assurer une forme d'autonomie patrimoniale aux patrimoines sociétaires, même en l'absence de personnalité morale. V. T. RIEHM, « Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés », *RLDC* déc. 2010, n° 77, p. 68.

3. Cf. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, pp. 321-322. : « Sans que cela soit jamais bien explicité, le bien commun est presque toujours soustrait au pouvoir direct des créanciers de chaque propriétaire : en résulte une situation étrange, où, de façon abstraite, le bien figure en totalité dans chacun des patrimoines des copropriétaires, sans résider dans aucun au regard des voies d'exécution ».

4. Cf. infra, n° 354 et s.

2. La protection des créanciers communs

348. Le second avantage procuré par l'autonomisation de la masse concerne les créanciers communs. Comme ces derniers ne subissent plus la concurrence des créanciers personnels sur les biens communs, cela a aussi pour effet d'augmenter le crédit commun des copropriétaires. Les droits des créanciers communs par rapport aux créanciers personnels sont cependant susceptibles de degré, selon que l'affectation subjective est plus ou moins prononcée ¹.

a. A minima, la reconnaissance d'une préférence sur les biens communs

349. Lorsqu'une masse est transparente, les propriétaires en commun ne sont pas les seuls à souffrir de l'intervention des créanciers personnels : les créanciers communs en souffrent tout autant. Eux aussi peuvent voir leur droit de gage être annihilé par la saisie opérée par un créancier personnel, pour une dette personnelle.

La plupart des propriétés communes ne font pas naître un grand nombre de dettes communes : elles se réduisent le plus souvent aux charges découlant des biens communs (entretien, réparation, etc.). Le plus souvent ces dépenses sont assurées directement par les propriétaires en commun. Il y a donc peu de créanciers communs extérieurs à la propriété commune.

350. En revanche, ce n'est pas le cas dans les propriétés communes d'entreprise, créées en vue de développer une activité, ce qui suppose donc une intense activité contractuelle. Or la concurrence devient ici très problématique, puisque les créanciers communs n'ont aucun moyen de savoir l'étendue des dettes personnelles de chacun des associés ². Admettre une pure transparence empêcherait durablement la constitution d'un crédit commun et donc d'une activité économique commune durable.

1. Cf. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 362, qui distingue trois niveaux d'affectation, et donc trois degrés d'isolement du patrimoine affecté par rapport au patrimoine personnel.

2. «Business creditors cannot monitor the personal creditors of numerous owners, and thus, would be reluctant to extend credit without a fixed priority in business assets» (W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN et G. SUBRAMANIAN, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 4^e éd., Wolters Kluwer, 2012, p. 49.)

Conséquence : dès le XII^e siècle en Italie, le droit des faillites instaura un principe de priorité des créanciers sociaux sur les créanciers personnels, en ce qui concerne les biens communs¹. Les créanciers personnels ne sont donc pas privés de tout droit sur les biens communs, mais doivent subir la priorité des créanciers communs. Aujourd'hui encore, on retrouve un tel système dans le *partnership* anglais et américain², ainsi que dans l'indivision en droit français, puisque les créanciers de l'indivision, c'est-à-dire «ceux dont la créance résulte de la conservation ou la gestion des biens indivis», sont désintéressés avant les opérations de partage (art. 815-17 al. 1, C. Civ.). En étendant ainsi la jurisprudence *Frécon*, «le législateur accroît, à l'évidence, le crédit de l'indivision, et favorise indirectement son fonctionnement et sa pérennisation»³.

Dans tous ces cas, la masse n'est pas autonome, car les biens communs font toujours partie du droit de gage des créanciers personnels ; mais les créanciers communs priment les créanciers personnels. C'est donc une situation intermédiaire entre pure transparence et pure autonomie, que les Professeurs Hansmann et Kraakman dénomment «*weak entity shielding*»⁴.

b. A maxima, l'attribution d'un monopole sur les biens communs

351. Faire respecter la priorité accordée aux créanciers communs engendre un coût institutionnel. En effet, dès lors qu'un créancier individuel souhaite se désintéresser sur les biens communs, il est nécessaire d'appeler au préalable les créanciers communs afin de les régler, pour pouvoir ensuite régler les créanciers personnels du failli. En conséquence, le système fonctionne très bien dans les petites structures, lorsque le risque de faillite personnelle reste faible. C'est le cas, typiquement, du *partnership*.

En revanche, dès lors que le nombre de propriétaires en commun s'accroît et que la durée de la propriété commune augmente, le système de la préférence de-

1. H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien, 1938.

2. La solution pour le *partnership* anglais apparut au XVII^e siècle : *Craven v. Knight* (1683) 21 Eng. Rep. 664 (Ch).

3. Y. LEQUETTE, « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 376.

4. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN et R. SQUIRE, « Law and the Rise of the Firm », *Harvard Law Review* 2006, 119, 5, p. 1333-1403.

vient très coûteux, puisqu'à chaque défaillance individuelle, il faut arbitrer entre les prétentions des créanciers individuels et celles des créanciers communs. Voilà pourquoi, à partir d'un certain nombre de propriétaires et d'une certaine durée, il devient économiquement nécessaire de totalement isoler la masse commune des patrimoines individuels.

352. L'histoire du droit révèle bien ce mouvement, à travers l'exemple des sociétés de publicains. Ces sociétés furent d'abord des *societates* classiques, transparentes donc. Mais avec l'augmentation des commandes de la République, il a été nécessaire de rassembler un grand nombre de patriciens. Or ce fut à partir de cette période que la société de publicains sortit du droit commun pour être dotée d'un patrimoine autonome, par imitation des collèges¹.

Un scénario similaire se produisit dans l'Europe de l'ère moderne, avec l'apparition des grandes compagnies coloniales, unissant plusieurs dizaines d'associés et un capital très important². Ici encore, en rupture avec le droit commun des sociétés, on les dote d'un patrimoine autonome, en s'inspirant cette fois-ci des corporations.

353. La constitution d'un patrimoine commun autonome n'est pas une nécessité conceptuelle : c'est une nécessité économique dans certaines circonstances que le droit est venu assurer en s'inspirant d'autres formes de propriété commune. On ne saurait donc faire de l'autonomie patrimoniale un régime naturel de la propriété commune : c'est un régime efficace dans certains cas (les cas les plus économiquement importants, il est vrai), mais pas dans tous. Car si l'autonomie patrimoniale présente des avantages, elle génère également des coûts qu'il faut intégrer à l'analyse.

1. C. NICOLET, « Deux remarques sur l'organisation des sociétés de publicains à la fin de la République romaine » in *Censeurs et publicains, économie et fiscalité dans la Rome antique*, Fayard, 2000, p. 305.

2. Le capital de la Compagnie des Indes occidentales sous Colbert réunissait 15 millions de livres, alors qu'un navire coûtait 200 000 livres (R. SZRAMKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 280.).

B. Les coûts de l'autonomie

354. Par définition, une masse commune est autonome lorsque les créanciers personnels ne peuvent pas se désintéresser, directement ou indirectement, avec les biens communs. Ce sont donc eux qui subissent le plus les effets de l'autonomie (1), ce qui explique les mesures de protection dont ils bénéficient (2).

1. Le coût principal : l'atteinte faite aux créanciers personnels

355. Il ne saurait être question de priver le créancier personnel de tout droit. Quand bien même la masse serait autonome, la mise en commun n'est pas une aliénation. Un transfert de propriété authentique suppose la perte de tout droit sur le bien transmis. Or dans toutes les propriétés communes autonomes, le propriétaire en commun continue de profiter des biens communs, soit directement si la forme juridique lui confère un droit d'usage, soit indirectement par les fruits produits.

À titre de substitut, le droit de gage des créanciers personnels se reporte sur la part (a), ce qui peut inciter le débiteur à adopter des comportements frauduleux (b).

a. Le report sur la part

356. Puisque le créancier personnel ne peut plus atteindre les biens communs proprement dits, que ce soit par prélèvement direct, retrait forcé ou partage, son droit de gage est reporté sur la part de son débiteur¹. C'est la solution classique du droit des sociétés. Toutefois, la logique n'est pas binaire : il existe un continuum entre la faculté de saisie des biens communs et la saisie des parts, entre les masses transparentes et les masses autonomes.

357. L'indivision conventionnelle permet de le vérifier. Contrairement à une indivision classique, le créancier personnel ne peut provoquer le partage, mais

1. Cependant, la saisie d'une part est un substitut généralement moins intéressant pour les créanciers personnels, voire inutile, lorsque la part est difficilement cessible (M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 212, obs. sous Cass. Com. 4 déc. 2012.)

peut saisir et vendre la quote-part indivise de son débiteur (art. 1873-15, al. 2, C. Civ). L'expression présente une ambiguïté quant à l'objet de la saisie : est-ce une saisie portant sur la quote-part, entendue comme un bien incorporel indépendant des biens communs ? Ou bien la saisie porte-t-elle directement sur les biens indivis, mais dans la limite des droits de l'indivisaire ? Dans le silence des textes, les auteurs penchent pour la première solution : elle permet en effet une unité de procédure même si les biens indivis sont différents. L'objet de la saisie est donc «la quote-part prise en bloc, comme une universalité»¹. Le créancier personnel a donc le choix entre deux solutions : soit attendre la possibilité de demander le partage, soit saisir la quote-part et tenter de la vendre pour se désintéresser sur le prix. Les indivisaires souhaitant conserver l'intégrité de l'indivision n'ont souvent pas d'autre choix que d'acquiescer la part ; dans le cas contraire, le créancier pourrait lui-même devenir adjudicataire, entraînant par conséquent une déchéance du terme de la convention (art. 1873-3, al. 2), permettant ainsi l'action en partage. Une autre possibilité pour les indivisaires est d'opérer un partage partiel en permettant au créancier de saisir un bien indivis déterminé au lieu et place de la quote-part².

358. La situation est plus contraignante dans la société en participation avec masse indivise. Les créanciers personnels ne peuvent saisir que les parts de leur débiteur dans la société, sans pouvoir provoquer le partage des biens indivis. En effet, l'art. 1872-2 al. 2 dispose que sauf clause contraire des statuts, «aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'art. 1872 tant que la société n'est pas dissoute». La portée de ce texte était ambiguë, car l'alinéa 1 faisait référence à la société en participation à durée indéterminée. Dès lors, cette impossibilité de demander le partage était-elle valable seulement pour les sociétés à durée indéterminée ou également pour les sociétés à durée déterminée ? L'enjeu pour les créanciers personnels est crucial. Si le terme de la société en participation est de plusieurs dizaines d'années, ils n'ont aucun espoir d'avoir accès aux biens de la société³.

1. R. PERROT et P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013, n° 747.

2. Sur cette possibilité, v. *Ibid.*, n° 748.

3. Sur ce risque, v. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'indivision dans les sociétés en participation », *JCP G* 1980, I. 2970., n° 26. L'art. 1838 du Code civil, imposant une limite de 99 ans

La jurisprudence a fait prévaloir la logique de l'autonomie sur celle de la transparence. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi considéré que le partage des biens indivis ne pouvait être demandé tant que la société n'était pas dissoute¹. Les biens indivis sont donc toujours protégés jusqu'au terme extinctif. Et cette protection se justifie non par la personnalité morale, puisque précisément la société en participation en est dépourvue, mais par l'affectation des biens à une entreprise commune.

359. Un même nom, l'indivision, dissimule trois formes de propriété collective présentant un degré d'autonomie différent². L'indivision classique est une masse transparente : le partage peut être demandé immédiatement. L'indivision conventionnelle est une forme intermédiaire. Le partage peut être reporté, mais la saisie de la quote-part entraîne l'obligation pour les indivisaires de désintéresser le créancier personnel s'ils veulent éviter le partage. L'indivision de la société en participation à durée déterminée est, elle, pleinement autonome, car comme dans une société classique, le créancier ne peut que saisir la part et attendre. Cette gradation paraît refléter le degré d'affectation de chacune de ces masses : l'indivision successorale n'est pas affectée, puisqu'elle est constituée du patrimoine du défunt. La convention d'indivision est souvent affectée, mais ce n'est pas une condition. La société en participation, elle, est affectée par définition (art. 1832, C. Civ.).

pour le terme de la société, n'est pas applicable aux sociétés en participation, qui peuvent être conclues pour une durée indéterminée (B. DONDERO, « Société en participation », *Rép. sociétés Dalloz*, 2014, n° 19.), mais aussi pour une durée supérieure à 99 ans (en ce sens, J. HÉMAR, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, n° 354.) !

1. Cass. Com., 1^{er} oct. 1996, n° 94-15660, Bull. n° 221 ; Bull. Joly Sociétés 1997. 40, note D. RANDOUX ; Dr. Sociétés 1996. n° 227, note T. BONNEAU ; JCP G 1997 II 22825, note D. GIBIRILA. V. également sur l'arrêt d'appel confirmé, P. LE CANNU, Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 668.

2. R. PERROT, *RTD Civ.* 2002, p. 150, obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 4 oct. 2001 et Cass. Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2001. «Une simple observation pour conclure : ce sera pour déplorer la faiblesse du vocabulaire en cette matière où l'on parle de « quote-part » à tout-va, sans distinguer soigneusement deux hypothèses. Celle où les poursuites sont exercées directement sur des biens composant la masse indivise, auquel cas un partage préalable est en principe nécessaire. Et celle, qui pose des problèmes autrement plus redoutables, où c'est la quote-part indivise elle-même qui, en tant que bien, est l'objet de la saisie. Le problème est suffisamment complexe pour ne pas laisser s'introduire des imprécisions de vocabulaire».

b. Le risque de fraude engendré par la segmentation des patrimoines

360. Toute segmentation des patrimoines, que ce patrimoine soit commun ou individuel (EIRL), est susceptible d'enclencher une série de fraudes visant les créanciers. Le débiteur peut en effet très facilement mettre à l'abri des biens dans un patrimoine qu'il sait hors d'atteinte de ses créanciers, tout en continuant à en tirer une utilité économique. Si l'EIRL lutte efficacement contre ces risques en définissant précisément quels biens doivent faire partie de chaque patrimoine (art. L. 526-6, C. Com), une telle solution n'est pas envisageable dans une propriété commune. Les propriétaires restent libres de choisir les biens qui seront apportés à la masse commune. D'autres mécanismes doivent être mis en place, certains de droit commun, d'autres de droit spécial.

i. La protection de droit commun : l'action paulienne

361. Le mécanisme de droit commun est l'action paulienne, qui peut s'appliquer à tout apport à une masse autonome, si cet apport aboutit à un appauvrissement frauduleux du patrimoine du débiteur. Le report du droit de gage sur la part sociale ne suffit pas à écarter l'idée d'appauvrissement. En effet, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que l'action était ouverte dès lors que « la cession, bien que consentie au prix normal, a pour effet de faire échapper un bien à ses poursuites en le remplaçant par des fonds plus aisés à dissimuler, ou en tout cas plus difficiles à appréhender »¹. Cette conception extensive de l'appauvrissement révèle que l'action protège non seulement la valeur économique brute du droit de gage des créanciers, mais aussi sa *qualité* en termes de saisissabilité.

362. Or l'apport à un patrimoine autonome, contre des droits sociaux, altère généralement la qualité du droit de gage des créanciers personnels. La jurisprudence admet donc depuis longtemps l'exercice de l'action paulienne contre l'apport². Elle semble d'ailleurs considérer que l'apport est *toujours* un facteur

1. Cass. Com., 1^{er} mar. 1994, n° 92-15425, Bull. Civ. IV, n° 81 ; Defrénois 1994. 1118, note D. MAZEAUD.

2. Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 21 juil. 1987, n° 86-10357, Bull. Civ. I, n° 231 ; RTD Civ. 1988. 36, obs. J. MESTRE. : « Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, les juges du second degré ont considéré que l'immeuble apporté à la SCI Les Romanies était devenu le gage exclusif des créanciers de celle-ci de telle sorte que les créanciers de M. X..., qui pouvaient auparavant faire

d'appauvrissement du débiteur, du moins lorsque les droits sociaux ne sont pas négociables. Une espèce l'illustre parfaitement : une Cour d'appel avait refusé l'exercice de l'action paulienne, puisque selon elle un nantissement publié des parts sociales de la SCI entre époux garantissait aux créanciers un droit de gage similaire. La décision est cassée pour défaut de base légale, puisque «les apports aux sociétés n'étaient plus la propriété des époux» et qu'il fallait rechercher «si la difficulté de négocier les parts sociales et le risque d'inscription d'hypothèques sur les immeubles du chef des sociétés ne constituaient pas des facteurs de diminution de la valeur du gage du créancier et d'appauvrissement des débiteurs»¹. En cas d'apport à un patrimoine autonome, le succès de l'action paulienne réside seulement dans la preuve de l'élément psychologique² et de la complicité du tiers. L'élément matériel, à savoir l'appauvrissement du patrimoine, semble découler de la nature de l'acte lui-même.

363. Cet élargissement du champ d'application rompt avec la dimension morale traditionnelle de l'action paulienne. Celle-ci ne sanctionne plus tellement un comportement fautif du débiteur, mais le décalage objectif entre la richesse réelle et la consistance du patrimoine juridique. Et si le contentieux se focalise sur les immeubles placés dans les SCI familiales, c'est parce que le débiteur profite comme avant de son immeuble sans que ce dernier lui appartienne, juridiquement parlant. Il ne faut pas oublier que les masses autonomes ont été inventées pour que les propriétaires en commun *puissent être économiquement*

saisir et vendre l'immeuble commun, n'avaient désormais d'autre recours que d'appréhender et de réaliser des droits mobiliers représentant la moitié du capital social ; qu'ils ont aussi relevé que la valeur des parts sociales est fonction non seulement de celle de l'immeuble composant son actif mais aussi des engagements de ladite société et qui constituent son passif ; qu'ils ont ainsi souverainement estimé qu'un tel apport constituait un appauvrissement du patrimoine de la caution ; qu'en retenant que M. X... ne justifiait d'aucun autre patrimoine immobilier lui permettant de faire face à un passif qu'en sa qualité de dirigeant il ne pouvait ignorer et que, par l'apport en société, il avait voulu soustraire l'immeuble commun aux poursuites des créanciers, la cour d'appel a caractérisé la fraude».

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 20 déc. 2000, n° 98-19343, Bull. III, n° 200 ; Bull. Joly Sociétés 2001, 305, note H. LE NABASQUE ; AJDI 2001, 470, note S. PORCHERON. V. également Cass. Civ. 3^{ème}, 13 nov. 2003, n° 99-19684, non publié. : «la saisie puis la cession de ces parts sociales était plus complexe et aléatoire que la saisie et la vente d'un immeuble».

2. La Cour de cassation n'exige pas l'intention de nuire, mais la simple connaissance du préjudice causé par l'acte attaqué. V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3 : *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Sirey, 2011, n° 93.

propriétaires sans l'être juridiquement. Mais cette autonomie patrimoniale se justifie par *l'affectation* des biens communs : or les SCI familiales ne sont pas affectées, ce sont des propriétés communes de jouissance, malgré leur personification. Il n'est donc pas illégitime de rétablir la transparence vis-à-vis des créanciers personnels en utilisant l'action paulienne de manière souple. Cela ne fait que rétablir un équilibre économique que la personnification des sociétés civiles a rompu, en instaurant une distance entre patrimoines individuels et patrimoine sociétaire qui n'était pas tellement justifiée¹.

Tant qu'il sera de plus en plus facile de segmenter son patrimoine économique en différents patrimoines juridiques, sans réelle affectation de ces derniers, la jurisprudence devra étendre le champ d'action de l'action paulienne, si le droit spécial ne prend pas le relais².

ii. La protection par le droit spécial

364. Outre l'action paulienne, le droit tente de renforcer la protection des créanciers personnels par d'autres mécanismes. C'est le cas par exemple dans l'apport partiel d'actif, qui consiste à apporter une branche d'activité à une autre société, dont la société apporteur deviendra actionnaire. Les biens apportés échapperont dès lors aux créanciers de la société apporteuse.

Si l'apport partiel d'actif a été soumis au régime des scissions³, les créanciers bénéficient par principe de la solidarité prévue en matière de scission à l'art. L. 236-20 du Code de commerce, par renvoi de l'art. L. 236-22. Comme cela a été noté, la transposition de ce texte n'est pas facile, puisque la solidarité est normalement prévue pour lier les sociétés bénéficiaires de la scission⁴. Or l'apport partiel d'actif ne concerne en général qu'une société. En interprétant le texte, la jurisprudence a considéré que la solidarité liait la société apporteuse et

1. V. infra, n° 398.

2. Comp. S. SCHILLER, « La fraude, nécessaire *deus ex machina* face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2014, p. 211, , qui propose d'ouvrir plus largement l'action fondée sur la fraude, notamment « sans jamais imposer d'établir une dissimulation » et en admettant « avec souplesse la preuve du caractère frauduleux d'opérations en particulier dans les groupes » (n° 23).

3. Lorsqu'il ne l'est pas, seule l'action paulienne peut faire échec à la tentative de fraude.

4. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1657.

la société bénéficiaire¹. Reste à savoir cependant pour quelles dettes cette solidarité est acquise. Est-ce seulement pour les dettes dépendant de la branche transmise ou pour toutes les dettes de la société apporteuse ? En faveur de la seconde solution, on peut faire valoir que la solidarité garantit les créanciers «de la perte d'éléments d'actif important chez l'apporteuse»². Mais comme le notent les mêmes auteurs, une telle solution nuit aux créanciers de la société bénéficiaire déjà existante, puisqu'elle peut se retrouver débitrice d'un passif excédant la valeur de l'apport. Et à l'inverse, «la solidarité accroît le gage des créanciers de la société apporteuse, alors qu'elle le maintient dans une opération de fusion-scission»³. Autant dire que la protection des créanciers personnels se transforme ici en surprotection.

365. Cette solidarité n'est cependant pas d'ordre public. Le contrat d'apport peut aussi répartir le passif entre les parties. Dans cette hypothèse, les créanciers de l'apporteur bénéficient d'un droit d'opposition à l'opération (art. L. 236-14, C. Com. par renvois successifs des art. L. 236-21 et L. 236-22). Ce droit d'opposition est cependant inefficace puisqu'il n'est ouvert qu'aux créanciers justifiant une créance certaine, liquide et exigible⁴. Or il paraît dangereux de faire subir ce type d'opération aux créanciers à terme, qui n'ont aucun moyen de se prémunir contre une éventuelle fraude à leurs droits. Il faut donc admettre que l'action paulienne leur est ouverte : le droit d'opposition spécial du droit des sociétés n'évince pas l'action paulienne⁵. Les deux actions n'ont en effet ni les mêmes conditions, ni les mêmes conséquences⁶.

1. Cass. Com., 12 déc. 2006, Bull. Civ. IV, n° 248 ; D. RANDOUX ; Dr. Sociétés 2007. n° 50, note H. HOVASSE ; Rev. Sociétés 2007. 76, note D. PORRACHIA.

2. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1657.

3. H. LE NABASQUE, « La solidarité des sociétés dans les opérations d'apport partiel d'actif soumises au régime des scissions » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 274.

4. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1642.

5. La Cour de cassation l'a d'ailleurs admis pour d'autres droits d'opposition en droit des sociétés. Cf. B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 615–655, n° 31, p. 628.

6. On sait que dans ces questions d'articulation entre droit commun et droit spécial, la jurisprudence adopte une approche fonctionnelle (C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009.). Or l'admission du cumul ne prive pas de tout intérêt le droit d'opposition. Contrairement à l'action paulienne, le créancier n'a pas à prouver la volonté de fraude : le simple risque objectif d'atteinte à son droit de gage suffit.

366. En résumé, l'action paulienne doit constituer la protection minimale des créanciers personnels contre les apports frauduleux aux patrimoines personnalisés¹. Le droit spécial peut *ajouter* des protections supplémentaires en cas de risque particulier, par exemple en matière d'apport partiel d'actif ou d'apport d'un fonds de commerce, protection pouvant aller jusqu'à garantir le maintien de l'étendue du droit de gage par la solidarité².

Ces mesures sont curatives : le droit prévoit également des mesures préventives pour protéger les créanciers personnels.

2. La réduction des coûts : l'encadrement légal

367. L'atteinte faite aux droits des créanciers personnels justifie un encadrement légal. A cet égard, les propriétaires ne peuvent librement créer. D'autre part, cette création suppose généralement l'accomplissement de formalités de publicité.

a. Les limites à la liberté de créer des masses autonomes

368. Si la plupart des formes nommées de propriété commune encadrent les modes d'accès aux biens communs, il faut déterminer si une forme innommée peut créer, simplement par contrat, une masse autonome. Autoriser une telle création revient à conférer aux propriétaires en commun le pouvoir unilatéral de restreindre le droit de gage de leurs créanciers respectifs. Le droit de gage n'est pas d'ordre public : le créancier peut consentir à une réduction de son droit de gage par une clause limitant les biens sur lesquels la dette pourra être réalisée. Même si les décisions sont isolées, la jurisprudence semble admettre une telle clause³.

1. Cf. J. MESTRE, *RTD Civ.* 1986, p. 601, obs. sous Cass. Com. 11 févr. 1986. : l'action paulienne est «une garantie de droit commun des obligations qui peut venir conforter si nécessaire une technique spéciale de protection qui s'avérerait défaillante». V. également B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 615-655, n° 59 et s.

2. V. également l'exemple de l'apport d'un fonds de commerce (art. L. 141-22, C. Com.).

3. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 15 fév. 1972, n° 70-12756, Bull. Civ. n° 50 ; Rev. crit. DIP 1973. 77, note H. BATTIFOL. et plus récemment, mais de manière indirecte : Cass. Com., 1^{er} oct. 2013, non publié ; D. 2014. 127, note M. JULIENNE et L. ANDREU.

On pourrait donc admettre qu'une masse autonome puisse être constituée si tous les créanciers personnels de tous les propriétaires en commun renonçaient à leurs droits sur les biens communs. Par exemple, une indivision pourrait devenir autonome si tous les créanciers personnels renonçaient à leur droit de demander le partage¹. Mais les coûts de transaction engendrés par cette solution sont prohibitifs : une telle opération, possible juridiquement, ne l'est économiquement pas². La réduction unilatérale du droit de gage par les seuls débiteurs est-elle envisageable ?

Une telle réduction unilatérale semble impossible³, sauf à passer par un cadre légal spécifiquement prévu, comme l'EIRL. L'article 1199 du Code civil s'y oppose : «si la constitution directe d'un patrimoine d'affectation est impossible, c'est parce que la volonté du propriétaire, apte à déterminer une destination d'une chose qui lui appartient de façon à contraindre ses ayants droit, ne peut engager quiconque ne tient pas ses droits de lui»⁴. Par conséquent, l'intervention de la loi est indispensable.

369. On pourrait s'étonner, après Saleilles, de cette interdiction, qui contraste avec la très grande liberté d'apporter des biens à des personnes morales. Certes l'apport à une personne morale est considéré juridiquement comme une aliénation, mais seule la fiction de la personne morale permet d'instituer une telle différence. Dans les deux cas, il s'agit d'une mise en commun dans une propriété commune. Par conséquent, «si cette diminution du gage commun par voie d'affectation sociale n'est pas une fraude à l'égard des créanciers lorsque la société est qualifiée de personne morale, le même acte ne deviendra pas fraudatoire (sic) parce que la société aura changé de nom et qu'elle aura rejeté une

1. Ce serait très exactement une renonciation à exercer l'action oblique de l'art. 815-17 du Code civil.

2. Pour une analyse détaillée de ces coûts de transaction, v. H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « The Essential Role of Organizational Law », *Yale Law Journal* 2000, 110, p. 387, p. 406 et s.

3. «Les articles 2092 et 2093 [2284 et 2285] ne sont en effet d'ordre public qu'en tant qu'ils s'opposent à la création conventionnelle de patrimoines d'affectation par des débiteurs limitant, sans le consentement de leurs créanciers, leur responsabilité à certains biens» (P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. de M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 798.).

4. P. BERLIOZ, « L'affectation au coeur du patrimoine », *RTD Civ.* 2011, p. 644.

fiction et un mot tout artificiel, pour rester ce qu'elle est dans la réalité, une mise en commun formant masse à part et patrimoine séparé»¹.

Saleilles a raison de souligner que la personnification du patrimoine n'est qu'un «tour de passe-passe»² pour parer l'apport de la légitimité de l'aliénation. Mais si les apports aux personnes morales sont librement autorisés, c'est parce que la loi contrôle désormais l'attribution de la personnalité juridique. Or là est l'essentiel : économiquement, il faut que l'existence d'une masse autonome puisse être connue de tous, sauf à engendrer structurellement des fraudes³.

370. Pourtant, le droit positif permet cependant de créer une masse autonome par simple contrat sans mesure de publicité ni limite de temps. C'est en effet le cas de *l'immeuble en tontine*, qui selon la jurisprudence ne peut être saisi par les créanciers personnels des tontiniers, car tant que la tontine est pendante, «le débiteur n'est pas titulaire d'un droit privatif de propriété sur le bien immobilier ou partie du bien»⁴. Si l'affirmation est exacte, l'atteinte faite aux créanciers personnels n'est pas admissible : sociologiquement, la tontine est une propriété commune de jouissance, non affectée, qui devrait être «transparente». Reconnaître la tontine comme une forme de propriété commune devrait permettre à la jurisprudence de stopper l'analyse en termes de propriété conditionnelle et d'appliquer, par analogie, le régime de la convention d'indivision.

b. Le recours à des mesures de publicité

371. Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, les personnes morales naissent généralement au jour de leur immatriculation⁵. Par exemple, l'article

1. R. SALEILLES, « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial* 1895, n° 59.

2. *Ibid.*, n° 59.

3. Le cas des sociétés civiles, personnifiées par la jurisprudence, est à cet égard exemplaire, avant que les lois du 4 janvier 1978 et du 15 mai 2001 n'obligent à leur immatriculation. Sur la situation antérieure : P. PIC, *Des sociétés commerciales*, 2^e éd., Rousseau, 1925, n° 188. ; P. DELAISI, « La clandestinité des sociétés civiles », *Gaz. Pal.* 1968, 2. doct. 6.

4. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, n° 95-20842, Bull. n° 315 ; JCP G 1998 II 10051, note E. du RUSQUEC.

5. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, p. 722. Ce n'est pas le cas des syndicats de copropriété qui naissent de plein droit (art. 14, Loi du 10 juillet 1965). Depuis la loi ALUR du 24 mars 2014

1842 du Code civil énonce que «les sociétés autres que les sociétés en participation jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation». C'est donc à partir de cette date que les biens communs sont réunis dans une masse autonome. Leur statut avant l'immatriculation est plus incertain, en l'absence de toute précision par les textes. On peut soit considérer que les apports restent la propriété de l'apporteur tant que l'immatriculation n'a pas eu lieu, soit qu'ils sont indivis entre les associés¹. Dans l'un ou l'autre cas, l'important est qu'ils restent théoriquement saisissables par les créanciers personnels de chacun des associés.

372. L'immatriculation a pu être interprétée comme assurant au groupement son opposabilité aux tiers, c'est-à-dire son efficacité externe². L'ordre juridique créé par la société devient ainsi opposable aux tiers ; à défaut d'immatriculation, il ne produit ses effets que dans l'ordre interne. Une telle présentation occulte cependant le fait que l'existence et le fonctionnement d'une société en participation sont tout à fait opposables aux tiers, en l'absence de toute immatriculation³. Ce que permet l'immatriculation, c'est la création d'une masse commune pleinement autonome, ce qui produit des effets externes mais aussi internes⁴. Et s'il s'est avéré de plus en plus nécessaire de subordonner la constitution d'un patrimoine commun autonome à une formalité légale, c'est parce que le droit répugne à laisser les débiteurs réduire unilatéralement et de manière occulte l'étendue du droit de gage de leurs créanciers. Outre la reconnaissance d'un nouveau sujet de droit, ce qui est rendu opposable *erga omnes*, ce n'est pas le groupement en soi, c'est plus précisément la séparation entre les biens utilisés pour l'activité so-

(art. L. 711-1, C. constr. hab.), les syndicats doivent être immatriculés sur un registre national, mais cette immatriculation n'est pas une condition de leur personnalité juridique.

1. C. SAINT-ALARY HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD Com.* 1979, p. 659.

2. G. WICKER, *Les fictions juridiques*, préf. de J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 230 et s. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit » in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 691-731, n° 21.

3. Pour une critique détaillée sur ce point, v. J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2011, p. 449 et s.

4. Avant l'immatriculation, un associé peut disposer valablement du bien apporté dont il est encore propriétaire ; il engagera seulement sa responsabilité vis-à-vis des autres associés pour violation du pacte statutaire. Après l'immatriculation, l'associé qui dispose du bien apporté vend la chose d'autrui.

ciale et les biens individuels. Ce qui compte dans le droit moderne des sociétés, c'est que les biens communs soient hors de portée des créanciers personnels. Le contrat seul est impuissant à réaliser cet objectif : il faut l'onction de la loi.

373. Conclusion du paragraphe. De même que les masses transparentes portaient nécessairement atteinte aux copropriétaires, de même les masses autonomes portent nécessairement atteinte aux créanciers personnels. De fait, elles ont été créées historiquement précisément pour que les biens communs leur échappent.

Une telle atteinte n'est justifiée que parce que la masse commune est affectée et parce que le droit protège les créanciers personnels contre les risques excessifs. L'impressionnisme des dispositifs existants doit s'articuler autour de deux principes forts. Une mesure *préventive* : la nécessité d'une intervention de la loi pour toute création de masse autonome. Une mesure *curative* : la possibilité de remettre en cause les apports frauduleux par le recours à l'action paulienne.

§ 2. Les effets de la personnification

374. L'attribution de la personnalité juridique a parfois été analysée comme une *conséquence* de l'autonomie de la masse. À partir du moment où il existe des biens, des dettes et des créances communes et que cet ensemble est clairement distinct du patrimoine saisissable des copropriétaires, alors la tentation est forte de personnifier cette masse afin de lui donner une unité. En ce sens, la personne morale est avant tout une technique d'appropriation collective. Ce lien entre patrimoine et personne sera généralisé par Aubry et Rau, qui l'appliqueront aux personnes physiques, afin de permettre une identification complète¹.

Au-delà des critiques doctrinales qui lui ont été adressées, cette assimilation n'est plus compatible avec le droit positif. Il peut exister des patrimoines autonomes sans création de personne morale (par exemple l'EIRL ou les fonds communs de placement) et à l'inverse la personnalité juridique peut être recon-

1. F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667.

nue à des groupes de personnes sans biens communs ou avec des biens communs pouvant être retirés à tout moment (les sociétés à capital variable).

375. C'est une chose d'assurer l'autonomie d'une masse de biens, c'en est une autre de créer un sujet de droit, capable d'agir en justice, d'être partie à des contrats ou de voir sa responsabilité reconnue ¹. La personnification est une technique juridique qui poursuit une finalité différente et qui a des effets propres. Elle dote la propriété commune d'un unique point d'imputation pour tous les liens de droit qui s'y rattachent ². Ce faisant, l'unité sociologique et économique de certaines propriétés communes peut recevoir une transcription juridique : le groupement devient opposable aux tiers ³. En d'autres termes, comme l'avait noté Planiol, «ces prétendues personnes ne sont que des moyens destinés à simplifier la gestion des propriétés collectives» ⁴. Cette fonction est ce qui légitime leur existence. Comme pour l'autonomie patrimoniale proprement dite, il faut analyser les avantages et les coûts engendrés par cette technique afin de comprendre quelle doit être sa juste mesure.

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 353, p. 693 : «L'existence d'un patrimoine autonome semble tellement essentielle que l'on a parfois présenté la personnalité morale comme un concept relevant du droit des biens, comme un simple mode d'appropriation collective des choses. Il y a, cependant, davantage dans la personnalité morale, et notamment dans le droit de se faire rendre justice collectivement, d'ester en justice, de plaider comme une seule personne malgré la multiplicité apparente des intéressés ; des droits, mais aussi des obligations ; des dettes, une responsabilité civile et même pénale depuis le N.C.P. de 1994».

2. Sur cette conception de la personnalité juridique, v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, Bruylant LGDJ, 1999, p. 174. Cette théorie a été reprise pour rendre compte du droit des sociétés par Bruno Oppetit (cf. B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse Paris, 1963, spéc. p. 447 et s.). V. également G. WICKER, «La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit» in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 691-731, n° 15, qui note à propos de la théorie de Bruno Oppetit : «il est permis de penser que les voies qu'il avait tracées présentent plus que jamais un intérêt essentiel».

3. Sur cette conception de la personnalité morale, v. J. DUCLOS, *L'opposabilité*, préf. de D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 241 : cette technique est «destinée à favoriser l'action juridique d'organismes jouissant d'une réelle individualité, en sorte que tout groupement investi de la personnalité juridique devient, comme tel, opposable aux tiers.» ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, préf. de J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 230 et s.

4. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., t. 1, F. Pichon, 1904, §3016. L'auteur écrit au paragraphe suivant de manière quelque peu contradictoire : «L'idée de la personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fautive, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle ; elle mérite donc d'être abandonnée » (§3017).

A. Les avantages de la personnification

376. Dans le champ des propriétés communes, la reconnaissance d'une personnalité juridique présente deux avantages. Tout d'abord, elle permet le rétablissement de la logique commutative : grâce à ce point d'imputation fictif et à l'unité qu'il assure, les incertitudes engendrées par la pluralité disparaissent ou plutôt sont explicitement reléguées comme des affaires internes. D'autre part, la création d'une personne nouvelle opère reconnaissance d'une *identité* juridique propre.

1. Le rétablissement de la logique commutative

a. Dans les relations avec les tiers

377. Les premières manifestations de la personnalité juridique concernant des entités collectives sont apparues en droit romain à propos des cités. Ces dernières n'étaient pas considérées comme des personnes morales au sens moderne du terme, c'est-à-dire comme des *êtres* distincts des membres qui la composent. La cité, c'est l'ensemble des citoyens, rien de plus¹. Ontologiquement, les Romains sont donc nominalistes. Seulement, ces cités contractent avec des tiers selon les formes usuelles du droit civil romain. Puisque ces contrats sont en tout point identiques aux contrats classiques passés entre deux particuliers, les juristes classiques vont donc considérer que juridiquement, tout se passe comme si la cité était un particulier. Un fragment de Gaius est très révélateur sur cette approche : «les cités sont considérées comme occupant la même place que les particuliers»².

378. Pourquoi cet artifice ? Parce qu'en son absence, les contrats passés obéiraient au régime du cocontrat, avec des formes plus ou moins avancées de représentation. Or le cocontrat génère un grand nombre d'incertitudes quant aux pouvoirs individuels des membres de la partie plurale ou du représentant de ces

1. Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité » in *Les opérations du droit*, EHESS - Gallimard - Seuil, 2011, p. 105.

2. Dig. 50. 16. 16.

derniers¹. D'autre part, la disparition d'un contractant de la partie plurale ou d'un représentant présente des risques à la fois pour le tiers², mais aussi pour les autres membres. En termes économiques, le cocontrat engendre d'importants coûts de transaction. La personnalité juridique permet de les réduire considérablement en faisant passer la pluralité dans l'arrière-plan, en dehors de la relation contractuelle, qui redevient parfaitement bilatérale. Pour le tiers, et c'est là l'essentiel, tout se passe comme s'il contractait avec une personne, et non avec une pluralité. En d'autres termes, *personnifier les groupes permet de diminuer leurs coûts de transaction*, ce qui profite aux tiers, et indirectement à eux-mêmes. Ils sont à *égalité d'armes* avec les personnes physiques.

379. Cette fonction de la personnalité juridique peut cependant être accomplie par d'autres moyens : il suffit qu'il existe une masse autonome et un représentant identifiable de cette masse. Ainsi, même si les SICAV et les FCP diffèrent par la présence ou non d'une personnalité morale, il n'existe guère de différence pratique dans les relations avec les tiers. À partir du moment où la société de gestion précise dans les contrats l'identité du fonds commun engagé, les tiers sont dans une situation aussi sûre dans un cas comme dans l'autre. De fait, de larges pans de la réglementation sont communes aux deux formes, «et le critère pertinent de la distinction n'est pas tant la forme juridique de l'entité mais plutôt la catégorie d'investisseurs visés»³, les FCP s'adressant plutôt aux investisseurs spécialisés.

Par conséquent, une des premières fonctions de la personnalité juridique est de diminuer les coûts de transaction entre un groupe de personnes et les tiers, indépendamment des relations au sein du groupe. Par conséquent, plus l'activité externe est importante, plus le besoin de personnification se fait sentir⁴.

1. Ces inconvénients ont été bien résumés par R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : Histoire et théories*, Paris : Arthur Rousseau, 1910, p. 452 et s. : un problème de responsabilité en cas d'inexécution du contrat : qui est tenu, dans quelle mesure ? Un problème d'incapacité : quel est le sort de l'acte si un des membres d'une partie plurale se révèle incapable ?

2. La personnalité morale permet ainsi d'assurer «la pérennité du contrat» (C. PRIETO, *La société contractante*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1994, p. 321 et s.)

3. A. COURET, H. LE NABASQUE et M.-L. COQUELET, *Droit financier*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 790.

4. C. PRIETO, *La société contractante*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1994, n° 2. : «On peut même constater que le besoin d'une activité contractuelle propre à la société donna une impulsion

b. Dans les relations internes

380. La personnification a également pour effet de simplifier les contrats entre la collectivité des propriétaires et l'un d'entre eux. De tels contrats sont bien entendu possibles en l'absence de personnalité juridique, mais peuvent faire naître des difficultés particulières, puisque le cocontractant est aussi membre de la partie plurale. Ainsi, lorsqu'un bien indivis fait l'objet d'un bail au profit d'un indivisaire, ce dernier ne cesse pas d'être copropriétaire, et donc co-bailleur. Par conséquent, son consentement est nécessaire pour pouvoir donner congé au preneur, c'est-à-dire à lui-même¹ ! La personnification permet d'éviter de tels paradoxes.

381. Le second avantage de la personnification touche à la propriété des biens communs. En soi, la personnification n'apporte rien par rapport à un patrimoine déjà reconnu comme autonome : les biens communs sont réputés ne pas faire partie du patrimoine de chacun des copropriétaires, et partant leurs créanciers personnels n'y ont plus accès. La personnification ne protège pas l'affectation des biens : l'autonomie de la masse suffit. Mais elle permet de donner aux biens communs un propriétaire juridique nommé et identifiable. Ce propriétaire est fictif : les copropriétaires ne sont pas dépossédés de leurs prérogatives économiques sur les biens communs. Ce sont les associés qui, *in fine*, profitent des bénéfices tirés de l'exploitation sociale.

382. Est-ce à dire que la propriété commune s'est transformée en propriété individuelle ? Si l'affrontement doctrinal a été si intense, c'est parce que chaque camp essaye de trouver la seule et unique «étiquette» à apposer sur le statut des biens des personnes morales. Soit il s'agit d'une propriété commune, soit il s'agit d'une propriété individuelle. Mais le rôle d'une fiction est simplement de définir un régime juridique. Si la fiction de la personnalité juridique dit que les biens communs doivent être *traités comme* (le fameux *habetur* du droit romain)

déterminante pour la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés. Il y a, de fait, un lien historique entre l'activité contractuelle des sociétés et l'attribution de la personnalité morale».

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 25 juin 1975, n° 73-12959, Bull. n° 221 ; RTD Civ. 1976. 372, obs. C. GIVERDON., qui note : «La solution, exacte sur le plan des principes, laisse pourtant percer un sentiment d'insatisfaction».

une propriété individuelle appartenant à une personne morale, cela ne veut pas dire qu'ils *sont* objet d'une propriété individuelle. Même dans les groupements personnifiés, les biens du groupement sont des biens communs, même si leur régime juridique est assimilé à une propriété individuelle dont la personne morale est titulaire.

383. Mais on ne peut pas non plus rejeter cette fiction au motif que les associés seraient les *vrais* propriétaires des biens de la société, car ce serait accomplir une véritable régression¹. Tout le droit moderne des sociétés a été construit sur l'idée qu'il ne fallait pas que les associés soient reconnus propriétaires des biens communs, pour les raisons déjà évoquées.

384. Une fiction juridique n'emporte aucun engagement quant à la nature des choses : elle dit simplement quelles conséquences juridiques attacher à une situation donnée². Vouloir transformer la fiction en engagement ontologique (la personne morale est propriétaire, donc le patrimoine sociétaire *est* une propriété individuelle) ou combattre la fiction par un argument ontologique (les biens sociaux sont en réalité communs, donc la théorie de la personnalité morale est un mythe), c'est dans les deux cas se tromper sur le rôle des fictions en droit. La seule attitude cohérente est de comprendre les avantages procurés par cette fiction, ainsi que ses coûts, au regard de la réalité qu'elle transforme. Ce n'est pas chercher quelle est la bonne étiquette, mais pourquoi le droit change les étiquettes, et les conséquences, parfois insoupçonnées, de ces changements.

1. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 239. : «En réalité le but poursuivi n'était pas de créer des êtres, mais de rattacher des droits subjectifs à des personnes réputées existantes et de donner l'illusion de leur existence réelle. Certains juristes refusaient de céder à cette illusion et déclaraient que la personnalité morale cache une propriété collective. C'était justement ce qu'il ne fallait pas dire. La personnalité morale a été imaginée pour maintenir la propriété individuelle. C'est un procédé juridique sans doute, et en ce sens on peut dire que la personnalité morale est fictive, non réelle». La thèse de Ripert selon laquelle la personnalité morale a été créée pour faire échec au marxisme semble hasardeuse au regard de l'histoire du droit. Maintenir la propriété individuelle n'avait pas de but idéologique, mais un but pratique.

2. Cf. Y. THOMAS, « *Fictio legis* - L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » in *Les opérations du droit*, EHESS - Gallimard - Seuil, 2011, p. 133. : La fiction «consiste à d'abord travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils ne sont vraiment, et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête».

2. La stabilité dans le temps

385. Historiquement, il s'agit de la seconde origine de la personnalité morale, parallèle à celle fondée sur la volonté de faciliter l'activité juridique avec les tiers. L'enjeu est ici la *durée* : certaines mises en commun ont vocation à survivre à leurs apporteurs initiaux. Cette survie suppose d'opérer une "dépersonnalisation" des copropriétaires. Par dépersonnalisation, il faut entendre «l'appréhension intellectuelle - voire intuitive - du corps conçu comme une unité, en dehors de toute prise en considération individuelle des membres qui en sont partie intégrante, ces derniers pouvant, en effet, changer ou mourir»¹.

Dans cette perspective, la personnalité morale permet la continuité dans le temps d'une activité, par-delà le changement de propriétaires, comme si l'activité collective était menée par une seule personne sur la scène juridique, dans le passé, le présent et le futur². Ici encore, l'histoire du droit confirme cette interprétation de la fonction de la personnalité morale, puisque les interrogations sur la personnalité des *universitates* sont nées à propos des biens des monastères ayant perdu tous leurs moines³.

386. Pourtant, certaines personnes morales sont dépourvues de cette vocation à la perpétuité : en effet certaines formes sociales, quoique personnifiées, sont dissoutes par la mort ou le retrait d'un associé, sauf clause contraire⁴. La

1. E. CHEVREAU, « Quelques remarques sur la continuité des «personnes juridiques» en droit romain classique » in *Mélanges A. Lefebvre-Teillard*, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 217-231, p. 222.

2. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705, n° 30. V. également, M. M. BLAIR, « The Four Functions of Corporate Personhood » in *Handbook of Economic Organization*, sous la dir. de A. GRANDORI, Edward Elgar, 2013. pour qui la première fonction de la personnalité juridique est «Continuity through perpetual succession».

3. V. Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale » in *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 951-976. Le premier cas concernait un don fait à un monastère ayant par la suite perdu tous ses moines. Les biens devaient-ils retourner au donateur ou bien étaient-ils incorporés au fisc du Pape ? L'issue de la question dépend de qui est donataire : les moines ou le monastère en lui-même ? Pour faire triompher la conservation des biens au sein de l'Église, les juristes dirent que le don se faisait «aux murs du monastère» et non aux moines. L'argument fut ensuite raffiné en utilisant le droit romain des successions («la succession tient lieu de personne»). Comme le note Yan Thomas, «ce n'est pas dans l'histoire des doctrines que l'origine [de la personne morale] se découvre, c'est dans l'histoire, bien plus triviale et bien plus concrète, de la casuistique» (p. 951).

4. C'est le cas de la société en nom collectif (art. L. 221-12 (retrait) et L. 221-15, C. com.) et de la société en commandite pour les commandités.

société civile de droit commun «n'est pas dissoute par le décès d'un associé» (art. 1870, C. Civ.), sauf clause contraire, mais les héritiers ont la faculté de provoquer le rachat forcé des parts. Ce régime se rapproche de celui applicable au *partnership*, entité pourtant non personnifiée. Il ne faut pas s'en étonner : toutes ces formes sont des propriétés communes d'alliance, dont les biens sont affectés à l'activité des membres. Ce ne sont pas des propriétés communes d'entreprise, comme les sociétés par actions, dans lesquelles les biens communs sont affectés à une activité collective, distincte de celle pratiquée par les associés ¹.

387. Les sociétés de personnes n'ont pas à être «dépersonnalisées», car ce serait aller à l'encontre de leur profil économique et sociologique. En d'autres termes, *leur personnalité juridique ne remplit que la fonction relationnelle avec les tiers, mais pas la fonction de perpétuité*. Par conséquent, le besoin de personnalité juridique est moins fort dans le cas des propriétés communes d'alliance que dans les propriétés communes d'entreprise. Cela explique que de nombreux droits n'éprouvent pas le besoin de personnifier les sociétés de personnes, même si ces dernières disposent d'une autonomie patrimoniale ². C'est par exemple le cas du Québec : l'arrêt *Allard* a ainsi reconnu une forme d'autonomie juridique au patrimoine social tout en déclarant explicitement que les sociétés civiles n'étaient pas des personnes morales ³. Il n'y a là ni paradoxe, ni risque pour le système juridique ⁴.

Même en droit français, les sociétés relevant des propriétés communes d'alliance sont plus transparentes que les autres. La manifestation la plus évidente est la responsabilité solidaire de la société et du professionnel en cas de faute professionnelle (art. 16 al. 2, Loi du 29 nov. 1966 (SCP); art. 16, Loi du 31

1. Sur la distinction entre ces deux notions, v. supra, n° 186 et s.

2. La doctrine du début du XX^e siècle le reconnaissait volontiers : L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 2 t., LGDJ, 1906, p. 160 et s.; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : Histoire et théories*, Paris : Arthur Rousseau, 1910, p. 402 et s. La Cour de cassation a également jugé que la société en nom collectif de droit allemand, opérant en Alsace après la réunification, n'était pas un tiers par rapport aux associés (Cass. Com., 21 juin 1955, JCP 1955 II 8877, note. P. LESCOT.)

3. V. I. TCHOTOURIAN, « Personne morale et société de personnes : un oxymore dans le dispositif du Code civil du Québec ? » in *Personne et patrimoine en droit*, sous la dir. de L.-D. MUKA TSHIBENDE, Bruylant, 2014, p. 443-461, n° 11 et s.

4. V. en ce sens G. BRAS MIRANDA, « La propriété collective. Est-ce grave docteur ? Réflexions à partir d'une relecture de l'arrêt Allard. », *Revue du Barreau* 2003, 63.

déc. 1990 (SEL)). Le patrimoine personnel de l'associé et le patrimoine social répondent à égalité de rang, sans qu'il soit possible d'instaurer de priorité ou d'immunité¹. La solution, contraire au droit commun des sociétés, suscite un abandon contentieux². Elle est en tout cas proche de celle retenue pour les *partnership* anglais, malgré l'absence de personne morale de ces derniers. Selon un schéma classique, le droit spécial vient atténuer l'écran de la personne morale.

388. Autonomie patrimoniale et personnification sont deux techniques des propriétés communes, qui peuvent se cumuler, et se cumulent souvent, mais qui remplissent des fonctions distinctes. Les biens des sociétés de personnes sont affectés : c'est ce qui justifie l'autonomie patrimoniale³. Les sociétés de personnes n'ont pas une activité qui transcende celle de leurs associés : il n'y a donc pas un besoin *impératif* de reconnaître un point d'imputation distinct de ces derniers. C'est une simple possibilité.

389. En résumé, la personnalité juridique est une technique qui permet de *simplifier* certaines opérations patrimoniales en réduisant les coûts de transaction et les risques. Elle assure une bonne intégration de la propriété commune dans le système juridique, (i) en unifiant le point d'imputation et (ii) en assurant la pérennité des actes par la dépersonnalisation. Dès lors, plus les propriétaires en commun utilisent les biens communs comme moyens d'une activité impliquant des tiers, plus il devient avantageux, voire nécessaire, d'y recourir. En revanche, dans le cas contraire, les coûts de la personnification risquent de l'emporter sur les avantages. C'est ce risque, méconnu, qu'il convient d'examiner.

1. Selon une formule classique de la Première chambre civile, «l'action en responsabilité peut être indifféremment dirigée contre la société ou l'associé concerné, ou encore contre les deux» (Cass. Civ. 1^{ère}, 8 mar. 2012, n° 11-14811, Bull. n° 50 ; JCP G 2012, doct. 572, p. 948, note H. SLIM.). La société répond également des infractions pénales volontaires commises par l'associé du moment qu'elles sont accomplies dans le cadre professionnel (Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juin 2011, n° 10-15933, non publié ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 794, obs. B. DONDERO.).

2. Cf. J.-F. BARBIÉRI, « Responsabilité des professionnels libéraux exerçant pour une société : transparence de la personne morale » in *Mélange P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 221-232, n° 15.

3. On remarquera à cet égard que le *partnership* américain reconnaît une autonomie des biens du *partnership* (*Partnership Uniform Act*, §203 : «Property acquired by a partnership is property of the partnership and not of the partners individually»), sans que ce dernier soit personnifié au même titre que la *corporation*, puisque le *partnership* ne peut être partie à un contrat.

B. Les coûts de la personnification

390. La création d'un nouveau point d'imputation et la reconnaissance d'une identité juridique propre qui en est le corollaire présentent des coûts, à la fois pour le système en général, et pour les propriétaires en commun. Le premier coût, qui a largement disparu aujourd'hui, mais qui a été déterminant par le passé, est un coût *institutionnel*. Créer une personne morale suppose l'intervention de l'autorité administrative et l'accomplissement de formalités plus ou moins contraignantes et onéreuses. À cet égard, le coût institutionnel était pris en compte au XIX^e siècle lorsque les entrepreneurs devaient choisir entre la société anonyme, soumise à autorisation du Conseil d'État, et la commandite par actions¹. Demeurent cependant d'autres coûts, structurels, liés aux fonctions accomplies par la personnification de la propriété. Un coût social, avec le risque d'interposition frauduleuse de personnes (1); des coûts pour les propriétaires eux-mêmes dans les sociétés de personnes (2).

1. Un coût social : le risque d'interposition frauduleuse de personnes

391. Ce que l'on nomme «abus de personnalité morale» recouvre en réalité deux hypothèses distinctes, appelant deux sanctions distinctes. L'abus de personnalité morale peut être une *segmentation frauduleuse du patrimoine* : on crée une nouvelle personne morale pour faire échapper des biens à des créanciers. Cette fraude se retrouve également hors de la propriété commune, par exemple dans les sociétés unipersonnelles et l'EIRL. C'est un risque qui n'est pas lié à la personnalité juridique au sens strict, mais à la liberté de créer des patrimoines autonomes.

Mais l'abus de personnalité morale peut être aussi *un abus de personnalité juridique* : le maître de l'affaire se dissimule derrière une nouvelle identité juridique, celle de la personne morale, afin d'obtenir un avantage qui lui aurait été refusé autrement². C'est l'hypothèse de la société fictive, qui relève cependant

1. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, PUF, 1985, p. 421.

2. V. Cass. Com., 22 juin 1999, n° 98-13611, Bull. Civ. IV, n° 136 ; D. 2000. Somm. 234, obs. HALLOUIN, 389, obs. PIÉDELIÈVRE ; Dr. Sociétés 1999, n° 143, note T. BONNEAU ; Bull. Joly Sociétés 1999. 978, note A. COURET ; Defrénois 1999. 1195, obs. H. HOVASSE ; RTD Com. 1999. 903, obs. REINHARD ; Rev. Sociétés 1999. 824, note A. CONSTANTIN ; JCP 2000.

d'une pratique plus générale : l'*interposition frauduleuse de personnes*¹.

392. Les deux types d'abus de personnalité morale appellent deux sanctions différentes. La segmentation frauduleuse du patrimoine se combat par l'action paulienne. Le créancier peut demander à ce que l'apport soit inopposable et saisir les biens comme si ces derniers n'avaient jamais quitté le droit de gage de son débiteur. Il n'a pas à montrer la nullité de la société pour fictivité, ce qui est un avantage considérable en termes de preuve².

Dans le second cas, la sanction est la nullité de la société, puisque la fictivité est vue comme un vice de fond dans sa création. Mais cela ne protège pas la victime de la fraude : en effet la nullité en droit des sociétés n'est pas rétroactive, ce qui laisse subsister tous les actes passés par la personne morale avant son annulation³.

Le rapprochement de la société fictive de l'interposition frauduleuse de personnes permettrait de sortir de l'alternative nullité/inexistence, qui est très peu satisfaisante⁴. Les victimes de l'interposition de personnes ne demanderaient pas la nullité de la société fictive, mais *l'inopposabilité* des actes signés par un sujet de droit frauduleux. La société resterait en revanche valable entre les parties et envers les créanciers qui ne sont pas victimes de l'interposition.

II. 10266, note M. MENJUCQ. Une société russe souhaitait constituer une sûreté réelle sur un navire pour garantir une dette. Le droit russe n'autorisant pas une telle sûreté, elle crée une société chypriote qu'elle possède à 99%, lui apporte le navire, et constitue la sûreté en droit chypriote. La société chypriote est considérée comme fictive.

1. Pour le rapprochement de cette figure avec la simulation, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 383.

2. Le prononcé de la nullité de la société fictive suppose de prouver que tous les associés ont concouru à la fraude, ce qui peut s'avérer difficile. En revanche, l'action paulienne suppose la preuve de la complicité de la société, c'est-à-dire de son gérant ou dirigeant, et non de chacun des associés pris individuellement.

3. Gênées par cette solution, des Cours d'appel avaient tenté de qualifier la société fictive d'*inexistante*, avant que la Cour de cassation ne le sanctionne, par souci de ne pas annihiler tous les actes accomplis durant la vie de la société.

4. Cf. L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 12.

2. Les coûts pour les propriétaires

393. Deux exemples topiques montrent la gêne que peut engendrer la personnification. La personne morale forme un écran pouvant empêcher les associés de bénéficier de régimes protecteurs ou d'affecter librement les biens communs en garantie de leurs dettes personnelles.

a. La perte des régimes protecteurs

394. La dépersonnalisation est un avantage pour les propriétés communes développant une activité ayant vocation à dépasser l'activité individuelle des copropriétaires. Mais cet effacement de l'identité personnelle peut être désavantageuse dans un certain nombre de cas, notamment en ce qui concerne les propriétés communes de jouissance.

C'est le cas dans la société civile immobilière, qui est constituée non dans le but de déployer une activité indépendante des associés, mais bien souvent d'organiser l'acquisition et la jouissance d'un immeuble entre les associés. Du fait de ce décalage entre idéal-type économique et forme juridique, «la personnalité distincte de la société devient un piège pour ses associés, qui ne jouiront pas de la protection légale qui n'est reconnue qu'aux personnes physiques»¹. La tentation est alors forte de prôner une transparence de la personne morale, afin de faire coïncider le régime applicable, que l'immeuble soit indivis ou approprié sous forme sociétaire.

395. La réponse de la Cour de cassation est nuancée. Les sociétés civiles ne peuvent pas être qualifiées de consommateurs, ce qui leur ferme le droit d'invoquer les dispositions du Code de la consommation relatives au crédit immobilier (art. L. 312-2, C. Cons.). En revanche, elles peuvent être qualifiées de «non-professionnels», à la condition que l'acte en cause ne rentre pas dans leur objet social statutaire². Par conséquent, si l'objet statutaire d'une société civile prévoit l'acquisition d'immeubles, alors la société n'est pas un «non-professionnel» au

1. P.-Y. GAUTIER, « Les limites de la personnalité morale » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 294.

2. La notion de non-professionnel a été redéfinie par l'ordonnance du 14 mars 2016 : «toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole» (article liminaire, Code de la consommation).

regard de l'acte de vente et ne peut donc exercer le droit de rétractation de l'art. L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation¹. Au final, l'exception du non-professionnel paraît étroite : «si une SCI se propose d'acheter un immeuble, c'est que son objet social le lui permet, de sorte que cette acquisition est l'accomplissement même de celui-ci. Et l'on conçoit mal comment cet achat pourrait n'être pas en rapport direct avec l'objet d'une SCI - même familiale -, qui sera donc toujours considérée comme un acquéreur professionnel et, donc, exclue du bénéfice du délai de rétractation»².

Autres exemples de mauvaises surprises : l'impossibilité d'établir une déclaration d'insaisissabilité sur l'immeuble placé sous forme sociétaire, puisque seuls sont insaisissables les «droits sur l'immeuble» (art. L.526-1, C. Com.). Or c'est la personne morale qui a désormais des droits sur l'immeuble, et non les associés³. De même, le conjoint survivant ne peut pas invoquer son droit d'usage et d'habitation prévu par les articles 764 et s. du Code civil⁴.

396. La dépersonnalisation pose problème pour les sociétés familiales, tout simplement parce que dans les propriétés communes de jouissance il existe un *rapport direct* entre les biens communs et les copropriétaires et que la forme sociale au contraire instaure une *distance*⁵.

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n° 11-18.774, Bull. III, n° 153 ; D. 2013. 280, obs. S. COLMANT, note C. BLANCHARD ; ibid. 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; Bull. Joly 2013. 130, note M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

2. C. BLANCHARD, D. 2013, p. 280, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012.

3. La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la question, mais une réponse ministérielle est en ce sens. V. Rép. min. n° 52819, JOAN Q, D. 2005. 1018., 5 avr. 2005, p. 3540.

4. A. COURET, « La frontière entre meubles et immeubles à l'épreuve des sociétés immobilières », *Defrénois* 2009, p. 265, n° 35.

5. P.-Y. GAUTIER, « Les limites de la personnalité morale » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 300. : «Cette transparence ouvre une fenêtre sur la *sociologie* juridique, appliquée au droit des sociétés : des familles eussent pu faire l'opération en leur nom propre, elles constituent une SCI, souvent conseillées par un notaire ou un avocat (notamment pour des raisons fiscales). Si le montage n'est pas illicite et que les tiers ne sont pas induits en erreur, les droits légaux et fondamentaux des personnes physiques ne s'absorbent pas nécessairement dans le creuset de la personnalité morale».

b. L'impossibilité d'affecter les biens communs en garantie de dettes personnelles

397. Un contentieux récurrent survient à propos des sûretés constituées en garantie des dettes personnelles des associés, que ces sûretés soient personnelles (tout le patrimoine social est engagé) ou réelles (un bien social est affecté en garantie). De telles opérations sont parfois interdites par la loi ¹ ou soumises à la procédure des conventions réglementées dans les sociétés par actions. Dans tous les cas, elles suscitent des difficultés : «par leur finalité respective, le cautionnement et la société sont des actes antinomiques» ².

Malgré cette antinomie, les biens des sociétés civiles sont souvent affectés en garantie de la dette des associés ou des membres du groupe de sociétés. Un arrêt rendu le 8 novembre 2007 avait défini trois cas dans lesquels l'opération était valable : «le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés» ³. Pourtant, la jurisprudence devait rapidement évoluer : la Chambre commerciale retient une contrariété de la sûreté à l'intérêt social dès lors que le montant de l'engagement est «tel qu'en cas de défaillance du débiteur principal, la société devait réaliser son entier patrimoine pour l'honorer, ce qui était de nature à compromettre son existence même» ⁴. Par ailleurs, ni l'unanimité des associés, ni la modification de l'objet statutaire pour y intégrer les sûretés pour autrui ne permettent de valider à eux seuls l'opération ⁵. Cette

1. C'est le cas dans la SARL, qui ne peut cautionner les dettes d'un associé personne physique (art. L. 223-21, C. Com.).

2. J. HONORAT, « Sociétés et cautionnement », *Defrénois* 1982, p. 1569, n° 25.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, n° 04-17893, Bull. Civ. n° 345 ; RLDC 2008/47, p. 25, obs. M. STORCK ; JCP G 2008 I 152, n° 3, obs. Ph. SIMLER ; Dr. et Patr. 2008, n° 74, p. 96, obs. L. AYNÈS et Ph. DUPICHOT.

4. Cass. Com., 3 juin 2008, n° 07-11785, non publié ; Bull. Joly Sociétés 2008. 883, note J.-F. BARBIÉRI, JCP E 2008. 883, obs. Ph. SIMLER ; JCP E 2008, 2545, n° 4, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. Sociétés 2009. 383, note RANDOUX ; Dr. Sociétés 2008. n° 202, obs. R. MORTIER.

5. V. respectivement Cass. Com., 8 nov. 2011, n° 10-24438, non publié ; D. 2012. 415, note E. SCHLUMBERGER ; Rev. Sociétés 2012. 238, note A. VIANDIER ; RTD Com. 2012. 358, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON. et Cass. Com., 23 sept. 2014, n° 13-17347, Bull. n° 142 ; D. 2015. 140, note D. ROBINE ; Rev. Sociétés 2014. 714, note A. VIANDIER ; RTD Com. 2015. 123, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; JCP E 2014. 1618, note H. HOVASSE ; JCP G 2015, doct. 138, n° 5, obs.

jurisprudence montre que selon la Cour de cassation, l'intérêt social ne se réduit ni à la conformité à l'objet social, ni à l'intérêt commun des associés. Créer une nouvelle personne juridique, c'est accepter que le droit prenne en compte un nouvel intérêt, indépendant de celui des propriétaires. Or une sûreté qui risque d'entraîner la disparition de la personne morale ne peut être dans l'intérêt de cette dernière. Il en est autrement, par exemple, lorsque la *constitution* de la sûreté est elle-même nécessaire à la survie de la société caution, car elle permet d'assurer la sauvegarde du groupe dont elle fait partie¹. Si bien qu'au terme de cette évolution, et bien que la Cour raisonne formellement en termes d'intérêt social, tout se passe comme si la jurisprudence s'attachait à l'existence d'une «cause-contrepartie» à l'engagement². En cas d'absence, la nullité de l'acte est encourue, du moins dans les sociétés n'entrant pas dans le champ de la première directive, qui restreint les causes de nullité pour les sociétés par actions et les SARL³.

Il existe ainsi une nette séparation entre les formes d'appropriation commune non personnifiées, où les copropriétaires font ce qu'ils veulent, et celles personnifiées, où ils perdent une partie de leur liberté. Imaginons un bien approprié sous la forme d'une indivision conventionnelle : les indivisaires peuvent à l'unanimité affecter les biens communs en garantie de leurs dettes personnelles, peu important de savoir si la masse commune risque de disparaître. Ils sont aussi libres avec leurs biens communs qu'ils le sont avec leurs biens personnels.

Cette séparation est-elle pour autant justifiée ? La conception de l'intérêt social que retient la Cour de cassation est compréhensible lorsque la société vise

F. DEBOISSY et G. WICKER.

1. Cass. Com., 10 fév. 2015, n° 14-11760, non publié ; Bull. Joly Sociétés 2015. 234, note F. DANOS ; Dr. Sociétés 2015. comm. 87, note H. HOVASSE.

2. V. P. DUPICHOT, « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 260.

3. V. Cass. Com., 12 mai 2015, n° 13-28504, à paraître ; D. 2015. 2427, obs. D. ROBINE ; JCP G 2016, doct. 174, n° 5, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. Sociétés 2015. 515, note A. VIANDIER ; RTD Civ. 2015. 663, obs. P. CROCQ ; Dr. Sociétés 2015. comm. 147, note M. ROUSSILLE. : «serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social de la sûreté souscrite par une société à responsabilité limitée en garantie de la dette d'un tiers n'est pas, par elle-même, une cause de nullité de cet engagement». Le problème est de savoir si cet attendu couvre également le «détournement de pouvoirs» dont le tiers pouvait avoir connaissance, et qui est en principe sanctionné par la nullité (cf. F. DEBOISSY et G. WICKER, obs. préc. Rapp. le nouvel art. 1157, Ord. 10 févr. 2016).

à organiser une entreprise. En revanche, lorsqu'est en cause une société visant simplement à assurer la jouissance d'un bien, l'intérêt social ne semble pas transcender l'intérêt commun des associés¹. De plus, cette utilisation de la société comme propriété commune de jouissance est très ancienne, puisqu'elle existe depuis le droit romain (*societas unius rei*). La personnification générale des sociétés civiles, si elle était utile pour les sociétés menant une activité propre, gêne lorsque la société est utilisée comme propriété commune de jouissance².

398. Conclusion du paragraphe. L'attribution de la personnalité morale ne dépend pas d'un *critère* : c'est une technique à laquelle il est *plus ou moins* nécessaire d'avoir recours³. Le but de ce paragraphe était de montrer quels éléments concrets rendaient nécessaires cette technique (le degré d'activité contractuelle, la durée de la propriété commune), et ceux qui au contraire n'y étaient pas favorables (les risques d'interposition de personnes, l'usage des biens pour des objectifs individuels).

Il n'est donc pas certain que la personnification généralisée des sociétés civiles opérée dans les années 1890 ait été une bonne idée⁴. Comme beaucoup de travaux doctrinaux contemporains le soulignaient, il était possible de doter la société civile d'une forme d'autonomie patrimoniale qui l'aurait distinguée de l'indivision, sans pour autant la reconnaître comme personne morale à part entière, au même titre que les sociétés commerciales⁵.

1. Cf. P. DUPICHOT, « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 260, p. 621 : « un SPV, une structure de détention d'actif n'ont guère d'intérêt distinct de celui de leurs géniteurs ».

2. Comp. M. DAGOT et C. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus », *Rev. Sociétés* 1988, p. 1-58, n° 71. qui distinguent la « société-contrat », qui « réunit réellement des intérêts différents », et la « société-structure », « utilisée par un seul intérêt pour organiser des activités économiques ». L'usage personnel du crédit social ne devrait être annulé que dans le cas de la société-contrat, lorsque la collectivité des associés n'a pas admis cet usage.

3. J. HAMEL, « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, p. 141, p. 144 : la personnalité morale « n'est qu'un attribut juridique attaché à certains groupements ; elle aurait trouvé ses vraies limites en perdant cette importance démesurée que lui reconnaît trop souvent la Doctrine moderne ».

4. Cass. Req., 23 fév. 1891, S. 1892. 1. 73, note MEYNIAL ; DP. 1891. 1. 337. : « Il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres ».

5. V. surtout E. MONGIN, « Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité », *Rev. crit. leg. jur.* 1890, p. 697-725. ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique* :

Inutile, la personnification a pu se révéler *nuisible* lorsque les sociétés civiles sont des propriétés communes de jouissance, à l'instar de la SCI, qui sont très différentes dans leur profil socio-économique des propriétés communes d'entreprise, dont la société par actions forme l'idéal-type. Même s'il existe des adaptations, elles ne sont pas suffisantes pour éliminer toutes les tensions. D'où l'éternelle quête de transparence de la SCI : il aurait été plus simple de ne pas la personnifier¹.

De lege ferenda, il serait utile d'envisager une personnalité optionnelle, à l'instar de ce que prévoyait un projet de loi néerlandais². En fonction du but poursuivi et de leurs relations mutuelles, les associés pourraient choisir la création d'une personne morale, avec les avantages en termes de capacité transactionnelle, mais en contrepartie de la dépersonnalisation, ou bien s'en tenir à une forme sociale dotée d'un véritable patrimoine commun (et non une indivision comme dans la société en participation), mais qui laisserait intact le rapport direct des associés à leurs biens. Cela permettrait de donner aux sociétés familiales la transparence qu'elles désirent sans instituer des atteintes à la technique de la personnalité morale.

399. Conclusion de la section. On ne peut pas opposer simplement les propriétés collectives personnifiées et celles qui ne le sont pas. Car la personne morale dissimule deux techniques différentes, qui peuvent être dissociées et qui n'ont pas la même raison d'être : *l'autonomie patrimoniale*, qui protège l'affectation des biens à l'objectif fixé par les propriétaires en commun ; *la personnalité juridique*, qui permet de favoriser l'activité juridique *externe* (contrats, actions en justice). Les propriétés communes d'entreprise, typiquement la société par actions, sont à la fois *affectées* et développent une activité contractuelle. Voilà pourquoi empiriquement elles sont dotées d'un patrimoine autonome et d'une

Histoire et théories, Paris : Arthur Rousseau, 1910, p. 404 et s.

1. Pour une argumentation plus développée, v. F. MASSON, « La transparence et l'obstacle », *LPA* 9 fév. 2015, p. 7.

2. Ce projet de loi visait à refondre les dispositions applicables aux sociétés civiles en trois types : les sociétés occultes, les sociétés révélées et les sociétés révélées avec personnalité juridique. Pour bénéficier de la personnalité juridique, il aurait suffi d'une prévision en ce sens dans les statuts et l'établissement d'un acte notarié pour publication. Notons qu'avec ou sans personnalité juridique, les biens communs ne pouvaient pas être saisis par les créanciers personnels si la société était révélée.

personnalité distincte.

Les propriétés communes d'alliance sont affectées : les biens communs servent à l'activité individuelle des membres. En revanche, ces biens communs sont à usage interne, il existe peu d'actes juridiques portant sur eux. Voilà pourquoi les propriétés communes d'alliance (sociétés de personnes) sont toujours dotées d'un patrimoine autonome, mais pas nécessairement de la personnalité juridique (*partnership*). Et lorsqu'elles sont personnifiées, elles sont plus «trans-parentes» que les sociétés commerciales¹.

En revanche, dans les propriétés communes de jouissance, typiquement la SCI familiale, les coûts de la personnification l'emportent sur les avantages, au plan civil du moins (il faut reconnaître que les avantages fiscaux compensent largement, d'où le succès de la forme). Il faudrait donc à tout le moins permettre que la personnalité juridique soit optionnelle.

1. Le propos serait amplement confirmé en analysant le droit fiscal qui ne tient pas compte de la personnalité morale tant dans les propriétés communes de jouissance (v. par exemple à propos des sociétés immobilières de copropriété, l'art. 1655 ter, CGI) que dans les propriétés communes d'alliance (régime de l'impôt sur le revenu dans les sociétés de personnes). Pour un exposé de la gradation de la personnalité fiscale compatible avec l'approche présentée ici au plan civil, v. M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 39^e éd., LexisNexis, 2015, n° 696.

Conclusion du chapitre

«Car, supprimez seulement son point de départ, l'idée qu'une masse commune doit être ou le patrimoine d'une personne fictive, ou l'objet d'une indivision par quotes idéales entre individus, *et ne peut être que cela* — idée admise *a priori*, sans être recommandée ni par la vraie tradition historique, ni par la loi, ni par l'intention des parties, ni assurément par la préoccupation de fournir un point d'appui efficace à la pratique. — Vous dégagez, par cela seul, l'énigme autrement insoluble. Et il ne reste plus qu'à chercher, en pleine liberté, une mise en œuvre juridique de la notion élémentaire de patrimoine, qui concilie la volonté légitime des membres de la société avec les intérêts des tiers, sous le point de vue supérieur de l'intérêt général»¹.

400. La question du statut des biens communs n'a pas été appréhendée sous un angle théorique abstrait, en essayant de déterminer si les biens communs font partie du patrimoine de chacun des copropriétaires. Le problème doit s'envisager de manière plus concrète : les créanciers personnels peuvent-ils saisir les biens communs ? Dans quel cas est-il avantageux de les laisser faire, et dans quel cas faut-il le refuser ? Si cette approche pragmatique a été le fil conducteur de ce chapitre, c'est parce qu'historiquement elle a été au fondement de l'apparition des différents régimes possibles, et parce qu'elle seule permet de comprendre la diversité des solutions dans le champ des propriétés communes.

Si la matière peut se structurer autour de deux options fondamentales (les créanciers peuvent atteindre les biens communs ou non), ce qui ressort est surtout la gradation presque parfaite, qui va de la très grande transparence (communauté légale) à la forte autonomie (sociétés par actions). Aucun système n'est meilleur *per se*, tous procurent des avantages et génèrent des coûts supportés par les propriétaires ou les tiers. Le choix dépend donc des caractéristiques sociales et économiques des propriétés communes : les idéaux-types dégagés au chapitre

1. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. 1, LGDJ, 1919, p. 156.

précédent sont ici la clé de la compréhension de concepts comme l'autonomie patrimoniale ou la personnalité morale, dans toute leur relativité.

La propriété commune se caractérise par des biens communs ; mais le statut juridique de ces derniers dépend des formes particulières de propriété commune. Il en est de même avec les droits des propriétaires sur ces biens, appréhendés juridiquement par le concept de part.

Chapitre 2

Le statut de la part

401. À l'instar du temps chez Saint Augustin, la part pose un problème de définition au juriste : « Si personne ne me le demande, je le sais. Si quelqu'un pose la question et que je veuille l'expliquer, je ne sais plus »¹. Son importance dans la structuration de la propriété commune est évidente, puisqu'elle marque le point de rencontre entre l'individualité de chaque copropriétaire et le caractère commun des biens appropriés. Une approche globale de la notion de part, par-delà ses diverses formes, est donc nécessaire :

« C'est donc dans la quote-part, dans le rôle qu'on lui fait jouer, que se trouve la clef de la compréhension intime de la propriété collective : sous toutes ses formes, elle a besoin d'une quote-part qui représente les droits individuels, au moins par projection ; encore celle-ci n'est-elle pas la même chose selon les situations, qui oscille entre une conception réifiée qui la constitue comme bien, et une autre plus fluctuante où elle n'est que l'ombre portée de droits abstraits. Cette plasticité de la notion ne doit pas être réduite par une rationalisation hâtive, qui consacrerait implicitement la personnalité fugace des propriétaires »².

Unité et diversité, comme toujours : de même qu'il existe une notion unitaire de propriété commune englobant en son sein différentes formes juridiques, de

1. S. AUGUSTIN, *Les Confessions*, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1998, p. 1041.

2. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 323.

même il doit être possible de mener une analyse générale de la part (Section 1), permettant d'englober les différentes formes juridiques revêtues par les parts, de l'abstraction comptable au titre financier (Section 2).

Section I Analyse générale de la part

402. La part est «ce qui revient à quelqu'un»¹. En matière de propriété commune, elle est ce qui revient à chaque propriétaire dans la propriété commune. Il s'agit donc d'une notion spécifique au domaine de la propriété commune par-delà les formes qu'elle peut revêtir. Cette spécificité au sein du droit des biens apparaît tant au niveau de sa structure (§1) que de son régime (§2).

§ 1. La structure de la part

403. La part est une *synthèse des droits, devoirs et pouvoirs* attribués à chaque propriétaire en commun (A) dont la fonction est de *représenter une position juridique* (B).

A. Description de la part : une synthèse de droits, devoirs et pouvoirs

404. La part possède deux caractéristiques. Elle confère à son titulaire un certain nombre de droits, devoirs et pouvoirs : il s'agit de son contenu (1). Ces droits, devoirs et pouvoirs sont unifiés dans un objet unique (2).

1. Le contenu de la part

405. Toute propriété commune s'incarne dans une *forme juridique* qui répartit entre les propriétaires en commun les différentes prérogatives de la propriété, et plus généralement qui régit les relations entre copropriétaires quant à la gestion (au sens large) de leurs biens communs. Chaque propriétaire

1. *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, «Part».

reçoit donc selon la forme en cause une série de *droits, devoirs et pouvoirs*, incarnant la jouissance économique et juridique des biens communs. On peut donc généraliser l'affirmation faite par le Professeur Gastaud à propos du droit d'associé : la part «est un droit individuel qui se réalise dans un système collectif»¹. Par suite, une part ne peut pas être considérée indépendamment des autres parts : un droit de vote, un droit aux bénéfices ou un droit de jouissance n'ont de valeur qu'en prenant en compte les *autres* droits de vote, droits de jouissance, droits aux bénéfices. On ne peut pas évaluer *de manière isolée* les prérogatives d'un seul copropriétaire : il faut toujours prendre en compte le nombre de copropriétaires et les prérogatives dont ces autres bénéficient. C'est une première spécificité, mais non des moindres, si l'on rapproche la part d'un bien ordinaire ou d'un contrat ordinaire : la part ne peut jamais être envisagée *en soi et pour soi*. Elle est toujours le résultat d'une division de la propriété commune dont elle émane.

406. Il n'est pas nécessaire que les propriétaires en commun disposent du même type de parts, c'est-à-dire qu'ils aient tous des mêmes droits et devoirs. Les parts peuvent être *qualitativement* différentes : c'est par exemple le cas de la commandite, où les prérogatives (au sens large) diffèrent considérablement selon que l'on revêt la qualité de commandité ou de commanditaire. Il existe donc des formes de propriété commune *monistes*, où chacun des copropriétaires dispose des mêmes droits et devoirs et des formes *pluralistes*, où les parts peuvent être de nature distincte.

Certaines propriétés communes passent ainsi du pluralisme au monisme. C'est le cas de la communauté conjugale : avant la loi de 1985, les droits, devoirs et pouvoirs sur la communauté différaient selon le sexe. À l'inverse, la société par actions tend à devenir pluraliste, alors qu'elle était originellement marquée par un principe d'égalité des actionnaires, qualifié de «principe cardinal du droit des sociétés»². Les actions de préférence en sont le parfait symbole³.

1. J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977, p. 73.

2. M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées » in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 189–203, p. 189. L'auteur ajoute : «Il paraît certes ébranlé par la construction de la SAS et par l'invention des actions de préférence. Mais il n'en reste pas moins planté au cœur du droit des sociétés».

3. La libéralisation du droit des valeurs mobilières et l'introduction de la société par actions simplifiée a permis de considérablement différencier les statuts applicables aux action-

407. La licéité des actions de «dépréférence» donne une importance pratique à la question théorique du *contenu minimum* d'une part. Il est admis qu'il n'est plus possible de créer une part n'accordant qu'un droit de vote, ou un droit politique au sens général. L'action de «dépréférence» doit toujours comporter une prérogative de nature financière, c'est-à-dire soit un droit aux bénéfices, qui peut être hypersubordonné, soit un droit au boni de liquidation, qui peut aussi être hypersubordonné¹. En généralisant à partir du cadre sociétaire, on pourrait dire que la part doit toujours inclure un *émolument de la propriété* : soit un droit aux fruits, soit un droit sur le bien lui-même pendant la durée de la propriété commune ou après dissolution. En revanche, il est tout à fait possible de priver l'actionnaire de tout droit, même indirect, sur la gestion du bien, puisque les actions sans droits de vote sont possibles².

Quant au *contenu maximum*, une part peut conférer des droits exclusifs de jouissance et de gestion sur une partie des biens communs³. L'essentiel est que subsiste une situation de *concurrence* sur une partie de ces biens ; si tel n'est pas le cas, il n'y a tout simplement pas de propriété commune, mais des propriétés individuelles contiguës.

2. L'unification de ce faisceau et sa division en entités

408. Au sens juridique, la part n'est pas seulement la somme des droits, devoirs et pouvoirs attribués à chaque copropriétaire. La part *unifie* ce complexe de droits dans un objet unique. Cette opération s'apparente à la titrisation : il

naires d'une même société. Ainsi, l'art. L. 228-11 du Code de commerce dispose que «lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent». Sous réserve des limites imposées par le même article, plusieurs catégories d'actions peuvent être créées contractuellement au sein d'une même société. L'action de préférence n'est que la transcription dans le champ des sociétés par actions de la liberté des propriétaires de répartir comme ils le souhaitent entre eux les prérogatives et habilitations portant sur les biens communs. Ils ne sont pas tenus de répartir de manière homogène les habilitations, même si c'est souvent le cas.

1. Cf. B. MERCADAL, « Que faire des actions de préférence ? », *RJDA* 2006, p. 671, n° 27 : «on ne saurait voir une «action» dans un titre ne générant que des servitudes».

2. Les dispositions d'ordre public issues du droit commun de l'associé tempèrent cette privation : l'actionnaire de dépréférence a toujours le droit de participer aux décisions collectives (art. 1844, C. Civ) et il a le droit d'exercer l'action *ut singuli*.

3. V. n° 579 et s.

s'agit d'intégrer dans un bien unique différents droits juridiques. Comme le remarquent les Professeurs Le Cannu et Dondero : «Plus largement, toutes les parts de société, ou même de GIE, "titrisent" le droit des associés ou des membres sur le patrimoine de la personne morale. La société est donc, historiquement, la première technique de titrisation»¹ En fait, d'autres propriétés communes recourent elles aussi à cette technique d'assembler des droits de nature diverse dans un bien unique. N'est-ce pas ce qu'opère le lot de copropriété et, de manière plus discutée, la quote-part indivise² ? Toutes les parts ne sont pas des titres au sens technique du terme, loin s'en faut, mais le procédé est similaire : il s'agit de réunir en un bien unique un complexe de droits, d'obligations et de prérogatives³. Et si cette synthèse est nécessaire, c'est parce que la part a vocation à représenter une position juridique.

B. Qualification : la symbolisation d'une position juridique

409. Après avoir identifié la notion de position juridique (1), nous pourrions montrer que la part relève de cette catégorie (2).

1. La notion de position juridique

410. La notion de «position juridique» n'est pas reconnue par le droit positif, mais on en trouve des échos sous des noms différents ou dans des applications particulières.

Un premier rapprochement peut être fait avec la notion théorique de «situation juridique» conçue par Paul Roubier, qui l'envisageait comme une amélio-

1. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1115, p. 725, note 30. Adde V. MALASSIGNÉ, *Les titres représentatifs*, préf. d'A. GHOZI, Dalloz, 2016, n° 418 et s.

2. Comme le remarquait le Professeur Atias, être titulaire d'un lot de copropriété, «c'est être revêtu d'une triple qualité : celle de propriétaire divis d'un local, celle de propriétaire indivis d'éléments communs, celle enfin de membre de la personne morale» (C. ATIAS, « Propriété et communauté dans la copropriété des immeubles bâtis », *JCP G* 1980, I 2971., n° 11.).

3. Cf. M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. de D. BUREAU, Economica, 2009, n° 435. : «Le seul intérêt de la notion de titre pourrait bien être, en effet, de considérer l'ensemble des droits de l'associé comme une sorte d'universalité, ces droits étant réunis dans une coque abstraite que l'on appellerait titre. Et cette coque aurait pour principal effet de permettre le transfert en un bloc : elle constituerait donc, à condition de faire preuve d'une certaine abstraction, une objectivation des droits de l'associé par une pure fiction».

ration de la notion de droit subjectif : «la situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs»¹.

411. L'une des principales applications de la notion concerne la qualité de contractant. En effet, le contractant n'est pas seulement créancier ou débiteur. Il est aussi tenu par des normes impersonnelles, irréductibles à un lien d'obligation classique et peut être titulaire de prérogatives contractuelles ou droits potestatifs. La qualité de contractant, ou la situation juridique de contractant, est l'ensemble de ces éléments conférés par le contrat, que la doctrine appelle *position contractuelle*². Si la notion a vu le jour, c'est parce qu'il fallait donner un objet à l'opération de cession de contrat³. La position juridique ne se constate pas dans le monde ; c'est un objet construit par le juriste pour servir de support à une opération économique⁴.

412. En référence à cette application particulière, il est possible de différencier situation juridique et position juridique. La situation juridique est la simple description des droits, devoirs et pouvoirs attachés à une qualité juridique particulière : propriétaire, contractant, père, époux, etc. C'est une notion relevant de la théorie générale du droit. La position juridique est une notion de droit patrimo-

1. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. de D. DEROUSSIN, réimpr. Dalloz, 2005, p. 52. L'auteur poursuit : «or c'est là une position infiniment plus fréquente que celle de droits existant à l'état de prérogatives franches, ou de devoirs auxquels ne correspondrait aucun avantage».

2. Cf. T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC* 2013, p. 327, n° 11 : «La position contractuelle est un complexe de droits de créance et d'obligations qui constitue la condition d'un contractant et dont la teneur dépend de l'objet du contrat, et varie avec lui». V. également F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil : Contrats*, 1^{re} éd., PUF, 2014, n° 200 et s.

3. Cf. art. 1216, C. Civ. : «Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé». L'existence même de la cession de contrat, entendue comme opération unitaire, était auparavant contestée. En faveur d'une telle appréhension, v. L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. de P. MALAURIE, Economica, 1984, spec. n° 85 et s. Sur le débat, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3 : *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Sirey, 2011, n° 396 et s.

4. On peut contester que la position contractuelle soit un bien et analyser la cession de contrat comme la simple «succession de personnes dans un rapport juridique identique» (v. L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. de P. MALAURIE, Economica, 1984, p. 97.). L'opération même de cession suggère cependant que la qualité de contractant présente un caractère d'«appropriabilité» et de «commercialité», qui est la marque des biens. Cession spéciale d'un bien spécial ?

nial : il s'agit des situations juridiques qui tendent à s'ériger en biens, c'est-à-dire à rentrer dans la sphère de la commercialité. La position contractuelle est une position juridique, qui tend à permettre la transmission de la qualité de contractant ; la part est une position juridique, en ce qu'elle permet la transmission de la qualité de propriétaire en commun.

2. La part, un type de position juridique

413. Lorsque la qualité de propriétaire est détachable de la personne, alors la part tend à s'ériger en bien afin de s'offrir comme objet d'actes juridiques. Ce n'est pas toujours le cas : certaines formes de propriété commune, pour des raisons économiques ou sociologiques, n'admettent pas la circulation de la qualité de copropriétaire. Dans d'autres formes, la circulation des parts est au contraire essentielle : c'est le cas des droits sociaux, et plus particulièrement des valeurs mobilières. Or à cet égard, la doctrine a souvent rapproché la cession de droits sociaux de la cession de la qualité d'associé¹, de partie au contrat de société² ou de position contractuelle³. Ces analyses restent dans le cadre contractuel : la cession de parts tend à s'assimiler à une cession de contrat. Pourtant, des différences sont clairement observables⁴. C'est que nous avons affaire à deux espèces d'un même genre : la cession de parts n'est pas la cession de contrat, mais elles constituent toutes deux une cession de position juridique.

1. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 507.

2. V. notamment F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préf. d'Y. GUYON, Economica, 2002, n° 632. ; R. LIBCHABER, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717-736.

3. F. DEBOISSY, « Le contrat de société » in *Le contrat : journées brésiliennes*, Association Henri Capitant, Société de législation comparée, 2008, p. 119-146, n° 40. : « Si la qualité d'associé exprime incontestablement une position contractuelle, cette position contractuelle se matérialise par des titres sociaux, actions ou parts sociales. [...] La position contractuelle de l'associé constitue un bien ». V. aussi S. LACROIX-DE SOUSA, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. de M.-E. ANCEL, LGDJ - Varenne, 2011, n° 277 et s. qui analyse la cession de droits sociaux en cession de « position sociétaire », mais refuse de qualifier une telle « position sociétaire » de bien. L'auteur précise cependant qu'il est légitime de transmettre, nantir, louer, saisir une telle « position sociétaire ». Si ce n'est pas un bien, qu'est-ce ?

4. V. R. LIBCHABER, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717-736.

414. Car aujourd'hui, la cession de quote-part indivise présente une structure presque aussi complexe que la cession de droits sociaux : l'indivisaire ne reçoit pas seulement des prérogatives de propriétaire sur les biens indivis, mais aussi un droit de vote pour les décisions collectives régissant désormais la vie de l'indivision. Il faut donc remonter au-delà du contrat et analyser la cession de parts comme la cession de la position de propriétaire en commun dans une propriété commune donnée.

§ 2. La particularité de la part en droit des biens

415. Par-delà les classifications usuelles et centenaires, meuble et immeuble, corporel et incorporel, le droit des biens pourrait développer une théorie des biens spéciaux¹. Les parts, et plus généralement les positions juridiques, relèveraient d'une telle théorie². Deux caractéristiques les distinguent des biens ordinaires et rejaillissent sur leur régime. Leur origine : ce sont de pures créations de l'esprit juridique (A) ; leur valeur, qui reste toujours dépendante d'autre chose qu'eux (B).

A. Une création de l'esprit juridique

416. Dire qu'un bien est créé par l'esprit juridique veut dire qu'il n'existe que dans la sphère juridique. Ce sont des biens qui ne sont pas des choses, si l'on prend ce dernier terme comme désignant ce qui existe dans le monde physique ou social, à titre de «donné»³. Le fonds de commerce est un autre exemple de bien créé par l'esprit juridique. De cette liberté de création s'ensuivent deux

1. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3 : *Les biens*, 17^e éd., PUF, 1997, n° 46, p. 94 : «Il nous faudrait un droit des biens spéciaux, à côté de la théorie générale des biens — comme ailleurs il y a un droit des contrats spéciaux, qui en train de refouler la théorie générale de l'obligation.». Cette phrase a disparu dans la dernière édition du Traité. V. toutefois une remarque similaire à propos des seuls meubles, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, p. 1865.

2. Cf. à propos des valeurs mobilières, M. JEANTIN, « Le droit financier des biens » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 10.

3. La distinction ne recouvre pas le corporel et l'incorporel. Le nom de famille et l'unité de compte représentée par la monnaie sont des choses incorporelles qui ne sont pas créées par l'esprit juridique.

conséquences importantes : ce sont des biens optionnels, dont l'existence est subordonnée à un besoin juridique¹ (1) ; leur « acquisition originaire » présente une particularité (2).

1. Des biens optionnels

417. A priori, la part est un concept inutile : pourquoi vouloir unifier l'ensemble des droits, devoirs et pouvoirs reconnus à un copropriétaire dans un objet, au lieu de simplement dire que tel copropriétaire dispose de tel droit, devoir ou pouvoir ? Seul l'aspect non-juridique de la part, à savoir son aspect comptable, est toujours nécessaire. Il faut en effet lors des diverses opérations de partage (au sens large) calculer combien revient à chacun. Dans certaines formes de propriété commune, la part ne va guère au-delà. Ainsi, dans le mur mitoyen, la part ne fait qu'indiquer comment sont répartis les coûts de réparation et de reconstruction (art. 655, C. Civ). Il en est de même dans la communauté légale, où la part ne sert qu'à déterminer le *quantum* de la dette ou des biens qui échoient au moment du partage. Si la part n'est pas reconnue comme un bien dans ces formes, c'est tout simplement parce qu'il est *inutile de le faire*. Il n'est utile de qualifier une chose de « bien » que lorsque cette chose a vocation à faire l'objet d'opérations juridiques².

En généralisant, la part n'est pas reconnue comme bien dans deux sortes d'hypothèses : celle où la propriété commune est totalement fermée, c'est-à-dire où la position de copropriétaire est intransmissible pour des raisons économiques et/ou sociologiques (communauté légale) ; celle où la propriété commune est l'accessoire d'une propriété individuelle et où donc la position dans la propriété commune est accessoire à la qualité de propriétaire d'un bien (on pourrait parler de *position réelle accessoire*³). C'est le cas typiquement dans le mur mitoyen.

1. Le droit est libre de refuser qu'une chose du monde devienne un bien (corps humain), mais il ne peut rendre ces choses inexistantes.

2. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. « Quadrige », PUF, 2004, p. 93 : le droit ne considère pas les biens « tant d'après leurs caractères physiques que d'après leur utilisation pour les besoins des hommes - non pas tant *naturaliter* que *commercialiter*, comme écrivait Dumoulin au XVI^e siècle, c'est-à-dire : sous le point de vue des affaires, des relations économiques ».

3. Il s'agit d'une qualification plus juste (mais moins opératoire) que celle d'« obligation réelle accessoire », puisque la qualité de copropriétaire ne peut se réduire à des obligations.

418. Mais il suffit que le besoin économique ou sociologique de transmettre la position dans la propriété commune apparaisse pour que la part s'incarne dans un bien, susceptible de faire l'objet d'opérations juridiques. C'est précisément ce qui s'est produit avec la société : dans l'Antiquité et dans l'Ancien Droit, la position d'associé était intransmissible du fait du très fort *intuitus personae*. Les contrats de société indiquaient dès lors des parts purement comptables : on imaginait que l'ensemble du capital de la société était une livre d'argent, et on répartissait les droits de chacun en sols, sous-unité monétaire de la livre à l'époque¹. Ce n'est que lorsqu'on a voulu transmettre sa *position* dans une société que la part s'est constituée en bien autonome, jusqu'à former le droit social que l'on connaît aujourd'hui. Le droit social est toujours le produit d'une division de la masse commune, plus ou moins fine. Chacun des propriétaires en commun est réputé détenir plusieurs parts et non une seule part globale : cette divisibilité infinie, rendue possible par le caractère fictionnel de la part, permet d'opérer des cessions partielles. Un nouveau propriétaire est agrégé à la propriété commune parce qu'il a acheté une fraction de la position du cédant².

2. L'«acquisition originaire» des parts

419. Puisqu'elle est créée par l'esprit juridique, la part fait partie des biens qui naissent appropriés, comme la créance³. Une part non appropriée n'existe pas, tout simplement parce qu'elle représente la qualité de propriétaire en commun. Par conséquent, on peut devenir propriétaire de parts par prescription acquisitive, puisque la qualité de propriétaire en commun est susceptible d'être acquise par cette voie⁴. Mais les parts n'étant jamais des *res nullius*, l'occupa-

1. R. SZRAMKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 401.

2. C'est une différence importante entre la cession de parts et la cession de contrat, qui n'admet que très difficilement la cession partielle. La position contractuelle est généralement indivisible, alors que la position dans une propriété commune est au contraire généralement divisible.

3. Cette particularité des créances et des droits est un argument en faveur d'une stricte séparation entre les droits et les choses. V. en ce sens J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 149-180, n° 12. ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 491-2.

4. Cf. supra, n° 153 et s.

tion est *a priori* impossible¹.

420. Les parts disposent d'un mode d'acquisition originaire qui leur est propre : la naissance d'une propriété commune ou son élargissement par l'incorporation d'autres biens communs. Par conséquent, il n'est peut-être pas tout à fait exact — au plan théorique au moins — d'analyser l'émission de valeurs mobilières comme un acte translatif, car une opération translatrice suppose qu'un bien passe d'un propriétaire à un autre. Faut-il dès lors dissocier la *création* d'une valeur mobilière de sa *délivrance*² ? Le caractère « toujours déjà approprié » de la part suggère plutôt l'unification des deux opérations : la création de la part et la délivrance se confondent. Au jour de l'immatriculation, par l'effet de l'acceptation du contrat de société ou de souscription, apparaît dans le patrimoine de chacun des souscripteurs une valeur mobilière³. Dans cette optique, la souscription peut difficilement s'analyser en contrat, qui reste marqué par le modèle commutatif : la souscription consiste à intégrer un nouveau propriétaire en commun dans une propriété commune en formation ou déjà existante. C'est une adjonction, et pas un échange⁴. Puisqu'il y a accord de volontés, on peut dire que c'est un acte juridique, mais dont les effets dépassent très largement la simple création d'obligations : le souscripteur devient propriétaire en commun⁵.

1. On a pu rattacher le problème des « actions en déshérence » à l'occupation. La loi régit désormais explicitement le sort de ces actions sans titulaires connus aux articles L. 228-6 et L. 228-6-3 du Code de commerce, en permettant à la société de les vendre après un certain délai. Dans les autres cas, c'est de toute manière l'État qui devient propriétaire (art. L. 1126-1, CGPPP). Par conséquent, « nulle autre personne que l'État n'est susceptible d'acquérir des valeurs mobilières par occupation » (J. GRANOTIER, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. de D. COHEN, Economica, 2010, n° 164.).

2. V. en ce sens F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préf. d'Y. GUYON, Economica, 2002, n° 485 et s.

3. Il existe une divergence sur le moment de cette naissance. Pour certains auteurs, c'est l'inscription en compte qui marque la naissance du droit substantiel (D. R. MARTIN, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.* 1998, p. 15. ; F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préf. d'Y. GUYON, Economica, 2002, n° 497.) ; pour d'autres, l'inscription ne sert qu'à rendre opposable le droit substantiel, qui préexiste (F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 765, n° 21. ; H. LE NABASQUE, « Les actions sont des droits de créance négociables » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671–695.).

4. V. supra, n° 308.

5. En faveur de la qualification d'acte juridique, v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 651. Comp. J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2011, n° 311, maintenant une analyse contractuelle de l'opération : « L'accord de volontés intervenant entre l'adhérent et les alliés initiaux ne donne effectivement

B. La nécessaire dépendance à l'égard du tout : deux exemples

421. Même lorsque la part est reconnue par le droit comme un bien à part entière, elle conserve une très forte spécificité. En effet, un bien est en principe autonome : il suffit de le considérer isolément pour déterminer sa valeur, en fonction des utilités qu'il procure. Pour la part, cela est impossible : la valeur de la part dépend toujours de la propriété commune dans son ensemble.

Or cela pose un certain nombre de difficultés dans l'application des mécanismes usuels du droit civil, qui ont été élaborés en considération de biens autonomes. C'est le cas au stade de la formation du contrat, lorsque la part, objet du contrat, est mal évaluée (1). C'est aussi le cas en matière de responsabilité lorsque le préjudice invoqué est la perte de valeur de la part (2).

1. La mauvaise évaluation des parts

422. Lorsqu'un acquéreur de parts estime que le prix a été surévalué au regard de leur valeur réelle, il dispose des actions classiques visant soit à anéantir la cession, soit à obtenir la restitution d'une partie du prix. Parmi les différentes actions ouvertes, deux s'articulent mal avec les parts, en particulier aux droits sociaux : l'action en nullité pour erreur et la garantie des vices cachés ¹.

423. Selon l'art. 1110, «l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet». Par conséquent, l'erreur sur la valeur est indifférente, à moins que cette dernière ne découle d'une erreur sur la substance. La frontière, déjà difficile à tracer pour les biens usuels, l'est encore plus pour les parts. Qu'est-ce que la «substance» d'une part ? Dans une vision objective ², l'erreur sur la substance ne recouvre que l'erreur sur le contenu de la part, c'est-à-dire l'ensemble des droits, devoirs et pouvoirs dévolus au titulaire. Serait ainsi une erreur sur la substance le fait

naissance qu'à un seul nouvel engagement, celui de l'adhérent, qui vient s'ajouter ou plutôt s'agréger à ceux dont les alliés initiaux étaient d'ores et déjà tenus».

1. M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. de D. BUREAU, Economica, 2009, p. 216 et s.

2. Pour la différence entre conceptions objective et subjective, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 196.

d'acquérir une action de préférence au lieu d'une action ordinaire ou encore une part de société de construction d'immeuble à la place d'un lot de copropriété¹. L'hypothèse est rare².

La jurisprudence a cependant retenu une approche subjective, à savoir l'erreur sur les «qualités substantielles» de la chose, c'est-à-dire «celles que les parties ont eues principalement en vue». En matière de droits sociaux où la question se pose le plus fréquemment, il faut différencier la prise de participation minoritaire, à des fins d'investissement, de la prise de participation majoritaire, à des fins de contrôle. En effet, les parties n'ont pas la même chose en vue dans les deux cas. La cession d'actions minoritaires se rapproche économiquement d'une cession de créance. Il est donc difficile de trouver une erreur sur les qualités substantielles qui ne soit pas une erreur sur les motifs (le rendement espéré se révèle impossible à atteindre) ou une simple erreur sur la valeur. En revanche, la cession d'un bloc majoritaire est économiquement une cession du contrôle de l'entreprise. La jurisprudence en a donc tenu compte en admettant que l'erreur sur la substance des parts puisse résider dans des défauts objectifs de la société, à savoir l'impossibilité de réaliser son objet social³ ou l'indisponibilité d'un actif essentiel⁴. L'erreur sur les qualités substantielles de la part n'est ici rien d'autre que l'erreur sur les qualités du bien commun.

424. La même logique sous-tend l'application de la garantie d'éviction en matière de cession de droits sociaux. À considérer la part comme un bien autonome, l'éviction resterait cantonnée à des hypothèses marginales (le cédant qui tenterait de faire exclure le cessionnaire). En revanche, elle ne pourrait pas interdire au cédant de concurrencer la société dont les parts sont cédées. La jurisprudence adopte la solution inverse et révèle ainsi que la valeur de la part n'est

1. CA Paris, 8 juil. 1966, Gaz. Pal. 1967. 1. 33 ; RTD Civ. 1967. 383, obs. J. CHEVALLIER.

2. Cf. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 : *Le contrat - Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 1140.

3. Cass. Com., 1^{er} oct. 1991, n° 89-13967, Bull. n° 277 ; D. 1992. 1253, note VIRASSAMY ; Defrénois 1992, p. 578, obs. P. LE CANNU ; RTD Civ. 1992. 80, obs. J. MESTRE. ; Cass. Com., 7 fév. 1995, n° 93-14257, non publié ; D. 1996. 50, note BLASSELLE ; RTD Civ. 1995. 878, obs. J. MESTRE.

4. Cass. Com., 17 oct. 1995, n° 93-20523, Bull. n° 244 ; D. 1996. 167, note J. PAILLUSSEAU ; Defrénois 1996, p. 245, obs. P. LE CANNU ; RTD Civ. 1996. 148, obs. J. MESTRE.

rien d'autre qu'une fraction de la valeur commune de la société¹. Troubler la société est donc troubler le cessionnaire des parts de cette société.

425. En matière de garantie des vices cachés, la situation est plus contrastée. On peut déduire *a contrario* d'un arrêt que constituerait un vice caché dans une cession de contrôle l'impossibilité de poursuivre l'exploitation sociale² : «il y a ainsi une transparence civile de la société et un recul de l'écran que constitue la personne morale»³. En revanche, la jurisprudence refuse de considérer le passif fiscal de la société comme constitutif d'un vice caché affectant les parts, au motif que «la garantie prescrite par l'art. 1641 ne s'applique qu'à raison des défauts de la chose vendue elle-même»⁴. La justification paraît largement *ad hoc*, car elle est écartée en matière de garantie d'éviction et d'erreur sur la substance. La découverte d'un passif fiscal, dont le montant peut largement contrarier les objectifs voulus par le repreneur, semble donc rentrer dans la définition usuelle du vice caché⁵. Il est à cet égard révélateur que les parties s'organisent elles-mêmes par des conventions de garantie de passif⁶, preuve que la part n'est rien d'autre qu'une fraction de la société, et non un bien parfaitement indépendant. On peut donc s'interroger sur ce refus de qualifier de vice caché un passif ignoré de l'acheteur⁷.

1. Cass. Civ. 1^{ère}., 24 jan. 2006, n° 03-12736, Bull. Civ., n° 32 ; RDC 2006. 1183, obs. F-X. LUCAS. ; Cass. Com., 18 oct. 2011, n° 10-24808, non publié ; CCC. 2012, n° 3, note L. LEVE-NEUR.

2. Cass. Com., 12 déc. 1995, n° 93-21304, Bull. Civ. IV, n° 302 ; D. 1996. 277, note J. PAILLUSSEAU.

3. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, 2014, n° 394.

4. Cass. Com., 23 jan. 1990, n° 87-17521, Bull. Civ. IV, n° 23 ; Rev. Sociétés 1990. 248, obs. Y. GUYON ; D. 1991. 333, note VIRASSAMY.

5. J. HUET et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 11318 : «Le vice de la chose consiste dans le fait qu'elle n'est pas à même de rendre les services qu'on en attend».

6. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, 2014, n° 304.

7. Il n'est pas impossible que la solution jurisprudentielle soit une manière d'inciter les parties à s'arranger sur le sort du passif fiscal.

2. Le préjudice né de la perte de valeur des parts

426. La deuxième hypothèse où le particularisme de la part apparaît concerne la nature du préjudice de perte de valeur. Une jurisprudence constante en droit commun des sociétés considère en effet qu'un associé ne peut demander réparation du préjudice personnel qu'il subit du fait de la dépréciation de ses parts, suite à une faute du dirigeant. En effet, la Cour de cassation considère que ce préjudice de dévalorisation n'est que le «corollaire du dommage causé à la société» et n'a donc «aucun caractère personnel»¹. Le préjudice est collectif avant d'être individuel, ce qui oblige donc les associés à exercer l'action collective, à savoir l'action *ut singuli*. La solution contraire aboutirait à «une double indemnisation d'un préjudice unique»², puisque les parts n'ont pas une valeur distincte de celle de la propriété commune qu'elles représentent, *quand bien même elles sont juridiquement traitées comme des biens autonomes*.

427. Un arrêt récent semble s'éloigner de cette ligne jurisprudentielle en matière de SICAV, bien que l'arrêt manque de netteté³. Suite à un montage financier s'étant soldé par une importante moins-value, la Cour d'appel avait condamné l'auteur du montage (et non la société de gestion) à indemniser les actionnaires de la SICAV pour la perte de valeur de leurs actions. Elle est censurée pour défaut de base légale du fait de l'absence de caractérisation du lien de causalité, sans que la Cour de cassation relève l'impossibilité de réparer un préjudice individuel de dévalorisation des parts. Les commentateurs en ont donc déduit que la Cour n'était pas hostile dans le cas des SICAV à l'indemnisation de ce préjudice. L'explication avancée est celle de la plus grande transparence de la personnalité morale dans les SICAV. Économiquement, la SICAV est une propriété commune de jouissance qui a été mise sous forme sociétaire. L'actionnaire aurait donc un préjudice «direct» du fait de la dévalorisation, alors que le préjudice est plus indirect dans une société classique⁴. Le problème n'est cependant

1. Cass. Com., 1^{er} avr. 1997, n° 94-18912, non publié ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 650, note J-F. BARBIÉRI ; RJDA 5/1997, n° 659, chron. A. COURET.

2. F. DANOS, « La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire », RJDA 2008, p. 475.

3. Cass. Com., 12 juil. 2011, n° 10-24006, non publié ; RD Banc. et fin. 2011, comm. 211, I. RIASSETTO.

4. V. en ce sens M. STORCK, « La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 399-407, p. 406 : « Dans le droit commun

pas le caractère direct ou indirect du préjudice, mais son caractère individuel ou collectif. Comme la dévalorisation des parts d'OPCVM n'est que le reflet arithmétique de la dévalorisation des actifs communs, il n'y a pas de préjudice personnel distinct du préjudice collectif.

428. Conclusion de la section. Au terme de cette section, la part peut être définie de manière générale comme la représentation synthétique des droits, devoirs et pouvoirs attribués à un propriétaire en commun dans une propriété commune donnée. La part représente une position juridique, à savoir la position de propriétaire en commun. Elle est une émanation de la propriété commune, qu'elle représente dans le patrimoine individuel de chaque propriétaire en commun.

La représentation peut n'être qu'abstraite : la part n'est dans ce cas-là qu'un outil comptable pour déterminer ce qui revient au propriétaire en commun. Mais lorsqu'on éprouve le besoin économique ou sociologique de transférer la position de propriétaire en commun, alors la part s'érige en élément du patrimoine susceptible de faire l'objet d'actes juridiques. Par fiction, on répute que le propriétaire en commun a un droit de propriété exclusif sur sa position, que la part représente intégralement.

Que la part soit juridiquement assimilée à un bien ordinaire pour nombre d'opérations ne peut oblitérer sa structure fondamentale. Elle n'est qu'une synthèse de prérogatives complexes portant sur les biens communs et sur la propriété commune en général. Cela oblige le droit positif à arbitrer en permanence entre le respect d'une fiction souvent utile (la part est un bien comme un autre) et le respect de sa structure fondamentale (la part n'est que le résultat d'une division de prérogatives portant sur les biens communs)¹.

des sociétés, la perte d'actifs sociaux est source indirecte de préjudice pour l'actionnaire, car la valeur économique des actions n'est pas directement liée à la valorisation de l'actif net de la société : elle dépend d'autres facteurs tels que le cours de bourse, l'actualisation des flux (trésorerie, dividendes...), les transactions antérieures, la capitalisation du bénéfice disponible... En revanche, dans le droit de la gestion collective, la perte d'actifs de l'OPCVM peut être considérée comme étant un préjudice direct pour l'investisseur». L'argumentation est curieuse car le caractère indirect du préjudice de l'actionnaire «classique» est utilisé précisément pour permettre son indemnisation ! V. sur ce point S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. de P. LE CANNU, IRJS, 2009, n° 1124.

1. C'est pour cette raison que l'analyse de la cession de droits sociaux en termes de cession

Cette dialectique est une constante du régime des parts. Ainsi l'usufruit portant sur une part consiste à dissocier dans le faisceau de prérogatives celles qui seront attribuées au nu-propriétaire de celles qui seront attribuées à l'usufruitier¹. Le nantissement sur parts peut parfois conférer au créancier des droits dans la propriété commune². Il semble donc qu'un *droit commun de la part* existe. Sa mise en forme excède cependant le cadre de la présente étude : l'essentiel pour nous est de montrer l'unité de structure de la part, au-delà des qualifications diverses qu'elle peut revêtir (une quote-part indivise n'est pas une action). C'est ce pluralisme des formes qui doit maintenant retenir notre attention.

Section II Les formes juridiques revêtues par la part

429. La part est une enveloppe dont le contenu est au minimum composé des émoluments de la propriété sur les biens communs. Le contenu de cette part est cependant variable : il dépend du type de propriété commune. L'indivisaire ne reçoit pas les mêmes prérogatives que le copropriétaire d'un fonds commun de placement ou un quirataire. La seconde partie de la thèse analysera ces différences de contenu.

Il existe également des différences de *forme* entre les parts. Indépendamment des prérogatives conférées, une quote-part indivise ne reçoit pas la même qualification qu'une action. Le but de cette section est de montrer que ces différences proviennent d'un seul facteur : le besoin de faire circuler la position de proprié-

de contrat, ou de position sociétaire, si elle est exacte et explicative, est tout de même *régressive*. Le droit a transformé la position en bien (la part) pour simplifier considérablement la circulation des positions. Il ne faut pas chercher à *repartir en arrière*, en niant le fait que la part soit un bien autonome.

1. A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. de T. REVET, Dalloz, 2013.

2. V. en matière sociétaire la possibilité de demander la nomination d'un «observateur de gestion» si la valeur du gage est menacée (Cass. Com., 19 déc. 1989, n° 88-15.270, non publié ; Dr. Sociétés 1990, n° 157, obs. E. L.). Comme le note un auteur, «cette possibilité a certes beaucoup surpris, puisqu'elle ne correspond ni plus ni moins à l'intrusion d'un surveillant au sein de la société dans l'intérêt individuel d'un tiers à celle-ci»(F. JACOB, « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et patr.* 2007, n° 161, p. 74.).

taires en commun. La part n'existe comme bien que lorsque ce besoin existe ; l'intensité de ce besoin va déterminer la qualification dont la part sera revêtue.

430. De même qu'il existe une gradation dans l'autonomie de la masse commune, il existe une gradation dans la consistance juridique des parts : plus la part a vocation à circuler, plus elle tend à se rapprocher d'un bien usuel. À un extrême, la part tend à se confondre avec les biens communs ; à un autre, elle tend à exister en soi et pour soi¹. Entre les deux, il est possible d'établir un *continuum*. Ainsi, l'examen des parts dans les formes classiques de propriété commune (§1) fera ressortir la nécessité d'envisager les droits sociaux, même les titres financiers, comme des parts dans une propriété commune (§2).

§ 1. Le principe : la part assimilée à un droit réel

431. Puisque la part est la représentation de la qualité de propriétaire en commun, elle s'apparente à un droit réel au sens où la théorie classique l'entend². Comme tous les droits, la part devient meuble ou immeuble par l'objet auquel elle s'applique³. La part est immobilière si le bien commun est immobilier ; elle est mobilière dans le cas contraire.

De même que ce droit réel absolu qu'est la propriété tend à se confondre avec l'objet sur lequel il porte, de même la part tend à se confondre avec les biens communs eux-mêmes. Cette confusion peut déboucher sur deux situations. Soit les biens communs tendent à éclipser l'existence de la part, c'est ce qui se produit dans l'indivision ; soit à l'inverse ce sont les parts qui tendent à éclipser le

1. La présence ou non d'une personne morale est indifférente. Les parts émises par les OPCVM sont toutes des titres financiers ; les quirats n'ont pas changé de nature après la personification de la copropriété de navires.

2. La part tient une place modeste, voire quasi inexistante, pour la théorie rénovée : en l'absence de personne morale, on est propriétaire des biens communs au sens de l'art. 544 (modèle de l'indivision classique) ; en présence d'une personne morale, on est propriétaire d'un titre contre cette dernière. Tout se réduit *in fine* à un droit de propriété classique, portant soit sur les biens communs, soit sur un bien autonome. Sur la critique de cette alternative, v. supra, n° 124 et s.

3. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, n° 712. Pour une vue plus sceptique de ce principe, v. R. LIBCHABER, « Biens », *Rép. civil Dalloz*, 2009, n° 173.

bien commun : c'est ce qui tend à se produire dans la copropriété des immeubles bâtis.

A. La quote-part indivise

432. Peu d'institutions en droit positif suscitent autant de perplexité quant à leur nature juridique que la quote-part dans l'indivision. Elle semble résister à toutes les tentatives de rationalisation qui ont été faites au cours du siècle dernier et à l'heure actuelle. Elle se complaît dans un entre-deux : si elle peut faire l'objet d'actes juridiques, elle manque par ailleurs d'autonomie par rapport aux biens communs. Au vu des échecs passés, peut-être vaut-il mieux accepter cette ambiguïté et chercher à l'expliquer. La quote-part semble être un "quasi-bien", ce que le régime du nantissement de quote-part permet de confirmer.

1. La quote-part indivise, un "quasi-bien" ?

433. Si la doctrine majoritaire considère que la quote-part est un bien autonome¹, une minorité lui refuse la qualification de bien², tandis qu'une autre minorité l'analyse dans le cadre de la personnification en cours (ou non assumée) de l'indivision³.

434. L'hésitation vient sans doute de la nature structurellement ambiguë de la quote-part indivise.

1. De manière nette : C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 290 bis. Y. STRICKLER, *Les biens*, 1^{re} éd., PUF, 2006, n° 339. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 570. ; plus implicite : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les Biens*, 2^e éd., 2010, n° 471. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 692.

2. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. de L. AYNÈS, LGDJ, 2007, n° 1304 : «cette part n'est qu'une allégorie servant à désigner la chose elle-même, telle qu'elle est juridiquement, c'est-à-dire en indivision. La quote-part n'est pas un objet de propriété». ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 160-5 : «La quote-part indivise, qui exprime la quotité attribuée à chaque indivisaire dans le partage, et qui n'est pas autre chose qu'une donnée comptable, joue donc un rôle important pendant la durée de l'indivision. Cela ne justifie pas pour autant de la faire accéder à la vie juridique en l'érigeant en chose incorporelle». ; v. également L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective » in *Livre du Centenaire*, 1904, p. 373.

3. V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 355. : «On est en droit désormais d'affirmer, sans commettre d'incorrection, que l'indivisaire est propriétaire de sa part : la raison en est qu'il n'est plus propriétaire d'autre chose depuis que l'indivision est devenue la propriété d'une personne morale qui le transcende».

D'un côté, elle peut faire l'objet d'une cession. Le droit positif distingue clairement la cession de quote-part, c'est-à-dire la cession de la position d'indivisaire, de deux autres figures : la vente d'un bien indivis par un seul indivisaire (opération irrégulière), la cession d'un droit indivis sur un bien particulier de l'indivision (opération aléatoire)¹. Or à partir du moment où l'abstraction qu'est la part devient objet d'un acte juridique, il devient nécessaire de l'assimiler à un bien².

D'un autre côté, la reconnaissance de la quote-part comme bien paraît contradictoire. En effet, l'indivisaire semble investi d'un double droit : un droit de propriété exclusif sur la quote-part ; un droit de «copropriétaire» portant sur les biens indivis eux-mêmes.

En réalité il n'en est rien car la quote-part n'est pas autre chose que la représentation de ce droit de copropriétaire. Simplement, il est utile de réifier la position d'indivisaire pour la soumettre à la figure classique et rassurante de la cession. L'indivisaire se voit attribué un ensemble unique de droits, qui peut être réifié pour les besoins d'une opération, et ne pas l'être sinon.

Telle est la spécificité de la quote-part indivise qui n'est pas un bien autonome, mais qui s'apparente plutôt à un «quasi-bien»³. L'examen du régime des sûretés sur quote-part permet de le vérifier.

2. Les limites de l'autonomie : les sûretés sur quote-part

435. Lorsque l'art. 815-17 al. 2 dispose que «les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis», «part» ne désigne pas un bien, mais la fraction comptable des biens indivis. Les créanciers personnels ne peuvent pas saisir les biens indivis, même pour la fraction comptable de leur débiteur. Après quelques hésitations du fait de cette insaisissabilité, la ju-

1. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les Biens*, 2^e éd., 2010, n° 491.

2. C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *APD* 1979, 24, p. 259-272, p. 271 : «Si le droit reconnaît une certaine construction comme existante, celle-ci commence à exister. De même lorsque le droit reconnaît une chose comme étant un bien juridique, cette chose commence à l'être. L'ontologie des choses juridiques, comme d'ailleurs celle de toutes les autres choses sociales est suspendue au fil délicat de la reconnaissance».

3. R. LIBCHABER, *D.* 2002, p. 2557.

risprudence a validé l'opération de la sûreté constituée sur la part. L'indivisaire, individuellement, peut donc constituer une sûreté sur sa part.

436. Toutefois, le terme est encore trompeur, car il ne s'agit pas d'une sûreté dont l'assiette serait constituée par la quote-part, comme la part sociale est l'assiette du nantissement de parts sociales. Il s'agit en réalité d'une sûreté *aléatoire* portant sur des biens communs et non sur la position d'indivisaire¹. Le succès de la sûreté réelle dépendra des résultats du partage, comme l'article 2434 le prévoit dans le cas de l'hypothèque². Un gage sans dépossession ou un nantissement peuvent être pareillement inscrits sur des biens indivis, avec le même caractère aléatoire³. L'inconvénient d'une telle méthode est d'obliger le créancier à prendre des sûretés sur tous les biens indivis afin d'augmenter ses chances de maintenir sa sûreté au jour du partage.

437. Ce qui ouvre une interrogation : peut-on constituer une sûreté réelle sur la quote-part elle-même, considérée en tant que bien incorporel ? L'opération ne serait utile qu'en matière de convention d'indivision à durée déterminée : c'est seulement dans ce cas que la part du débiteur est en effet saisissable (art. 1873-15 al. 2, C. Civ.)⁴, ce qui peut inciter un créancier à se ménager un droit de préférence non pas sur les biens indivis, mais sur la position d'indivisaire.

1. Cf. Cass. Civ. 3^{ème}, 21 oct. 1980, n° 79-11163, Bull. Civ. n° 160 ; JCP N 1981 II. 57, note STEMMER ; RTD Civ. 1984. 348, obs. J. PATARIN. : Après un partage, les parts divisées avaient été transformées en lots de copropriété. Invoquant le principe de spécialité de l'hypothèque, le pourvoi faisait valoir la nécessité de réitérer l'inscription de l'hypothèque. Rejet : l'assiette de l'hypothèque n'a pas été modifiée car l'hypothèque portant sur la part porte en réalité sur l'immeuble.

2. À cet égard, il importe peu que l'inscription ait été prise pour la totalité de l'immeuble ou seulement à concurrence des droits indivis. Dans les deux cas l'hypothèque ne sera efficace que si l'immeuble se retrouve dans le lot du débiteur, et dans les deux cas l'hypothèque portera sur la totalité de l'immeuble (L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière*, 7^e éd., LGDJ-Lextenso, 2013, n° 668.). La similitude des régimes brouille la différence théorique entre disposer d'un bien commun et disposer de sa part, ce qui est courant dans l'indivision (v. *infra*, n° 614 et s.).

3. C. ALBIGES, « Indivision (Régime légal) », *Rép. civil Dalloz*, 2015, n° 153 et s.

4. V. en ce sens, R. PERROT, *RTD Civ.* 2002, p. 150, obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 4 oct. 2001 et Cass. Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2001. p. 151, pour qui dans tous les autres cas la quote-part, entendu comme un bien indépendant des biens indivis, est insaisissable. Comp. J. PATARIN, *RTD Civ.* 1989, p. 792, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1989. p. 793, pour qui la quote-part devient saisissable dès lors qu'il existe un obstacle quelconque au partage, que ce soit une raison listée à l'art. 815-1 ou un sursis.

La qualification de cette sûreté reste incertaine : doit-on prendre en compte la nature des biens communs (meubles/immeubles), ou appliquer dans tous les cas le régime du nantissement, en considérant que la quote-part est dans tous les cas «un bien meuble incorporel» (art. 2355, C. Civ.) ?

B. Le lot de copropriété

438. Alors que dans l'indivision, la part reste profondément attachée aux biens communs, dans la copropriété la part s'est totalement détachée du bien commun (l'immeuble) au point de ne plus être perçue comme une part, mais comme un objet parfaitement autonome : le lot de copropriété. L'enveloppe, objet de propriété individuelle, dissimule le contenu, à savoir des prérogatives ne prenant leur sens qu'au sein d'une propriété commune. Aussi faut-il rappeler que le lot de copropriété n'est qu'une part dans une propriété collective, ce qui permet d'expliquer la spécificité des actes portant sur le lot.

1. Le lot de copropriété, part dans une propriété collective

439. Dans l'esprit de la loi de 1965, le lot de copropriété est composé des parties privatives et d'une quote-part sur les parties communes. En réalité, le lot a une structure plus complexe : il réunit tout un faisceau de droits, devoirs et prérogatives. Le copropriétaire dispose en effet également d'un droit de vote aux assemblées, du devoir de payer une portion des charges communes et d'éventuels droits particuliers, comme par exemple des droits de jouissance exclusif sur les parties communes ¹. Le lot de copropriété représente la position de copropriétaire dans un immeuble en copropriété ; en d'autres termes, le lot de copropriété est le

1. L'art. 2429 du Code civil, en décrivant l'assiette de l'hypothèque du lot de copropriété, définit implicitement le contenu de ce lot, dont la consistance peut varier dans le temps. C'est pour cette raison que l'article précise que les «créanciers inscrits exercent leurs droits sur ladite quote-part prise dans sa consistance au moment de la mutation dont le prix forme». Cette précision a simplement pour but de permettre des actes de disposition sur les parties communes quand bien même un lot serait grevé. Mais lorsque la sûreté se réalise, il va de soi que la valeur de la quote-part des parties communes doit être incluse dans le prix (C. A. THIBIERGE, « La loi du 2 janvier 1979 relative aux droits grevant les lots d'un immeuble en copropriété », *Defrénois* 1979, p. 432.).

nom que prend la part dans cette forme particulière de propriété commune qu'est la copropriété des immeubles bâtis.

Adopter une telle analyse revient à considérer *l'intégralité de l'immeuble*, parties privatives comprises, comme objet de la propriété commune. C'est réactualiser une vieille analyse de la copropriété esquissée au XIX^e siècle par Pardessus et Proud'hon, à savoir celle de «l'indivision généralisée»¹. Réactualisation, car la copropriété n'est pas une indivision : c'est une forme spécifique de propriété commune². Les objections relatives à l'absence de partage ou d'application du droit de préemption tombent. Reste une objection plus fondamentale : si effectivement c'est l'immeuble entier qui fait l'objet d'une propriété commune, alors chacun des copropriétaires devrait avoir vocation à user de la totalité de l'immeuble. L'objection ne tient pas, car la propriété commune n'est pas du tout incompatible avec l'attribution de sphères d'exclusivité aux propriétaires en commun. Il ne faut pas confondre l'appartenance commune avec les pouvoirs sur les biens communs qui peuvent être accordés à un seul propriétaire en commun. Ainsi, dans le mur mitoyen, chacun des voisins a un droit de jouissance exclusif sur son pan de mur et pas sur celui de son voisin. Une telle analyse unitaire est donc possible³.

440. Elle est même préférable à l'analyse unitaire «classique», qui part des lots de copropriété et tente de les faire tenir ensemble avec la colle de la personne morale ou de la destination de l'immeuble. Le phénomène est encore le même que dans l'indivision ou dans l'obligation solidaire : après avoir minutieusement tout réduit à de l'individuel, on réintroduit le commun en phase finale, à titre de particularité, de mal nécessaire⁴. Il faut inverser la perspective et *assumer la*

1. Sur cette analyse v. F. BAYARD-JAMMES, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier*, préf. de D. TOMASIN, LGDJ, 2003, n° 70 et s.

2. Comp. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 627 : «La copropriété ne serait donc autre chose qu'une indivision dérogatoire au droit commun, en ce qu'elle est exclusive d'un partage et dotée d'une organisation particulière».

3. C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 723. qui considère cette solution comme «la seule logique» bien qu'elle n'ait «pas été choisie par le législateur français».

4. V. par exemple H. PÉRINET-MARQUET, «La copropriété entre respect et adaptation du droit civil» in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 789-801, p. 794 : «Le copropriétaire est avant tout un propriétaire comme un autre dont les droits ne dérogent pas à ceux prévus par le Code civil que lorsque le législateur n'a pu faire autrement compte tenu du caractère collectif

propriété commune. Le copropriétaire est toujours soumis à la collectivité pour certaines opérations affectant les parties privatives et même ses éventuels droits de jouissance exclusifs¹. La valeur de son lot dépend en grande partie non seulement des parties communes, mais aussi des autres parties privatives ! *L'immeuble est un*², et les parties privatives *sont simplement des sphères d'exclusivité détachées du commun*³. La meilleure preuve est que la présence de parties privatives n'est plus une condition à l'existence d'un lot de copropriété, et que la jurisprudence n'arrive plus tellement à faire la différence entre les parties privatives et les droits de jouissance exclusifs sur les parties communes, notamment dans le cadre de l'usucapion⁴.

441. Admettre que le lot n'est qu'une part permet de clarifier une difficulté mise en lumière par le Professeur Simler : «La thèse unitaire débouche en effet sur une question non résolue : celle de la nature juridique du droit exclusif et cessible de jouissance reconnu aux copropriétaires sur leur lot. Nier la qualification de droit réel paraît impensable»⁵. Le lot est une part, une réification de la position de copropriétaire. Ce bien est immobilier, car la part porte sur un bien immobilier⁶. Le copropriétaire est à la fois propriétaire (exclusif) de son

de la vie dans l'immeuble». V. cependant C. ATIAS, « Copropriété des immeubles bâtis », *Rép. civ. Dalloz*, 2016, n° 69 : «La propriété des articles 1er, 2 et 4 de la loi du 10 juillet 1965 n'est pas la propriété de l'art. 544 du Code civil».

1. Cf. Cass. Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2013, n° 12-23670, Bull. Civ. n° 166 ; D. 2014. 81 ; Gaz. Pal. 2 mars 2014, p. 23, note M. PARMENTIER ; Defrénois 2014. 497, note L. TRANCHANT ; RTD Civ. 2014. 402, obs. W. DROSS. : «le droit de jouissance privatif d'une partie commune, attaché par le règlement de copropriété à un lot, ne peut être cédé en tout ou partie au propriétaire d'un autre lot qu'avec l'accord du syndicat des copropriétaires». Le droit de jouissance exclusif ne peut donc être considéré comme un droit réel autonome ; il est intégré dans la part dévolue à chaque copropriétaire, ce qui justifie le contrôle exercé par la collectivité.

2. C. ATIAS, « Copropriété des immeubles bâtis », *Rép. civ. Dalloz*, 2016.

3. L'art. 2 de la loi de 1965 définit les parties privatives comme «les parties des bâtiments et terrains *réservées* à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé». Cette formulation serait parfaite s'il n'y avait pas un second alinéa, inutile et contradictoire avec le premier : «Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire». Comme l'a noté un auteur, cette expression «est doublement vicieuse : elle ne convient ni à l'objet ni au contenu des prérogatives d'un copropriétaire» (H. SOULEAU, « Le droit de disposer d'un lot dans un immeuble en copropriété » in *Mélanges J. Flour*, p. 430.).

4. I. DEGAGE, « La distinction entre la propriété et la jouissance exclusive d'une partie commune acquise par la prescription », *Defrénois* 2012, p. 179.

5. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 628.

6. La Cour de cassation a qualifié le lot de copropriété d'immeuble par nature (Cass. Civ. 3^{ème}, 15 nov. 1989, n° 87-18188, Bull. Civ. n° 213 ; D. 1990. 216, note C. GIVERDON et P. CA-

lot et copropriétaire de l'immeuble : il n'y a ni dédoublement ni contradiction, car le lot n'est que la représentation de sa position de copropriétaire pour accomplir certains actes. Il est tout à fait vrai que la propriété du lot «ne comporte pas la plénitude normalement attachée au droit de propriété»¹. Mais c'est que le lot n'est pas un bien ordinaire, comme le serait un immeuble classique : c'est une part, toujours soumise à la collectivité, comme toutes les parts. Admettre que le lot est une part est le seul moyen de concilier les logiques individuelle et collective à l'œuvre dans la copropriété des immeubles bâtis.

2. Les opérations sur le lot

442. La copropriété des immeubles bâtis est une forme de propriété commune assez individualiste, au sens où elle accorde beaucoup de droits exclusifs à chacun des copropriétaires — d'où la tentation de l'analyser via la propriété individuelle². Quand bien même le lot comporterait beaucoup de droits exclusifs sur certaines parties du bien commun, il n'en reste pas moins une part, toujours soumis à la collectivité dont il émane.

443. Ainsi, si le lot peut en principe être librement cédé, cette liberté n'est pas totale. Elle peut être contrariée par les autres copropriétaires : s'ouvre alors un conflit classique entre le droit de disposer de sa part et les restrictions qui peuvent y être légitimement apportées en fonction de la nature socio-économique de la propriété commune³. À suivre l'analyse individualiste, le copropriétaire doit avoir une liberté totale dans l'aliénation de son lot, en vertu de l'art. 544 du Code civil. Il n'en est rien car il reste toujours soumis au respect de

POULADE ; RTD Civ. 1990. 304, obs. F. ZENATI.).

1. C. GIVERDON et P. CAPOULADE, *D.* 2005, p. 1136.

2. À cet égard, est très contestable la jurisprudence considérant que si les indivisaires d'un immeuble transforment leurs quotes-parts en lots de copropriété, l'opération doit s'analyser comme un partage (Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juin 1960, Bull. I, n° 37, D. 1960. 477, note R. SAVATIER. Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mar. 1987, n° 85-14990, non publié ; JCP G. 1987 IV 172, Rev. loyers 1987, n° 282.). Le partage suppose en effet la fin de toute propriété commune, ce qui n'est pas le cas, car on ne fait que *changer de forme juridique*. C'est une *transformation*, au sens donné plus haut (supra, n° 301 et s.). À la rigueur, une application *par analogie*, limitée et justifiée du droit du partage peut être compréhensible au vu de la structure plus individualiste de la copropriété.

3. À titre d'exemple hors de la copropriété, il suffit d'examiner la validité des clauses d'agrément ou de préemption selon les formes sociales. Parfois la loi impose de telles clauses, parfois elle interdit leur introduction !

la destination de l'immeuble. La jurisprudence, bien que sévère dans l'appréciation des restrictions à la liberté de disposer, valide cependant les clauses restrictives du règlement si elle les estime justifiées et considère même que la destination de l'immeuble peut en soi empêcher une opération patrimoniale, même en l'absence de clauses expresses dans le règlement ¹.

444. L'affaire des servitudes entre lots est un autre exemple de la spécificité de ces biens ². Même si la part est réifiée dans un lot et qu'il est utile de faire comme si le copropriétaire était propriétaire de son lot, les copropriétaires *ne sont pas* des propriétaires distincts marqués par un fort degré d'altérité. Ils font partie de la même propriété commune ; ils sont copropriétaires.

Pour autant, il n'est pas illégitime par pragmatisme d'admettre la constitution de telles servitudes. En effet, les copropriétaires disposent chacun d'une sphère d'exclusivité sur une partie de leur fonds. Cela peut donc être *assimilé*, par analogie, à une propriété individuelle si, en pratique, la constitution des servitudes présente plus d'utilités que d'inconvénients. On peut donc regretter non la solution, mais la formulation de l'arrêt du 30 juin 2004, qui est théoriquement erronée : il n'est pas tout à fait exact que les parties privatives sont «des héritages appartenant à des propriétaires distincts» ³. L'autorité de l'arrêt aurait été renforcée, et non amoindrie, si la Cour avait admis l'utilisation des servitudes par analogie. L'immense avantage d'un tel procédé est qu'il permet de prendre dans le régime des servitudes ce qui est utile, de délaisser ce qui n'est clairement pas applicable à la situation de copropriété, et qu'il n'incite pas à nourrir le contentieux sur d'autres sujets par des prises de position théoriques trop marquées ⁴.

1. Pour un exemple récent, v. Cass. Civ. 3^{ème}, 9 juin 2010, n° 09-14206, Bull. Civ. n° 116, D. 2011. 199, obs. C. ATIAS et P. CAPOULADE.

2. Le problème des servitudes établies entre parties privatives et communes a été abordé *supra*, n° 299.

3. Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004, n° 03-11.562, Bull. Civ. n° 140 ; D. 2005. 1134, note C. GIVERDON et P. CAPOULADE ; Defrénois 2005. 1180, obs. C. ATIAS ; RTD Civ. 2004. p. 753, obs. T. REVET.

4. Sur les incertitudes provoquées par cet arrêt, notamment en matière de bornage ou de servitude par destination du père de famille, v. C. GIVERDON et P. CAPOULADE, D. 2005, p. 1134, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004. p. 1136 et s.

445. Conclusion du paragraphe. Les exemples classiques de l'indivision et de la copropriété illustrent la particularité de la part. La part n'est pas autre chose que la représentation dans un objet unique de toutes les prérogatives attachées à la position de propriétaire en commun. En théorie, on ne peut distinguer les droits *sur* la part et les droits *sur* les biens communs, tout simplement parce que la part n'est composée que de droits sur les biens communs. Cela entraîne donc soit une insistance sur la part, comme dans le lot de copropriété, au point que l'on en oublie qu'il s'agit d'une part, soit une insistance sur les droits sur les biens communs, la part ayant alors du mal à parvenir à l'existence (indivision).

Théoriquement, la part n'est pas un objet qui puisse exister à côté ou *indépendamment* de la propriété commune et du propriétaire. Car la part n'est que la position du propriétaire dans une propriété commune, et *rien de plus*. Mais *en pratique*, le droit a besoin de réifier cette position pour la faire circuler, de la dissocier en objet autonome et de créer un droit (individuel) sur la part qui semble se distinguer des droits sur les biens communs. Telle était la fiction fondatrice : réifier une position en bien ou en droit cessible, qui cependant conserve la même nature que les biens communs.

Une seconde étape peut être franchie avec un autre niveau de fiction qui consiste à dissocier la qualification de la part de celle des biens communs dont elle émane. Non seulement la part existe en tant que bien autonome, cessible, mais ce bien a une nature différente de celle des biens communs. La circulation des parts peut augmenter ; le risque d'oublier leur nature profonde également.

§ 2. L'autonomisation des parts : l'assimilation à un droit personnel

446. En toute logique, la part doit revêtir la même nature que les biens communs. La vente d'un immeuble par un seul propriétaire est une opération immobilière ; on ne comprendrait pas comment la pluralité de vendeurs, détenant chacun une part dans cet immeuble, pourrait transformer l'opération en vente mobilière.

Pourtant, certaines formes de propriété commune vont rompre avec le droit

commun. La part, considérée en tant que bien, va recevoir une qualification juridique indépendante de la nature des biens communs. C'est ce qu'opère le célèbre article 529 du Code civil en disposant que «sont meubles par détermination de la loi [...] les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies». Du fait de cette transformation puis de la généralisation de la personnalité morale, il a été tentant de considérer qu'un lien avait été rompu : les droits sociaux sont autre chose que des parts dans une propriété commune. Ce sont des droits personnels, peut-être d'un genre particulier, mais qui n'ont plus rien de commun avec la quote-part indivise ou les autres formes de propriété collective.

L'objectif de ce paragraphe est de ramener les droits sociaux dans leur famille : ce sont des formes particulières de parts. Pour le montrer, il s'agit de comprendre les raisons de la «mobiliérisation» des droits sociaux (A) et l'absence d'impact de la forme donnée à «l'enveloppe» sur la nature des droits sociaux¹ (B).

A. «Meubles par détermination de la loi»

447. L'article 529 du Code civil marque une étape importante dans l'histoire des sociétés et dans l'appréhension de la nature des droits sociaux. Il faut donc analyser les raisons de l'adoption de cet article et ses limites.

1. Les raisons de la mobiliérisation des parts

448. En l'absence d'intervention législative, toute part portant sur un immeuble est elle-même immeuble. Cela entraîne donc un formalisme assez important dans la cessibilité des parts, notamment pour les propriétés communes d'entreprise. D'où une tentation de donner une nature mobilière aux parts. Le problème se pose dès l'Ancien Droit, soit bien avant toute personnification des sociétés, et suscite des hésitations importantes en pratique². Les avant-projets

1. Le terme de «mobiliérisation» est emprunté à A. COURET, « La frontière entre meubles et immeubles à l'épreuve des sociétés immobilières », *Defrénois* 2009, p. 265.

2. H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien, 1938, p.210. Loin de raisonner abstraitement et concep-

de Cambacérès témoignent aussi de ces hésitations : ce dernier avait retenu que l'action était immeuble lorsque le fonds social comportait un immeuble¹. La fermeté et la généralité de l'article 529 sont donc attribuables aux codificateurs.

449. Comment cet article est-il né ? Les codificateurs sont placés devant un dilemme. Les actions existent déjà dans la pratique et s'échangent comme des meubles. Il ne peut être question de remettre en cause cette qualification, comme l'exprime Treilhard explicitement². Mais d'un autre côté, les codificateurs savent que la part n'est rien d'autre qu'une représentation abstraite des actifs communs. Elle n'est pas un bien autonome par rapport aux actifs sociaux. Dès lors, comment une fraction d'immeuble peut-elle être réputée meuble ?

Le raisonnement est étonnant et peut être résumé comme suit : le but de la société est de réaliser des bénéfices ; les bénéfices sont meubles ; donc le capital social, accessoire du bénéfice, est aussi meuble même s'il est composé d'immeubles ; donc les parts, intérêts ou actions, qui sont des quotes-parts abstraites du capital social, sont meubles. Voilà comment justifier la nature mobilière des parts³. Mais le raisonnement pose un problème : si le capital social est meuble, la société ne peut pas constituer d'hypothèque sur ses immeubles. C'est la raison pour laquelle l'article 529 rajoute la phrase suivante, peu commentée et assez étrange : «Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société». Ce n'est donc pas la personnalité morale ou même l'autonomie patrimoniale qui justifient cet article, contraire-

tuellement, les juristes se prononçaient en fonction du «caractère de l'entreprise. S'agit-il d'une société portant principalement sur un fonds de terre ou sur un immeuble, comme celle qui s'était constituée pour l'exploitation du marché aux veaux, l'action est immobilière. Elle est mobilière, au contraire si son activité est de nature principalement commerciale, comme par exemple les grandes compagnies de navigation, ou encore la manufacture des glaces, où cette question donna lieu à un procès au Parlement en 1781». L'auteur prévient ensuite que «cette doctrine est loin d'être universellement admise».

1. G. SICARD, *Aux origines de la société anonyme : les moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, préf. de G. BOYER, Oberthur, 1953, p. 348, note 70.

2. «Quant aux actions, elles sont mobilières, et il est nécessaire de leur conserver cette qualité, parce qu'il importe d'en faciliter la circulation», cité dans FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, Videcoq, 1836, p. 24.

3. G. SICARD, *Aux origines de la société anonyme : les moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, préf. de G. BOYER, Oberthur, 1953, p. 348. V. également FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, Videcoq, 1836, p. 37.

ment à ce qui sera rationalisé ultérieurement¹. Comme le notait déjà Josserand, «on peut douter que les rédacteurs du Code civil aient entendu enfouir la personnalité morale des sociétés de commerce dans la formule de l'article 529, comme on cache un trésor à tous les yeux, et qu'ils aient ainsi proposé sciemment une sorte de rébus aux commentateurs de leur œuvre ; peut-être bien se sont-ils laissés guider tout simplement, lorsqu'ils reconnaissaient aux parts des associés un caractère invariablement mobilier, par le désir d'en faciliter la transmission et de la soustraire à l'acquittement des droits fiscaux très élevés dont sont frappées les aliénations immobilières»².

L'étape suivante, à savoir assimiler le droit social à une *créance*, ne sera franchie qu'à la fin du XIX^{ème} siècle³. Comme l'expriment Planiol et Ripert, dans la lignée de Saleilles, cette assimilation est renforcée par l'autonomie de la masse commune, indépendamment de toute idée de personnalité juridique : «Du moment où l'associé est considéré comme possédant deux patrimoines distincts [patrimoine social et patrimoine personnel], on conçoit qu'il s'établisse entre ces patrimoines des rapports de créance et d'obligation analogues à ceux qui existent entre deux personnes différentes. Ainsi le droit de toucher individuellement des dividendes est de plus en plus traité en pratique comme une créance d'un genre particulier existant contre la société»⁴.

450. Malgré l'autorité du Code civil, les doutes subsistèrent dans la première moitié du XIX^e siècle⁵. L'article 529, particulièrement adapté aux sociétés commerciales, ne l'était peut-être pas pour tous les types de société, notamment

1. V. G. SICARD, *Aux origines de la société anonyme : les moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, préf. de G. BOYER, Oberthur, 1953, p. 348, note 72, l'auteur note : «L'idée que les associés ne sont pas propriétaires du capital pendant la durée de la société, sans être méconnue, n'apparaît qu'au second plan». La doctrine contemporaine tend à associer la nature mobilière des parts à la personnalité morale (v. par exemple F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 547, et les références citées par B. DONDERO, « Le modèle de la personnalité morale dans le code civil » in *Code civil et modèles*, sous la dir. de T. REVET, LGDJ, 2005, p. 121-136, p. 131, note 30.). Dans le sens d'une dissociation des deux problématiques, v. B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. de H. LE NABASQUE, 2 t., PUAM, 2006, n° 824.

2. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 1938, n° 1377.

3. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, PUF, 1985, p. 186.

4. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3 : *Les Biens*, LGDJ, 1926, n° 114.

5. Cf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, PUF, 1985, p. 185.

les sociétés civiles, qui ne visent pas nécessairement à procurer des bénéfices à leurs associés. Et comme toujours, ce genre de simplification se paye un jour ou l'autre : le développement des sociétés civiles immobilières réveilla une difficulté que le Code civil avait tranchée peut-être un peu trop abruptement.

2. Les limites de la mobiliérisation

451. Les limites de l'article 529 du Code civil ne sont apparues qu'au XX^e siècle, lorsque le législateur fit le choix de réglementer les nouveaux modes de jouissance en commun d'immeubles par la forme sociétaire. D'un point de vue sociologique, ces sociétés organisent une copropriété sur des modalités proches des copropriétés résultant de la loi de 1965 : ce sont des propriétés communes de jouissance. Or lorsque deux formes juridiques sont utilisées en concurrence pour une situation socio-économique globalement équivalente, on note soit un phénomène de convergence entre ces formes, soit l'apparition de dysfonctionnements ¹.

a. L'exemple des sociétés civiles immobilières

452. La jurisprudence civile a refusé de déroger au droit commun des sociétés : les parts émises par les sociétés civiles sont des meubles, quand bien même les biens communs seraient tous immeubles. Par conséquent la cession des parts ne doit pas faire l'objet d'une publicité foncière, et l'acquéreur ne peut exercer ni l'action en rescision pour lésion ², ni la garantie des vices cachés. Par ailleurs, la saisie des parts doit se dérouler selon les formes de la saisie mobilière et non immobilière ³.

Devant le caractère insatisfaisant de ces solutions ⁴, diverses corrections ont été apportées, que ce soit par la jurisprudence ou par le législateur. En matière

1. V. supra, n° 191 et s. La convergence se vérifie dans les sociétés de construction, qui dérogent au droit commun des sociétés sur des points essentiels, notamment par l'appel de fonds (augmentation des engagements des associés) et la possibilité de demander un partage partiel. V. Y. GUYON, « La situation des associés dans les sociétés de construction », *JCP* 1962, I 1735.

2. Cass. Civ. 3^{ème}, 9 avr. 1970, Bull. Civ. n° 234, *JCP* 1971 II 16925, note PETOT-FONTAINE.

3. CA Paris, 16 juin 1989, D. 1990. 502, note J. PRÉVAULT.

4. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 131, qui considèrent la solution comme « artificielle » et « parfois injuste ».

civile, la jurisprudence a ainsi élargi les autres actions en responsabilité offertes à l'acquéreur de parts en cas de défaut de construction¹ et a veillé à ce que la «mobiliérisation» de l'immeuble ne constitue pas une fraude à la loi².

Le législateur, quant à lui, a imposé l'application de la garantie lorsque le cédant de parts était un promoteur (art. 1831-1, C. Civ.) ou l'application du droit de préemption urbain en cas de cession majoritaire des parts³.

Enfin, le droit fiscal, à travers la notion de «société à prépondérance immobilière», atténué également la stricte logique sociétaire. Le phénomène est d'ailleurs ancien, puisque dès la première moitié du XIX^e siècle la jurisprudence fiscale refusa de considérer les parts comme des meubles lorsque l'immeuble formait le seul actif social⁴.

Au final, il semble bien que «la nature mobilière des droits sociaux soit “rat-trapée” par la nature immobilière des actifs détenus», ce qui engendre «un régime juridique un peu chaotique»⁵.

1. P. MALINVAUD, « La distinction des meubles et des immeubles à l'épreuve des sociétés d'attribution » in *Mélanges R. Houin*, Dalloz, 1985, p. 201–218, p. 215 : «Sitôt les principes satisfaits, la Cour de cassation n'a eu de cesse d'en effacer les conséquences en accordant au cessionnaire la garantie des vices contre un autre que son cédant : soit contre la société de construction elle-même, soit contre le promoteur, soit même contre les architectes et entrepreneurs. Or, on remarquera que ces décisions vont elles aussi, bien que plus insidieusement, à l'encontre d'un autre principe, celui de la personnalité morale des sociétés d'attribution».

2. C'est l'hypothèse de la célèbre affaire *Caron* (Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mar. 1985, Rev. crit. DIP 1986. 66, note Y. LEQUETTE.).

3. Art. L. 211-4, C. Urb, dans sa formulation issue de la loi du 25 mars 2009.

4. V. sur ce point TROPLONG, *Commentaire du contrat de société*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1843, n° 142.

5. A. COURET, « La frontière entre meubles et immeubles à l'épreuve des sociétés immobilières », *Deffrénois* 2009, p. 265, n° 5 et n° 42.

b. Vers l'admission de la nature immobilière des parts

453. Pourquoi ne pas qualifier d'immeuble les parts de société civile dès lors que l'actif de cette dernière est composé majoritairement d'immeubles ? Dans le cas des sociétés d'attribution, une partie de la doctrine avait suggéré une telle solution : la part serait «immeuble par anticipation». La personnalité juridique reconnue aux sociétés civiles n'est pas un obstacle : la part étant un complexe de droits portant sur un immeuble, elle est immeuble par défaut¹. Si les sociétés civiles immobilières posent des difficultés, c'est parce que les raisons qui justifiaient la mobiliérisation des parts en 1804 ne se retrouvent pas dans ce type de société. Ces sociétés ne visent pas à procurer des bénéfices à leurs associés, mais à leur assurer la jouissance des biens communs. La fiction n'a donc plus lieu d'être.

454. La copropriété des navires, institution protégée des vagues de rationalisation, fournit l'exemple d'un régime adapté. Les quirats sont considérés comme des droits réels, alors même que la copropriété de navires est gérée par la loi de la majorité s'est vu reconnaître la personnalité juridique². Même si les navires sont qualifiés de meubles par le Code civil (art. 531), son «statut légal est pour partie immobilier»³. Ainsi, l'hypothèque de la part de quirataire suit les formes de l'hypothèque maritime, qui elle-même se rapproche de l'hypothèque de droit commun⁴. Il n'est donc pas inconcevable en pratique de reconnaître une nature immobilière aux parts de certaines sociétés civiles.

1. Ainsi, dans l'exemple célèbre des moulins de Toulouse, les copropriétaires détenaient des parts cessibles appelées uchaus. Les uchaus furent considérés comme des biens immeubles jusqu'au milieu du XIX^e siècle (G. SICARD, *Aux origines de la société anonyme : les moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, préf. de G. BOYER, Oberthur, 1953, p. 351.). Une telle solution revient à considérer qu'un bien peut être incorporel et immeuble, ce que le Code civil admet déjà (art. 526, C. Civ). V. toutefois F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 93, qui qualifient la notion de droit immobilier de «doublement absurde».

2. Cass. Com., 15 avr. 2008, n° 07-12487, Bull. Civ. IV, n° 89 ; DMF 2008, p. 924, note Ph. DELEBECQUE. Sur la nature de droit réel, v.F. PASQUALINI, « Copropriété de navire », *Rép. com. Dalloz*, 2012, n° 39, avec les références.

3. R. JAMBU-MERLIN, « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ? » in *Études J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 316.

4. F. PASQUALINI, « Copropriété de navire », *Rép. com. Dalloz*, 2012, n° 43 et 53.

455. Quant au fondement textuel, on remarquera que l'article 529 du Code civil ne vise que «les compagnies de finance, de commerce et d'industrie». On pourrait donc considérer, à prendre le texte à la lettre, qu'il ne régit pas la nature des parts des sociétés civiles¹. Dans le silence de ce texte et dans un esprit libéral, on pourrait même envisager de laisser les associés déterminer eux-mêmes la nature de leurs parts².

456. Ce n'est pourtant pas la direction que prend le droit positif. Le modèle classique de la société domine, comme le montre l'exemple des sociétés d'attribution en jouissance à temps partagé³. Une conscience plus nette des différentes formes de propriété commune permettrait sans doute une évolution plus cohérente et réaliste à la fois.

457. Conclusion. Pour qu'elles puissent circuler facilement, il était vital de qualifier les parts et les actions de meubles. Ce besoin économique entraîne juridiquement une dissociation entre la nature des parts de celle des biens communs. Les codificateurs et les exégètes avaient conscience que les droits sociaux n'étaient guère autre chose que des parts de l'actif social, des parts dans la société.

Le développement des valeurs mobilières et la fascination pour la personnalité morale vont changer cette vision. La fiction instituée par l'article 529 va

1. L'opinion a été défendue au début du XX^e siècle. V. C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 1908, n° 128. Elle reste cependant minoritaire, la plupart des auteurs ayant lu très tôt l'article 529 comme s'appliquant à toutes les sociétés (v. par exemple TROPLONG, *Commentaire du contrat de société*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1843, n° 143.).

2. Une telle possibilité suppose cependant que la volonté des parties soit apte à changer la nature mobilière ou immobilière d'un bien, ce que la jurisprudence refuse hors des cadres du Code civil (Cass. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1991, n° 89-18638, Bull. Civ. n° 197 ; D. 1993. 93, note I. FREIJ-DALLOZ ; JCP 1992. II. 21825, note J-F. BARBIÉRI ; RTD Civ. 1992. 144, obs. F. ZENATI.). Pour une critique de cette solution, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 90 et n° 99 a/. V. également F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. de R. LE BALLE, LGDJ, 2014, n° 65 et s.

3. La loi du 6 janvier 1986 est restée dans un cadre sociétaire, alors même que les exemples étrangers et les propositions doctrinales rendaient concevables «une variété originale de droit réel immobilier collectif» (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 552.). L'associé n'est donc pas propriétaire, ni même copropriétaire, ce qui n'a pas empêché le législateur de parfois s'inspirer du droit de la copropriété des immeubles bâtis (H. PÉRINET-MARQUET, « La copropriété entre respect et adaptation du droit civil » in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 797.).

devenir réalité pour les juristes : les droits sociaux sont des biens différents, extérieurs à l'actif social, qui s'exercent *contre* une personne morale. On trouve encore quelques mises en garde au milieu du XX^e siècle sur les risques de doublement, mais le lien entre propriété commune et parts sociales se rompt progressivement¹. C'est ce lien qu'il faut renouer, en accord avec le droit positif : il est possible de qualifier les actions de parts dans une propriété commune sans remettre en cause leur régime.

B. Les droits sociaux sont des parts

458. La nature juridique des droits sociaux a été qualifiée de question «excessivement délicate à appréhender»². Il a donc été tentant de ramener les droits sociaux à d'autres institutions connues du droit privé : contrat, créance, bien. Si ces tentatives ont échoué, c'est peut-être parce qu'il est nécessaire de distinguer entre le contenu et la forme des droits sociaux. C'est cette distinction qui permet de comprendre l'unité de la notion et les différences de régime très importantes entre les types de droits sociaux.

1. Les tentatives de réduction des droits sociaux à des catégories mieux connues

459. Deux tentations principales : la réduction des droits sociaux à des créances et la réduction des valeurs mobilières à des biens corporels.

1. V. par exemple G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2, 1957, n° 2222 : «Dans la réalité économique, l'actif social n'existe pas deux fois. Cependant, en droit, on le rencontre dans deux endroits différents : on le trouve une première fois dans le patrimoine de l'être moral, et une seconde fois réparti par fractions dans le patrimoine des associés ; mais ce que possède chaque associé n'est qu'une représentation de sa part réelle, laquelle est dans la masse collective et non ailleurs. Ce résultat est un des effets les plus curieux de la personnalité morale».

2. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 500.

a. La tentation de la rationalisation : les droits sociaux sont des créances

460. Volontiers présentée aujourd'hui comme la «théorie classique», l'assimilation des droits sociaux aux créances trouve son origine dans la nécessité de fournir un régime aux opérations portant sur les parts sociales des sociétés civiles. Le Code civil de 1804 ne comprenait qu'une seule disposition relative à la cession des parts dans la société civile, qui se bornait à dire que cette cession ne saurait être opposable à la collectivité des associés (anc. art. 1861). En d'autres termes, la cession de parts au sens strict n'était pas possible. Le texte va très rapidement révéler ses insuffisances, car la pratique éprouve le besoin de céder et de nantir des parts d'intérêts dans les sociétés civiles et commerciales. Quel régime appliquer en l'absence de toute disposition ? Les parts étant des meubles incorporels selon les termes de l'article 529 du Code civil, la tentation fut d'appliquer les textes relatifs à la cession et au nantissement des meubles incorporels, à savoir les articles 1690 et s. et 2075 (anciens) du Code civil. L'assimilation théorique des droits sociaux à des créances fut postérieure et n'était pas encore bien nette au début du XX^e siècle, notamment chez Thaller¹.

461. Hier comme aujourd'hui, les critiques contre l'assimilation des droits sociaux à des créances font valoir que les prérogatives attribuées à un associé sont beaucoup plus complexes que celles attribuées à un créancier². De plus, la

1. E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., Rousseau, 1910, n° 579 : «L'obligation est une créance, un prêt ; - l'action est une part du fonds social, un droit d'associé» et n° 614 : «Il existe une autre discussion platonique sur l'action en général, est-elle un droit de créance, un droit de propriété, un droit sui generis ? En réalité, elle est une créance et une propriété tout à la fois : 1/ Créance ; chaque actionnaire a des prétentions à exercer *pro socio* contre les autres. 2/ Propriété : malgré la fiction de la personnalité morale, le fonds social est indivis entre tous les actionnaires. La querelle ne conduit pas à des résultats utiles, et nous la négligeons». D'autres auteurs penchent clairement en faveur de la qualification de droit personnel : P. PIC, *Des sociétés commerciales*, 2^e éd., Rousseau, 1925, n° 222 : Le droit propre de chacun des associés individuellement envisagé «s'analyse en une simple créance de dividendes complétée par un droit purement éventuel (puisque subordonné à l'existence d'un actif net) au partage du fonds soial après dissolution. Autrement dit, le droit de l'associé tant que la société dure n'est pas un *jus in re*, mais un simple *jus ad rem*, droit personnel mobilier». ; C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 1908, n° 141 : «Quand la société forme une personne morale, la part de chaque associé constitue un droit de créance contre la société. Dans le cas opposé, le droit de chaque associé est un droit de copropriété auquel se rattachent des créances accessoires».

2. C. BEUDANT, « Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de sociétés », *Rev. crit. leg. jur.* 1869, 34, p. 135-164, p. 154 et s. ; R. LIBCHABER, « Pour un renou-

plupart des mécanismes du régime général de l'obligation n'ont aucune vocation à s'appliquer dans les relations entre l'associé et la société : les participations croisées ne s'annulent pas par compensation ; cette créance, qui ne semble jamais intégralement payée, perdure tant que le débiteur (la personne morale) existe, sans prescription¹... Reste que la qualification de droit personnel semble résulter d'un syllogisme implacable : si tout droit patrimonial est réel ou personnel et que les associés n'exercent pas de droit réel sur l'actif social, alors leurs droits sont nécessairement de nature personnelle². Tout au plus concède-t-on qu'il s'agit d'un droit personnel d'un genre particulier, bref un droit personnel *sui generis*³.

b. La tentation du corporel

462. Le Code de commerce prévoyait que les actions pouvaient se transmettre selon les formes simplifiées du droit commercial (art. 34 et s.), à l'instar des effets de commerce. La doctrine a eu tendance dès lors à pousser l'analogie en considérant les actions comme des *titres* corporels et abstraits. Comme le note un auteur, «c'était là pure habileté verbale, mais elle a produit des effets heureux»⁴. Car le corporel est sécurisant : il permettait de bénéficier sans hésitation de la sécurité de l'art. 2279 ancien du Code civil, en cas d'acquisition

vement de l'analyse des droits sociaux » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717-736, p. 718 : «L'analyse positive est ainsi le lieu d'une réduction, voire d'une mutilation : de droits protéiformes essentiels à la vie de société, il ne reste plus, dans le patrimoine de l'associé, qu'une attente égoïste et vénale».

1. L'imprescriptibilité n'est-elle pas le signe de la (co)propriété ?

2. V. en ce sens J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 3, Dalloz, 1978, n° 33.

3. À propos des valeurs mobilières, F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 765, n° 11, «créances d'un genre particulier». ; C. DONZEL-TABOUCOU, « Les actions : une espèce, au sein du genre des droits personnels » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz - LGDJ, 2014, p. 269-276, n° 12 : «Les actions peuvent donc être des droits personnels sans pour autant être soumises à la réglementation applicable aux créances du Code civil».

4. P. DIDIER, « Les biens négociables » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 341. D'autres auteurs refusent l'assimilation du droit et du titre : E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., Rousseau, 1910, n° 891 et 892. ; H. LE NABASQUE, « Les actions sont des droits de créance négociables » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671-695. Thaller expliquait la négociabilité des actions par le mécanisme de la délégation de créance (art. 1271 et s., C. Civ.), même pour les titres au porteur, où «la société s'est engagée à reconnaître pour son actionnaire non pas telle personne dénommée, mais celui quelconque qui se présentera muni du titre. Il y a acceptation donnée *in futurum* et à un inconnu» (n° 605).

a non domino, en contournant l'incertitude provoquée par la notion de possession de biens incorporels. Il permettait aussi d'affirmer un droit de propriété classique sur les titres, plus solide que la simple titularité d'une créance. Bien qu'une partie de la doctrine continue d'assimiler l'inscription en compte au droit lui-même¹, le droit positif n'a jamais accepté de pousser l'assimilation jusqu'au bout, notamment en ce qui concerne l'inopposabilité des exceptions, beaucoup moins forte en matière de cession de valeurs mobilières qu'en matière de cession de titres cambiaires².

463. Plus radicalement, la Cour de cassation a considéré que l'inscription en compte n'est qu'une «présomption de propriété des titres». Par conséquent, en l'absence de registre, le cessionnaire peut établir sa possession de bonne foi des actions par d'autres moyens de preuve, comme en droit commun³. La solution est d'autant plus opportune que le législateur a sécurisé la protection du cessionnaire en décalquant l'effet probatoire de l'article 2276 dans le Code monétaire et financier⁴.

Nous voici donc revenus en 1804 : les droits sociaux sont des meubles, et des meubles incorporels⁵. Si des emprunts ont pu être faits à d'autres institutions, la spécificité des droits sociaux s'est toujours opposée à une totale assimilation. Il est serait mieux venu de replacer cette institution dans sa véritable famille : celle des parts.

1. V. notamment D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières », *D.* 1996, p. 47. ; F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préf. d'Y. GUYON, *Economica*, 2002, n° 524 et s. ; T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3^e éd., *Economica*, 2010, n° 90.

2. Pour une présentation des différences, v. F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préf. d'Y. GUYON, *Economica*, 2002, n° 610 et s.

3. Cass. Civ. 3^{ème}, 5 mai 2009, n° 08-18165, Bull. Civ. n° 66 ; D. 2009. 2444, note D. R. MARTIN ; D. 2010. 123, note L. d'AVOUT ; Bull. Joly Sociétés 2009. 1064, note R. LIBCHABER ; RTD Com. 2009. 770, obs. P. LE CANNU ; RTD Civ. 2010. 136, obs. T. REVET.

4. En ce sens, J. GRANOTIER, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. de D. COHEN, *Economica*, 2010, n° 554. L'article L. 211-16 du Code monétaire et financier dispose en effet que «nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits».

5. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1114 : «biens incorporels». ; P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2016, n° 314 : «droits mobiliers incorporels».

2. L'utilité de la qualification de part : la dissociation de la forme et du contenu des droits sociaux

464. Admettre que les droits sociaux sont des parts permet d'opérer une distinction entre leur contenu (les prérogatives attribuées à l'associé) et leur forme ("l'enveloppe" contenant ces prérogatives).

a. Les raisons de la distinction

465. Les droits sociaux présentent la même structure que les autres parts. Ils forment une synthèse de droits, devoirs et prérogatives en lien avec les biens communs et la société au sens large. Leur contenu est donc irrémédiablement collectif, ce qui apparaît même dans le cas des actions¹. Or ce contenu collectif irréductible, illustré tout au long de ce chapitre, est inexplicable si l'on se borne à l'analyse en termes de créance ou de droit personnel. L'action reste toujours liée à la société, car l'action est une part qui émane du collectif. Si elle s'émancipe en bien autonome, c'est uniquement afin de servir d'objet aux actes juridiques. Et c'est précisément cette fonction que remplit la forme des droits sociaux, l'enveloppe synthétisant ce complexe de droits, cette forme variant en fonction de la facilité avec laquelle la part peut circuler.

Il y a donc toujours deux aspects dans les droits sociaux : leur contenu, lié au type sociétaire ; leur forme, liée à leur modalité de circulation. La distinction classique entre parts sociales et actions est une distinction touchant à leur forme. Les premières, assimilées à des créances *quant à leur forme*, sont cédées selon les modalités applicables à la cession de créance² ; les secondes selon les

1. «Dans une valeur mobilière, qui réalise comme tout titre négociable une combinaison entre un réseau d'obligations, complexes en l'occurrence, et un titre - qui les matérialise - c'est le premier aspect (le faisceau de droits) qui est prépondérant ; il modèle le régime juridique de l'ensemble, la vie juridique du titre, relégué au second plan, subissant fortement l'influence de ces droits et s'inscrivant dans leur étroite dépendance», A. REYGROBELLET, *La notion de valeur mobilière*, thèse dact. Université Paris II, dir. B. OPPETIT., 1995, n° 699, cité par F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préf. d'Y. GUYON, Economica, 2002, p. 443, note 1.

2. Les formalités de l'ancien article 1690 ont été modifiées par l'ordonnance. La cession est désormais opposable au débiteur cédé par simple notification ou par prise d'acte (art. 1324). La difficulté est que les articles 1865 du Code civil et L. 221-14 du Code de commerce, relatifs à la cession de parts sociales dans les sociétés civiles, continuent de renvoyer aux formalités de «l'article 1690» qui a été abrogé.

modalités simplifiées du droit commercial.

466. Si la distinction entre le contenu et la forme des droits sociaux s'est brouillée, c'est parce que le droit des sociétés s'est rationalisé au XX^e siècle autour d'une équation : un type de société = une forme de part. La SA n'émet que des actions ; la SARL que des parts sociales. Il suffit de revenir un peu en arrière pour se rendre compte qu'un même complexe de droits, devoirs et pouvoirs peut s'incarner dans des enveloppes différentes. C'était notamment le cas dans la commandite, qui pouvait être soit par intérêts, soit par actions. Il est très significatif à cet égard que ces commandites soient vues aujourd'hui comme deux formes sociales distinctes, régies dans deux parties séparées du Code de commerce, alors que la pratique et la doctrine du XIX^e siècle ne connaissaient qu'une seule forme : la commandite.

b. L'utilité de la distinction

467. La distinction entre la forme du droit social et son contenu permet de mieux comprendre l'unité et la diversité des droits sociaux en droit positif. Dans certaines sociétés, la qualité d'associé n'a pas vocation à se transmettre, ou de manière très restrictive. C'est le cas notamment dans les sociétés en participation et plus généralement dans toutes les sociétés marquées par un fort *intuitu personae*. Comme le fait remarquer un auteur, il est d'ailleurs peu légitime de parler de «parts», puisque ces dernières ne constituent pas un bien dans le commerce, qui soit détachable du contrat de société¹. Voilà pourquoi la transmission, lorsqu'elle se produit, est volontiers analysée comme une cession de contrat, c'est-à-dire une modification du pacte statutaire. Lorsque les parts sont cessibles, mais n'ont pas vocation à beaucoup circuler, la cession des parts s'analyse comme une cession de créance, supposant la signification à la société. Enfin, au stade supérieur, viennent les titres négociables, qui sont «plus que cessibles»².

1. H. LE NABASQUE, « Les actions sont des droits de créance négociables » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671–695, p. 675, note 18 : «Les sociétés de personnes n'émettent jamais de "parts", où l'on voit qu'il y a là, vu la fréquence de l'expression, un nouveau signe de la tendance à "réifier" des droits que l'associé détient dans le groupement dont il est membre».

2. E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., Rousseau, 1910, n° 600.

Pour expliquer ces différences dans les modalités de cession, la doctrine a eu tendance à considérer que le *contenu* des droits sociaux variait : on cède un contrat, une créance ou un bien, selon le cas. Or le contenu ne change pas : seule la forme change. Certes il était utile en pratique d'opérer des rapprochements afin de disposer d'un régime supplétif, mais cela ne doit pas aboutir à nier l'unité entre tous les droits sociaux. Fondamentalement, il s'agit toujours de faire entrer un nouvel associé dans la société, d'adjoindre un nouveau membre ou bien de modifier la participation entre associés. Le droit social est marqué par la nature singulière du type d'objet dans lequel il s'inscrit : une propriété commune. Le droit social fait partie du genre spécifique de droit patrimonial décrit dans ce chapitre sous le vocable de "part".

Finalement, la cession de droits sociaux n'est ni une cession de contrat, ni une cession de créance, ni la cession d'un bien ordinaire : c'est une cession de parts. La facilité avec laquelle on peut rejoindre une société, qui s'étend de l'impossibilité au simple clic, est à cet égard secondaire. Cette cession peut, selon les cas, être rapprochée d'autres opérations, mais elle ne peut s'y réduire.

468. Dissocier la forme du droit social et son contenu permet également d'ouvrir des perspectives intéressantes en droit prospectif. Pourquoi une société donnée ne pourrait-elle pas émettre plusieurs formes de parts ou même être libre d'émettre le type de parts qu'elle souhaite ? La SAS permet déjà une telle diversité : des actions inaliénables peuvent ainsi être émises pour une durée n'excédant pas dix ans (art. L. 227-13, C. Com). Les pactes statutaires ou extra-statutaires peuvent également réduire les possibilités de cession des actions ; or si le propre d'une action est d'être négociable, une action qui n'est plus négociable n'est plus une action. Le summum est atteint avec les «actions d'industrie» (art. L. 227-1 al. 3) qui sont structurellement inaliénables¹.

1. La qualification d'action engendre un certain nombre d'incertitudes, notamment quant à l'application du droit des actions de préférence (art. L. 228-11, C. Com). La solution la plus logique serait de réserver la procédure aux actions d'industrie ne conférant pas les mêmes droits que les actions ordinaires (en ce sens, T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 639. ; S. SCHILLER et P.-L. PÉRIN, « Les apports en industrie dans la SAS », *Rev. Sociétés* 2009, p. 69.). Le critère demeure incertain : la fixation contractuelle des droits de vote reconnue à l'apporteur en industrie est-elle automatiquement une différence ?

Il serait donc préférable de restituer aux parts leur véritable qualification et de permettre aux sociétés non cotées d'émettre des actions, mais aussi des parts sociales. En sens inverse, l'interdiction fulminée par l'article 1841 du Code civil pourrait être révisée, en permettant à toutes les formes sociales d'émettre des titres négociables¹. Certaines sociétés civiles (sociétés de placement immobilier ou sociétés d'épargne forestière) sont en effet admises à offrir au public leurs parts sociales (art. L. 214-86, C. mon. fin) étant entendu que dans ce cas l'art. 1865 al. 2 ne s'applique pas². Les parts des SCPI et des SEF ont donc un régime très particulier, intermédiaire entre les parts sociales et les valeurs mobilières³ : la raison en est que le législateur a essayé «de s'écarter le plus possible de ces contraintes [régime de cession de droit commun], tout en préservant le caractère de société civile de l'émetteur. Au résultat, c'est non seulement le principe de liberté de cession des parts qui prévaut, mais, de surcroît, un processus qui tend à rapprocher le régime de cession du mécanisme de négociabilité des valeurs mobilières»⁴. De quoi réactualiser une affirmation de Troplong : il n'existe aucun obstacle à ce qu'une société civile émette des actions⁵. Ces divers mouvements témoignent de ce que l'équation "un type sociétaire = une forme de part" n'est peut-être pas l'avenir du droit des sociétés, et que la souplesse prônée par la doctrine du XIX^e siècle mériterait d'être remise à l'honneur.

1. L'article dispose : «Il est interdit aux sociétés n'y ayant pas été autorisées par la loi de procéder à une offre au public des titres financiers ou d'émettre des titres négociables, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis».

2. Art. L. 214-92, C. mon. fin. L'article 1865 al. 2 du Code civil prévoit que la cession n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement des formalités d'opposabilité de la cession à la société et la publication de l'acte original au registre du commerce et des sociétés.

3. La nature juridique de ces parts fait l'objet de discussions doctrinales. Si le Code précise qu'elles ne sont pas négociables (art. L. 211-14, C. mon. fin.), les textes rendent incertains la qualification de titre financier ou de valeur mobilière (sur ce point, A. COURET, H. LE NABASQUE et M.-L. COQUELET, *Droit financier*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 921 et 922.).

4. *Ibid.*, n° 924.

5. TROPLONG, *Commentaire du contrat de société*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1843, n° 143. On objectera que l'action confère toujours une responsabilité limitée à son titulaire. Si cela est actuellement le cas en droit positif, le critère de distinction entre parts sociales et actions n'est pas la limitation de responsabilité (question de contenu), mais la facilité de circulation (question de forme). De même que l'on admet dans la commandite et dans la SARL qu'une part sociale puisse conférer une responsabilité limitée, de même pourrait-on imaginer des actions conférant un risque illimité. En matière de SEF et de SCPI, les associés sont responsables dans la limite de deux fois le montant de leurs parts, mais les statuts peuvent limiter la responsabilité au montant de la part (art. L. 214-89, C. mon. fin).

469. Conclusion du paragraphe. Les formes sociétaires accentuent l'indépendance des parts par rapport aux biens communs. Cette indépendance est le résultat de deux mouvements successifs : les parts furent qualifiées de meubles par détermination de la loi, quand bien même la masse commune comprendrait des immeubles ; l'enveloppe synthétisant le complexe de prérogatives attribuées à l'associé put recevoir des qualifications visant à améliorer encore la possibilité de circulation : titre négociable, bien corporel, etc.

Quand bien même les avantages pratiques conférés par cette double fiction sont indéniables, il ne faut pas oublier qu'il s'agit de fictions. Cela implique de ne pas croire que la part puisse être *réellement* un bien totalement indépendant, autonome des biens communs. Comme toute fiction, elle l'est *pour les besoins de la cause*, mais pas au-delà. Se révèle alors la similitude structurelle entre tous les types de parts, faisant donc de la part un concept autonome du droit, irréductible aux notions de droit personnel ou de droit réel.

§ 3. La part, entre droit réel et droit personnel

A. L'impasse

470. Toutes les discussions sur la nature juridique des parts reposent sur la même prémisse, quand bien même les conclusions seraient opposées : tout droit patrimonial est soit réel soit personnel. La part étant un droit patrimonial détenu par une personne juridique, cette dernière est soit réelle, soit personnelle. La discussion sur la nature des droits sociaux se résout ainsi dans un sens ou dans un autre : ceux qui voient l'incompatibilité entre les qualifications de droit social et de créance en concluent que la part est nécessairement un droit réel¹ ; ceux qui voient l'incompatibilité avec la qualification de droit réel en concluent que la part est nécessairement un droit personnel².

1. Cf. J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. de D. R. MARTIN, LGDJ, 2009, n° 11.

2. C'est la conclusion retenue en matière de droits sociaux par la doctrine majoritaire (v. par exemple M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, 21^{re} éd., LGDJ, 2014, n° 1591.) Mais souvenons-nous également de Josserand, qui après avoir montré en quoi le droit de l'indivisaire ne pouvait être un droit individuel de propriété (ce

471. Aucune des deux conclusions n'est véritablement convaincante, car tous les auteurs sont obligés de reconnaître que la part, droit réel ou droit personnel, n'est pas un droit réel ou un droit personnel comme les autres. Ainsi, la quote-part indivise est analysée comme un droit réel *sui generis* ; le lot de copropriété également ; les droits sociaux sont également vus comme des droits personnels d'un genre particulier, c'est-à-dire *sui generis*, ou bien comme une forme de propriété réduite à la portion congrue (la subpropriété). En schématisant un peu, chaque type de part est individuellement vu comme *sui generis* ; quelque chose ne va pas.

472. La solution défendue dans ce chapitre a été la suivante : toutes ces formes de parts sont des espèces appartenant au genre de la part, dont la structure peut être définie de manière «pure», c'est-à-dire indépendamment des formes spécifiques de propriété commune. Et ce genre est lui-même irréductible à la division entre droit personnel et droit réel¹. Tous les droits patrimoniaux ne sont pas réels ou personnels : certains droits patrimoniaux sont des parts dans des propriétés communes.

B. L'irréductibilité de la part au droit réel ou personnel

1. Une différence de structure

473. Si les notions de droit réel et de droit personnel semblent marquer l'alpha et l'oméga des relations patrimoniales en droit privé, c'est parce qu'elles assurent chacune un lien entre deux éléments de la structure fondamentale : soit un rapport entre des personnes, soit un rapport entre une personne et une chose. Tant le droit réel que personnel ont une structure bilatérale ; c'est un lien entre une personne et une chose ou entre deux personnes.

en quoi il avait raison) en est réduit à considérer qu'il s'agissait d'une sorte de droit personnel (L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective » in *Livre du Centenaire*, 1904, p. 374.).

1. Cf. P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 9-42, p. 28, à propos des droits sociaux : «Les parts sociales, notamment, ne se laissent ramener ni au droit réel, car l'écran de la personnalité morale fait que les associés ne sont pas propriétaires de l'actif social, ni à une série de créances, car les droits de vote, de contrôle et de partage en cas de liquidation ne se prêtent pas à une réduction au droit personnel».

474. La part a une structure beaucoup plus complexe, ce qui est reconnu depuis longtemps par tous. Dabin s'en faisait l'écho en distinguant au sein des droits subjectifs les droits inter-individuels et les droits corporatifs : «les sujets de droit, personnes physiques ou personnes morales (privées ou publiques), n'ont pas seulement des droits subjectifs tournés vers *l'extérieur*, réglant leur relations avec les autres sujets de droit, personnes physiques ou personnes morales. Ils en ont encore de spécifiques vers *l'intérieur*, à l'égard des groupements, personnes morales eux-mêmes, dont ils seraient membres, ainsi qu'à l'égard des autres membres de ces groupements»¹. Au-delà de la référence à la personnalité morale dont on peut s'émanciper, la distinction proposée par Dabin confronte les droits exercés contre quelque chose de totalement extérieur au sujet de droit (une chose ou une autre personne) et ceux exercés au sein d'un ordre collectif, comme par exemple une propriété commune.

Cette différence de structure n'est cependant pas suffisante pour conclure à une irréductibilité de la part à l'opposition droit réel/droit personnel. Car on peut très bien dire que le droit corporatif est de nature personnelle ou réelle, comme par exemple le fait Dabin². Ce n'est qu'un premier indice, mais pas une démonstration.

2. Une différence de définition

475. Si la part est irréductible à un droit réel ou personnel, c'est parce que la structure même de la part contredit les définitions respectives de ce qu'est un droit réel ou personnel.

Un droit réel «a pour trait spécifique de mettre son titulaire en contact direct de la chose qui en l'est l'objet, sans intermédiaire. Le droit réel se définirait, pour son titulaire, comme un pouvoir immédiat sur une chose (ce que suggère la formule latine "*jus in re*")»³. La part ne peut pas être un droit réel, car la part représente les pouvoirs conférés au propriétaire en commun par la forme de propriété commune. Quand bien même ce dernier disposerait de pouvoirs exclusifs et importants sur une partie des biens communs, il ne peut pas revendiquer

1. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, réimp. 2008, p. 201.

2. *Ibid.*, p. 209.

3. G. CORNU, *Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, p. 50.

ce contact immédiat, ce rapport solitaire qui unit le titulaire d'un droit réel et la chose qui en est l'objet. Son rapport aux biens est *médiat* : c'est la forme juridique de propriété commune qui le définit. Ou pour le dire autrement, le propriétaire en commun n'est jamais entièrement libre avec les biens communs : il est toujours dans la dépendance de la collectivité des propriétaires¹.

La part ne peut pas non plus être un droit personnel, car la personne morale n'a pas de prestation prédéfinie à accomplir pour le titulaire, comme dans tout droit personnel. Comme le remarquait Troplong, «l'actionnaire est plus qu'un créancier. Le droit d'un créancier ne varie pas suivant que le patrimoine d'un débiteur augmente ou diminue ; il demeure invariablement tel que la convention l'a fixé ; au contraire le droit de l'actionnaire s'élève ou s'abaisse à mesure que le fonds social s'enrichit ou s'appauvrit»². Il est «plus qu'un créancier», car il est propriétaire en commun des biens sociaux. Même s'il reçoit très peu d'émoluments de la propriété (seulement les fruits et un droit sur le boni de liquidation), c'est lui, et pas un autre, qui profite économiquement des biens communs.

476. La controverse sur la nature des parts ayant eu lieu principalement à propos des droits sociaux, la doctrine a conclu à la nature *sui generis* de ces derniers³. L'affirmation est incomplète : les droits sociaux appartiennent à un genre plus général, les parts, qui relèvent du cadre commun de la propriété commune. C'est donc à ce niveau que l'irréductibilité aux droits réels ou personnels s'observe.

Un pas supplémentaire peut être franchi en situant la part par rapport aux

1. Cf. R. CAPITANT, « Sur la nature des droits réels » in *Mélanges Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 29–37, qui analyse les droits réels comme une «liberté privée - c'est-à-dire exclusive - d'user, sous les formes variées correspondant aux divers droits réels, d'une chose corporelle déterminée» (p. 34). Si les propriétaires détiennent *ensemble* cette liberté privée contre les non-propriétaires, aucun des propriétaires en commun ne peut la revendiquer contre les autres.

2. TROPLONG, *Commentaire du contrat de société*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1843, n° 140. Il continue ainsi : «Or il est impossible de ne pas tenir compte de cette circonstance lorsqu'on veut mettre le droit de l'actionnaire en regard d'autres droits avec lesquels il a de l'analogie. La fiction ne doit pas étouffer entièrement la vérité».

3. V. notamment R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, t. 3, Dalloz, 1959, n° 516. ; C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 5. ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 49 ; A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. de T. REVET, Dalloz, 2013, n° 109.

droits réels et personnels. Or, la structure de la part montre que celle-ci est donc *moins* qu'un droit réel et *plus* qu'un droit personnel : elle est exactement intermédiaire entre les deux types de droits subjectifs, sans jamais s'y réduire.

C. La gradation des types de parts

1. Du droit réel au droit personnel

477. Dans certaines formes de propriété commune, la part est très proche d'un vrai droit réel. C'est évidemment le cas dans le lot de copropriété, du fait des parties privatives. Et pourtant, quand bien même le copropriétaire s' imagine propriétaire absolu et exclusif de ces parties privatives (c'est-à-dire un cube d'air), il ne l'est pas. Il restera toujours soumis au règlement de copropriété qui pourra lui opposer la destination de l'immeuble pour contrarier ses pouvoirs.

478. À l'extrême opposé, l'actionnaire peut se voir comme un créancier attendant la distribution de dividendes comme il attend le paiement de l'intérêt des obligations de son portefeuille. Mais un titre de capital n'est pas un simple titre de créance, et le paiement de sa « prestation » dépendra des revenus tirés des biens communs et de la décision de la collectivité sur une éventuelle distribution des bénéfices. C'est presque un droit de créance, mais cela ne le sera jamais tout à fait.

479. Et puis il y a les cas intermédiaires : par exemple une convention d'indivision un peu complexe, où l'indivisaire a à la fois des droits de jouissance sur les biens communs, mais aussi une série d'obligations et de droits à l'encontre de ses coindivisaires. Ici, il y a bien des droits indirects sur des biens, et non directs comme dans le droit réel, mais sans que cela aille jusqu'à l'intermédiation d'une autre personne, comme dans le droit personnel.

Droit réel	Part					Droit personnel
Propriété	Lot de copropriété	Quote-part indivise	Quirat	Soc. civ. (jouissance)	Autres droits sociaux	Créance

2. La possibilité d'assimiler les parts aux droits subjectifs classiques

480. Par conséquent, si la part en tant que telle n'est ni un droit réel ni un droit personnel, certaines formes spécifiques de parts sont plus proches du droit réel, tandis que d'autres se rapprochent du droit personnel. Cela permet de légitimer les assimilations et les analogies faites par le droit positif, qui ont été très utiles pour le développement des propriétés communes.

Se pose alors une question pratique : quand est-il légitime de plutôt assimiler la part à un droit réel, ou, inversement, plutôt à un droit personnel ? Aucun critère conceptuel ne peut être décisif, puisque la part est irréductible à l'un ou à l'autre. Mais un critère pourrait être de savoir si le titulaire de la part est habilité à user personnellement des biens communs. C'est peut-être en effet cet émoulement de la propriété qui est le signe du droit réel, sociologiquement du moins. Bien entendu, il s'agit d'un simple expédient visant à fournir un régime supplétif : c'est la continuité entre les différentes formes de parts qui doit l'emporter. Une part sociale et une quote-part indivise dans une indivision conventionnelle sont très proches, en tout cas plus proches que ne l'est une part sociale avec un droit de créance ou une quote-part avec un droit de propriété classique.

481. Conclusion de la section. La part étant la simple représentation de la position de propriétaire en commun, la forme de la part dépend du besoin de circulation de cette qualité. C'est ce qui explique la diversité des formes de parts.

La part n'est pas un bien indépendant de la propriété commune ; elle en émane et y reste structurellement attachée. Mais pour les besoins du commerce juridique, des fictions peuvent venir conférer une certaine indépendance à la part, afin qu'elle puisse faire l'objet d'actes juridiques.

Conclusion du chapitre

«Changer les mots sans changer les choses est un art familier au juriste, qui sait bien, pourtant, qu'il ne trompe ainsi personne»¹.

482. La part est bien une «clé de la compréhension intime de la propriété collective»². Elle synthétise l'ensemble des droits, devoirs et pouvoirs attribués à un propriétaire en commun dans une propriété commune. Elle représente donc la position ou la qualité de propriétaire en commun. Le *contenu* de la part varie en fonction des formes de propriété commune, mais une part n'est jamais rien d'autre que ce qui est *attribué* à une personne. Et, de manière corollaire, la valeur d'une part ne peut résulter que de la division de la valeur des biens communs. Et si cette valeur est négative, car les dettes communes sont plus importantes que l'actif commun, alors la part a une valeur nulle ou négative.

À s'en tenir là, la part n'est qu'une abstraction juridique pour un objectif comptable. Dans bien des formes de propriété commune, elle ne va pas au-delà. Mais le génie juridique a conféré une autre fonction à la part. Dans les propriétés communes où la position de propriétaire en commun avait vocation à circuler, il a paru utile de représenter cette position par un bien, la part, faisant l'objet d'une cession. La part est réifiée pour permettre la transmission d'une position par les canaux usuels du droit civil : la vente, principalement.

Une fois la part réifiée, il a paru utile, dans les formes où le besoin économique existait, d'améliorer la circulation des positions en dotant la part de traits améliorant sa cessibilité. La part devient meuble, par détermination de la loi, elle est assimilée à une créance, elle est titrisée. Par un jeu de fictions, on parvient à ériger les parts en biens quasi indépendants, quasi normaux.

Toutes ces opérations permettent d'améliorer la commercialité de la part et donc la valeur de la position de copropriétaire. Mais la part reste, par sa struc-

1. J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois* 1975, p. 146.

2. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 323.

ture même, un bien très spécial, qui ne peut exister en soi et pour soi, comme les biens ordinaires. Elle reste toujours liée à la propriété commune dont elle émane et ce lien indéfectible resurgit fréquemment, lorsque la logique de la propriété commune se rappelle à la logique commutative. Lorsqu'on cède des droits sociaux ou un lot de copropriété, on fait bien plus que transmettre un bien d'un propriétaire à un autre. Il ne s'agit pas de dénoncer cette réification et les fictions diverses dont les parts peuvent être l'objet. Il est utile d'assimiler les parts à des formes usuelles dont elles sont proches : droit réel ou droit personnel. Mais il ne faut pas oublier que les fictions ne doivent être prises pour la réalité *qu'en tant que de raison*, et pas au-delà. Au-delà, c'est la structure réelle de la part qui doit primer et orienter l'interprétation des textes.

Conclusion du Titre 2

483. La propriété commune génère des problématiques qui lui sont spécifiques. Des biens communs ? Certes, mais encore faut-il déterminer quel statut juridique va leur être assigné. Être propriétaire en commun ? Certes, mais encore faut-il déterminer quelle va être la nature du droit exercé sur les biens communs.

Il n'existe pas une réponse unique à ces questions, mais une pluralité. La personnalité morale dissimule totalement la gradation sous-jacente et complique sa mise en œuvre. À l'inverse, dans la perspective de la propriété commune, la personnalité morale est une technique parmi d'autres, destinée à satisfaire des besoins pratiques déterminés et susceptible elle aussi de degrés. L'espace est ainsi libéré pour aborder les problèmes structurels de la propriété commune et comprendre les réponses variées et graduées qui se manifestent en droit positif.

La «masse commune» et la «part» sont des notions spécifiques qui, en toute rigueur, ne sont pas réductibles aux notions de patrimoine ou au couple droit réel/droit personnel. Mais la «contrainte conceptuelle», identifiée dans le premier chapitre, joue ici : on ne peut s'affranchir de la structure individualiste et relationnelle du droit privé. Il est donc possible de recourir aux qualifications usuelles afin de doter la propriété commune d'un régime juridique et de favoriser son insertion dans le système conceptuel du droit privé. Pour autant, l'essentiel est de garder en mémoire que ces qualifications n'existent que par pragmatisme.

Conclusion de la première partie

L'objectif de cette première partie était de défendre une conception large de la propriété commune, englobant toutes les institutions assurant la jouissance privative d'un ou plusieurs biens à une pluralité de personnes. La propriété commune englobe donc les propriétés collectives classiques, mais aussi les biens appartenant aux personnes morales. Cette défense s'est faite en deux temps : la propriété commune est une théorie possible ; c'est une théorie utile.

La première étape, *historico-conceptuelle*, vise à montrer la *possibilité* de cette conception. Les institutions du droit positif, bien que très différentes aujourd'hui les unes des autres, ne proviennent pas de trajectoires historiques autonomes. Bien au contraire : ces institutions se sont entrecroisées, mélangées et inspirées tout au long de l'histoire. Le constat de cette fongibilité historique entre les formes de propriété commune laisse supposer qu'elles relèvent conceptuellement d'un cadre unique. Et de fait, il est aisé alors de voir leur point commun : toutes ces formes assurent aux propriétaires un *domaine réservé* sur les biens et la faculté corrélative d'exclure les non-propriétaires. C'est ce qui fait l'unité de la notion et permet de rattacher la propriété commune, malgré son particularisme, à la propriété privée. Certes, si l'on conçoit la propriété privée comme un *pouvoir* de l'individu, comme l'expression d'une *souveraineté*, alors la propriété commune est contradictoire. Elle ne peut exister car elle est annihilée à la base. Mais cette vision subjective de la propriété n'est pas une nécessité pour rendre compte du droit positif : la propriété privée peut être définie comme monopole juridique et économique dont bénéficie une ou plusieurs personnes sur des biens. Cette interprétation de l'article 544 du Code civil permet de réconcilier la propriété commune et la théorie de la propriété.

À ce stade, si la propriété commune a gagné son droit à l'existence comme concept autonome, le scepticisme peut rester de mise quant à son utilité. En quoi cette vision large de la propriété commune permettrait-elle d'éclairer tant le régime de la communauté légale que celui de la SA ? La réponse a été de montrer que la propriété commune, par sa structure même, engendre deux pro-

blématiques qui lui sont spécifiques. Quel statut assigner aux biens communs ? Comment qualifier le droit de chaque propriétaire sur ces biens (la part) ? Or, à cet égard, l'examen du droit positif révèle que ce n'est pas la présence ou l'absence de personnalité morale qui est déterminante. Bien au contraire, il existe une gradation entre toutes les formes de propriété commune, personnifiées ou non, dans la manière de traiter ces problématiques. Non seulement l'établissement de cette gradation permet de décrire le droit positif dans toute sa diversité, mais surtout il permet d'éclairer des difficultés théoriques et pratiques.

Au final, la propriété commune se révèle être un cadre conceptuel opératoire pour comprendre les évolutions et la structure des institutions qui en relèvent. Reste le problème fondamental : si la propriété commune assure aux propriétaires un monopole sur des biens, il faut répartir *en interne* les émoluments de la propriété afin que la propriété commune puisse fonctionner.

Seconde partie

Le fonctionnement de la propriété commune

484. La caractéristique de la propriété privée est de conférer par défaut au(x) propriétaire(s) un domaine réservé. Comme dans la propriété individuelle, la propriété commune confère donc aux propriétaires un double monopole. Un *monopole juridique* : par défaut seuls les propriétaires peuvent accomplir des actes juridiques sur les biens communs. Un *monopole économique* : par défaut, seuls les propriétaires bénéficient de la richesse et assument les charges liées aux biens communs. Les pouvoirs rattachés à ce double monopole forment les émoluments de la propriété.

Reste à déterminer comment se partagent les émoluments de la propriété entre une pluralité de propriétaires. On sait qu'il existe de multiples manières de partager ces émoluments, et il serait impossible de faire une recension du régime complet de toutes les propriétés communes qu'admet le droit positif. La méthodologie choisie a donc été de souligner certains aspects du régime des propriétés communes en choisissant de préférence les questions suscitant des difficultés en droit positif. C'est une manière d'éprouver la théorie proposée : si la notion de propriété commune parvient à éclairer les problèmes et incertitudes rencontrés actuellement dans les formes spéciales de propriété commune, alors elle aura montré sa légitimité en tant que concept.

Quand bien même les formes de propriété commune doivent organiser totalement les relations entre propriétaires, le double monopole - juridique et économique - que confère la propriété privée forment les armatures de leur régime. Les formes de propriété commune doivent nécessairement préciser comment gérer les biens communs (Titre 1) et comment en jouir (Titre 2).

Titre I

Gérer les biens communs

485. Dans une propriété individuelle, la simple qualification de propriétaire suffit à connaître l'étendue des prérogatives dont il dispose : toutes, sauf exception.

En revanche, il est impossible de *déduire* de la simple qualité de propriétaire en commun les pouvoirs qui lui seront conférés. Il s'agit d'un point essentiel. La propriété commune dissocie totalement la question de l'appartenance d'un bien et la question des pouvoirs sur ce bien.

Les pouvoirs sur le bien doivent être définis par chaque forme de propriété commune. Cette définition suppose de recourir à des *normes d'habilitations* : telle personne est autorisée à accomplir tel acte dans tel domaine selon telle procédure. Pour être efficace, une propriété commune suppose une bonne répartition des habilitations (Chapitre 1) et le respect de ces dernières (Chapitre 2).

Chapitre 1

Répartir les habilitations à gérer

486. Ensemble, les propriétaires en commun disposent virtuellement de tous les pouvoirs sur leurs biens communs, comme le propriétaire individuel sur son bien. Mais à la différence de la propriété individuelle, chaque forme de propriété commune doit répartir des habilitations à gérer, c'est-à-dire les droits, devoirs et prérogatives attribuées à chacun. Pour cela, il faut *définir* ces habilitations et leur *attribuer* un titulaire et un mode d'exercice.

487. *Définir les habilitations* signifie isoler le type d'acte, matériel ou juridique, que le titulaire serait habilité à accomplir. En général il s'agit d'une catégorie d'actes : par exemple les actes de disposition, les actes d'administration et les actes conservatoires. Certaines formes, comme la copropriété ou la communauté légale, recourent à des catégories encore plus fines. En théorie, il est possible de distinguer à l'infini des catégories d'actes de plus en plus spécifiques.

Une fois qu'elles sont définies, les habilitations doivent être *attribuées*, c'est-à-dire qu'il faut simplement définir *qui* peut exercer l'habilitation et *comment* : les titulaires et le mode d'exercice. Chaque forme de propriété commune possède une clé de répartition, mais les manières d'opérer cette répartition sont en *nombre fini*. Le ou les *titulaires des habilitations* ne peuvent être que les propriétaires ou leur représentant commun (Section 1). Une habilitation ne peut s'exercer que de trois manières : soit par plusieurs, de manière concurrente (i) ou concertée (ii) ; soit par un seul (iii) (Section 2).

Section I Le titulaire de l'habilitation : gestion directe ou gestion déléguée

488. Une habilitation fait l'objet d'une gestion directe lorsqu'un propriétaire en commun en est titulaire *en qualité de propriétaire en commun*. En revanche, une habilitation fait l'objet d'une gestion déléguée lorsqu'elle est exercée par une personne *en vertu d'une autre qualité que celle de propriétaire en commun*¹. La délégation est parfois imposée par la loi : celle-ci définit une fonction de dirigeant ou de gérant et impose aux propriétaires de procéder à sa nomination. Ce dernier dispose dès lors des habilitations sur les biens communs prévues par la loi, sous réserve d'amendements contractuels. Mais la délégation peut aussi être d'origine purement contractuelle.

L'immense majorité des formes de propriété commune *combinent* les deux modes de gestion. Certaines habilitations, souvent celles concernant la gestion «courante», font l'objet d'une délégation, tandis que d'autres, concernant souvent les opérations les plus graves, restent en gestion directe.

489. Aucun mode de gestion n'est plus efficace ou plus légitime *en soi* que l'autre. Ce n'est qu'au regard de certains paramètres (nature de l'habilitation, type sociologique de propriété commune) qu'un mode peut être considéré comme plus rationnel que l'autre. Il faut donc exposer les avantages et les inconvénients de chacun des modes de gestion (§1). On verra alors que la gestion déléguée suscite des difficultés propres, à savoir un coût d'agence, que le droit s'efforce de réduire (§2).

§ 1. Le choix entre les deux modes de gestion

490. La notion même de propriété commune peut laisser penser que la gestion directe est la *forme de principe*. Théoriquement, l'assertion est exacte. La

1. Cette personne peut cependant être elle-même propriétaire en commun par ailleurs.

propriété commune étant une forme de propriété privée, ce sont les propriétaires qui ont une vocation de principe à exercer leurs pouvoirs sur leurs biens.

Toutefois, ce «principe» est peu opératoire, car l'exercice concret de ces pouvoirs reste indéterminé tant que la forme juridique ne les a pas précisés et répartis. Il faut donc expliciter les raisons de recourir à la gestion directe (A) et celles justifiant le recours à la gestion déléguée (B).

A. Le recours à la gestion directe

491. Il est tentant de lier la gestion directe à l'absence de personnalité morale. Dans la théorie orthodoxe, qui dit personne morale dit organisation d'un intérêt collectif, et donc centralisation des pouvoirs sur les biens communs. À l'inverse, en l'absence de personnalité morale, la logique du droit réel plaide pour une attribution directe aux propriétaires. Ce critère est cependant indifférent (1) et dissimule surtout la nature des difficultés suscitées par la gestion directe (2).

1. Un paramètre indifférent : la présence d'une personne morale

492. Le choix du mode de gestion n'a jamais dépendu et ne dépend toujours pas de l'attribution au groupement de la personnalité juridique.

En droit romain, les sociétés de publicains développèrent une organisation similaire à celle d'une société anonyme actuelle bien avant l'octroi d'une personnalité juridique¹. En droit médiéval, les *universitates* firent l'objet d'organisations aussi complexes sans que les références à la personnalité juridique fussent toujours explicites.

1. Cf. G. DUFOUR, *Les societates publicanorum de la République romaine : ancêtres des sociétés par actions ?*, Thémis, 2012, p. 397 : «À cet égard, il faut remarquer qu'alors que les attestations relatives à la question de la personnalité juridique distincte des sociétés de publicains proviennent presque exclusivement de la période impériale, l'organisation interne des sociétés de publicains est principalement décrite par Cicéron au dernier siècle de la République. Les auteurs mettent généralement les deux ensemble et nous présentent ce qui en résulte comme le modèle standard de la société de publicains (détenant une personnalité juridique distincte, des actionnaires, un conseil d'administration et des dirigeants), mais il n'est pas évident qu'on puisse simplement agglomérer ainsi des éléments de preuve séparés par deux ou trois siècles».

Aujourd'hui, l'indivision, conventionnelle ou légale, admet des formes de représentation. Les porteurs de fonds communs de placement, bien que copropriétaires, sont dépourvus de tout pouvoir sur les actifs communs, au bénéfice de la société de gestion (art. L. 214-8-8, C. mon. fin). Enfin, dans un certain nombre de sociétés, les associés ont tous de manière supplétive la qualité de gérants. Sans surprise, il s'agit des sociétés réglementant des propriétés communes d'alliance ou de jouissance¹. La personnalité juridique consiste à assurer aux propriétaires un point d'imputation unique afin de simplifier leurs relations *externes*. La manière dont ils s'organisent *en interne* répond à d'autres impératifs.

493. L'identification opérée par Michoud entre la personnalité juridique et la présence d'un mode d'expression de l'intérêt collectif est empirique et non théorique. Pour construire son modèle, Michoud avait en tête la figure de l'*universitas* (État, grandes associations, fondations)². Or ces dernières cumulent effectivement personnalité juridique, autonomie patrimoniale et gestion déléguée. Mais *cumul* ne signifie pas *interdépendance* que le fameux «intérêt collectif» permettrait d'expliquer à lui tout seul, en un seul coup. De même que l'attribution de la personnalité juridique doit être distinguée de l'octroi d'une autonomie patrimoniale, de même il faut examiner les raisons économiques et sociologiques incitant à recourir à la gestion déléguée.

2. Les limites économiques de la gestion directe

494. La gestion directe de la propriété commune suppose de la part des propriétaires une *implication*. Le propriétaire doit à la fois exercer l'habilitation qu'il détient, mais surtout il doit rechercher l'information afin d'exercer au mieux ces habilitations. Cette implication génère donc des coûts en temps et en énergie.

1. Cf. art. L. 221-3, C. Com. (société en nom collectif) ; art. 11, Loi du 29 nov. 1966 (SCP). V. également dans le même sens l'art. 5114-32 du Code des transports, à propos de la copropriété de navires.

2. V. la manière dont il justifie les deux critères de la "réalité technique", en partant de l'État et en descendant ensuite aux autres formes (L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 2 t., LGDJ, 1906, n° 53 et s.).

Ce coût est évidemment contrebalancé par les avantages que reçoit le propriétaire en commun de la propriété commune. Dans un modèle de choix rationnel, si le coût d'implication est supérieur au bénéfice escompté, on prédit que l'agent va rester passif.

495. Un tel modèle est évidemment applicable dans une propriété individuelle. Le propriétaire peut s'investir pour augmenter ou conserver la valeur de ses biens ; il peut aussi rester passif s'il estime que le jeu n'en vaut pas la chandelle. Le problème est cependant beaucoup plus sérieux dans une propriété commune, car la pluralité de propriétaires a tendance à *augmenter les coûts d'implication* et à *réduire le bénéfice attendu* pour chacun des propriétaires en commun.

Les coûts d'implication augmentent car la pluralité oblige à une forme de coordination entre les propriétaires et rend plus difficile le partage de l'information utile pour la prise de décision. Il va de soi que ces coûts augmentent fortement en fonction de deux critères : le nombre de propriétaires et la complexité de l'information nécessaire pour la prise de décision.

Le bénéfice attendu est réduit, car chacun des propriétaires ne reçoit individuellement qu'une part de la richesse commune, contrairement au propriétaire individuel qui en reçoit la totalité. Plus cette part est réduite, moins il a tendance à s'impliquer, toutes choses égales par ailleurs.

Ce phénomène est très important dans l'organisation d'une propriété commune car dans certaines formes, elle rend la gestion directe impossible économiquement ; dans d'autres, elle la rend potentiellement dangereuse.

a. La gestion directe impossible

496. Dans un certain nombre d'hypothèses, la gestion directe devient économiquement impossible. Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer à titre d'expérience de pensée une grande société anonyme où toutes les décisions devraient être prises en assemblée générale. Non seulement la procédure serait démesurément lourde, mais les actionnaires ne disposent pas de l'information nécessaire pour assurer la gestion d'une entreprise capitaliste de grande envergure.

Or si l'on suit la définition de Max Weber, le capitalisme se caractériserait par la gestion totalement rationnelle d'un compte capital¹. Une telle rationalité suppose une information continue sur l'état du marché et une cohérence parfaite dans l'action. La grande société cumule donc les deux facteurs handicapants pour une gestion directe : un grand nombre de propriétaires et une information très spécifique pour la prise de décision². Le modèle proposé permet de prédire que la diminution du nombre de propriétaires et du degré de complexité de l'information permet plus de gestion directe.

Grâce au silence de la loi de 1901 sur l'organisation interne de l'association, c'est peut-être dans cette forme que la gradation est la plus visible. Une petite association réunissant quelques adhérents peut prendre toutes les décisions de manière collective ; en revanche, une structure organisationnelle plus complexe apparaît dès lors que le nombre d'adhérents augmente et que l'activité de l'association suppose une information spécifique et technique.

b. Le risque de la gestion directe : la «tragédie» de la passivité

497. Toutefois, même en dehors de ces situations, une propriété commune peut faire face à une situation de blocage. Chacun des propriétaires, pris individuellement, n'a intérêt à s'investir dans la gestion si les coûts d'implication sont supérieurs aux bénéfices retirés de la propriété commune. Si ce n'est pas le cas, personne n'agit et les biens communs dépérissent. Ce processus peut être appelé «tragédie» de la passivité : il s'agit d'une autre forme de «tragédie des

1. M. WEBER, *Histoire économique : Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Gallimard, 1992, p. 297.

2. K. ARROW, *Les limites de l'organisation*, PUF, 1976, p. 85 : «L'autorité, la centralisation de la prise de décision sert à économiser sur la transmission et le traitement de l'information».

biens communs» qui ne découle pas de la surexploitation des biens comme dans l'hypothèse classique, mais du désintérêt pour la gestion ¹.

À la différence du cas précédent, la tragédie peut être évitée. En effet les propriétaires peuvent avoir une motivation non économique à l'implication, du fait par exemple de liens communautaires préalables. Toutefois, les liens communautaires ne se décrétant pas juridiquement, en leur absence le droit doit intervenir pour empêcher l'apparition de la «tragédie» de la passivité.

498. Il s'agit d'un risque très présent dans l'indivision, où «chacun a tendance à abandonner aux autres le soin de gérer les biens indivis» ². Dès lors, le législateur est intervenu pour inciter à la gestion directe, notamment par le biais des articles 815-12 du Code civil, garantissant une rémunération pour le temps passé à la gestion commune, et 815-13, qui prévoit un remboursement des frais «selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation». Le droit de l'indivision met donc en place au profit de l'indivisaire actif une «gestion d'affaires fortement bonifiée» ³. De telles incitations ne peuvent cependant être efficaces que pour des propriétés communes temporaires. La gestion d'une propriété commune permanente suppose un investissement beaucoup plus continu. C'est précisément dans cette hypothèse que le recours à la gestion déléguée s'avère économiquement nécessaire.

499. La copropriété des immeubles bâtis en fournit l'exemple. L'article 664 du Code civil de 1804 prévoyait une gestion directe de la part des copropriétaires d'un immeuble, dans un esprit très individualiste, puisque les seules charges communes concernaient «les gros murs et le toit». L'insuffisance des dispositions légales entraîna la rédaction de règlements de copropriété sur une base vo-

1. G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science* 1968-12-13. La «tragédie des biens communs» désigne la tendance à la surexploitation des terres communes, puisque chacun à un intérêt rationnel à en profiter au maximum. Le terme de «tragédie», emprunté par Hardin au philosophe Alfred Whitehead, désigne «un processus irréversible et inévitable qui tient au fait que chacun est incité à se comporter égoïstement pour maximiser son gain sans se soucier du prix de son comportement supporté collectivement» (P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014, p. 145-146.).

2. A. SÉRIAUX, « “Nul n'est tenu de s'enrichir”. Une analyse économique du droit de propriété » in *Mélanges J-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 727.

3. *Ibid.*, p. 728.

lontaine, afin notamment de préciser le mode d'administration des parties communes¹. Le Code civil laissait dans l'ombre des questions pratiques importantes portant non seulement sur les droits des copropriétaires, mais aussi sur l'administration générale de l'immeuble : qui devait mettre en œuvre les réparations concernant les parties communes ou même obliger un copropriétaire à payer les charges communes ou à effectuer sa part d'entretien ? Sauf dans une communauté soudée de copropriétaires, aucun d'entre eux n'aurait été incité à engager des dépenses². Ce fut d'ailleurs historiquement le cas dans les immeubles corses construits avant le Code civil, où les escaliers étaient laissés «dans un état d'abandon proverbial. L'escalier n'intéresse pas ; on le considère comme une sorte de rue sur laquelle donne l'appartement»³.

En l'absence de toute disposition du Code, la pratique recourut donc d'elle-même à la nomination d'un syndic, considéré comme un mandataire des copropriétaires pour les affaires communes. Le régime du mandat posait de nombreuses difficultés, puisqu'un copropriétaire pouvait à tout moment considérer qu'il n'était plus représenté par le syndic. Ce dernier ne pouvait représenter en justice les copropriétaires que s'il recueillait leur consentement unanime⁴. La loi du 28 juin 1938 rendit obligatoire une telle nomination, mais la pratique semblait déjà bien installée.

500. L'histoire de la copropriété illustre combien face aux «tragédies» potentielles, les propriétaires peuvent eux-mêmes s'organiser par des institutions contractuelles pour aboutir à une meilleure gestion de leurs biens communs, dans un contexte «d'indigence législative»⁵. Pour reprendre la distinction élaborée par Hayek, le *nomos*, c'est-à-dire l'ordre défini par les individus, préfigure

1. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 612.

2. R. JACQUIER, *De la division par étages de la propriété des maisons*, Marseille, Imprimerie Ant. Ged., 1935, p. 126 : «Il faut chez le copropriétaire syndic un certain esprit d'abnégation pour s'occuper ainsi des affaires de tous et chez les autres il faut trouver de la confiance».

3. *Ibid.*, p. 24. La situation était meilleure dans les autres régions françaises, car les coutumes avaient pris en compte le caractère collectif de l'immeuble.

4. C.-L. JULLIOT, H. CAPITANT et L. MAGUET, *Traité-formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, 2^e éd., Paris : Journal des notaires et des avocats, 1927, p. 408.

5. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 698.

ici la *thesis*, c'est-à-dire le droit imposé par le législateur¹. Le *nomos* révèle ici un besoin de droit.

B. Le recours à la gestion déléguée

501. Si les inconvénients de la gestion directe sont trop importants, les propriétaires en commun peuvent transférer les habilitations sur les biens à un «agent commun»². Si la gestion déléguée confère de nombreux avantages aux propriétaires (1), ce succès économique contraste avec une incertitude persistante sur le fondement juridique des pouvoirs de l'agent (2).

1. Les avantages du recours à la gestion déléguée

502. Deux avantages principaux sont attachés à la délégation de la gestion : la possibilité pour les propriétaires de rester passifs sans que la valeur économique commune dépérisse ; la professionnalisation de la gestion.

a. Le droit à la passivité

503. La gestion déléguée permet de réduire considérablement le risque de passivité : une personne, un propriétaire ou un tiers, se voit confier la charge de veiller à la gestion des biens communs. Que la fonction soit accomplie à titre onéreux ou bénévolement, elle devient responsable de cette gestion³. Symétriquement, les propriétaires en commun ne s'impliquent plus dans la gestion quotidienne de la propriété commune mais se contentent d'en recevoir les bénéfices.

1. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, 2013. La création d'ordres institutionnels spontanés dans le cadre des «communs» a été mise en lumière par les travaux d'Elinor Ostrom. V. notamment E. OSTROM, *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. Traduction française : E. OSTROM, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010.

2. Ce terme regroupe tous les modes de représentation prévus dans les formes de propriété commune, légalement ou contractuellement. Il est emprunté au Professeur Dondero (B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. de H. LE NABASQUE, 2 t., PUAM, 2006, n° 156.).

3. V. par exemple en droit coutumier médiéval, la pratique de constituer des associations de propriétaires de troupeaux, qui choisissent et rétribuent un berger unique (P. MICHAUD-QUENTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Vrin, 1970, p. 291.).

Dans les formes de propriété commune les plus soumises aux risques qu'engendre la gestion directe, la loi *impose* le recours à une gestion déléguée. La société anonyme doit comporter un certain nombre d'organes chargés d'administrer la société pour le compte des actionnaires. Ces derniers ne peuvent pas, même s'ils le souhaitent, adopter une gestion directe¹. Il en est de même dans les formes où le risque de passivité est important, notamment dans la copropriété où la nomination d'un syndic est obligatoire (art. 17, Loi du 10 juillet 1965)².

Dans d'autres formes, le recours à la gestion déléguée est *optionnel*. C'est le cas de l'indivision, qui peut être maintenue en gestion directe par les indivisaires ou bien être mise entre les mains d'un gérant, qui pourra exercer les habilitations prévues par la convention ou de manière supplétive par les articles 815-3 2° («mandat général d'administration») et 1873-6 al. 2 («pouvoirs attribués à chaque époux») du Code civil.

Le cas de la communauté est plus ambigu : un époux peut-il confier à l'autre la gestion intégrale de la communauté dans le contrat de mariage ? La réponse semble a priori positive. L'art. 1497 2° du Code civil autorise de déroger «aux règles de l'administration», sans mentions supplémentaires³. Mais si la lettre de la loi semble favorable, l'esprit ne l'est pas. En effet, la loi du 23 décembre 1985 a voulu instaurer une égalité de principe entre époux qui serait peu compatible avec la gestion exclusive de la communauté par l'un d'entre eux. La plupart des auteurs en concluent donc qu'une telle clause serait contraire à l'ordre public⁴. En matière matrimoniale, la passivité est interdite.

1. Le cas de la SAS est plus complexe car il faut différencier les relations internes et externes. Les statuts peuvent en théorie prévoir une gestion directe pour toutes les décisions, par exemple résultant d'un vote majoritaire. Toutefois, envers les tiers, la SAS ne peut être représentée que par un Président ou des directeurs généraux, dont les noms doivent figurer dans les statuts.

2. Rapp. avec l'art. R. 612-2 al. 2 du Code de propriété intellectuelle, qui impose aux co-déposants d'un brevet la nomination d'un mandataire commun.

3. On ne peut invoquer la faculté de révocation d'ordre public de l'art. 218 puisque le texte vise la révocation du mandat portant sur «les pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue». Or c'est précisément cette attribution initiale par le régime conventionnel qui pose difficulté !

4. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 161, p. 151-152 : «les époux ne sauraient renoncer purement et simplement à leur droit d'administrer concurremment la communauté. Ainsi, ils ne pourraient stipuler que celle-ci serait administrée, soit par *le mari seul*, soit par *la femme seule* (contrairement à ce semblait admettre le droit antérieur». Selon les mêmes auteurs, la co-gestion est également d'ordre public (n° 697).

b. La professionnalisation de la gestion

504. Le second avantage de recourir à la gestion déléguée est de permettre la professionnalisation de cette gestion, notamment lorsque l'agent est un tiers. Ici, le droit de la propriété commune a accompagné une évolution plus générale observée dans le droit du mandat¹. Dans certaines formes de propriété commune, la gestion tend à être confiée à des tiers professionnels. C'est le cas en matière de copropriété des immeubles bâtis, où le syndic est devenu de plus en plus fréquemment une société professionnelle au cours du XX^e siècle, en lieu et place de l'un des copropriétaires. Ce fut également le cas en matière de société, par la professionnalisation des dirigeants.

Le recours au tiers professionnel ne permet pas seulement de corriger les vices de la gestion directe (le risque de passivité), mais permet aussi d'augmenter la valeur de la masse commune de manière plus importante que n'auraient pu le faire les propriétaires eux-mêmes. Dans le cas des OPCVM, c'est la création de la propriété commune qui se justifie par ce besoin de gestion professionnelle. La propriété commune est ici un moyen de se regrouper pour économiser les frais d'une telle gestion. Il n'est donc pas étonnant que le gérant tienne une telle place dans le droit de l'épargne collective : même dans le cas des SICAV «auto-gérées», le dirigeant est beaucoup plus qu'un simple dirigeant de société anonyme².

505. Le recours à un gestionnaire professionnel n'est pas cantonné au domaine de la propriété commune. Depuis le droit romain, les titulaires de patrimoines importants confient leur gestion à des personnes qualifiées³. En *common*

1. P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », *D.* 1992, p. 157.

2. A. COURET, H. LE NABASQUE et M.-L. COQUELET, *Droit financier*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 805.

3. Dans la société romaine, ces gestionnaires étaient systématiquement des esclaves, afin que le maître ait la possibilité de les torturer en cas de doute sur leur honnêteté (la réduction du coût d'agence, déjà). De par leurs fonctions, ils faisaient partie de l'élite des esclaves, avec des conditions de vie nettement plus favorables que la plupart des hommes libres. Conséquence : beaucoup d'hommes libres instruits n'hésitaient pas à se vendre volontairement comme esclaves pour espérer arriver à de telles fonctions. L'opération, normalement impossible en droit romain (le statut des personnes est indisponible, v. Dig. 40. 12. 13), était néanmoins habituelle. Sur la question, v. P. VEYNE, « Droit romain et société : les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire » in *La société romaine*, 2001, p. 247–280, spéc. p. 268 et s.

law, le *trust* opère une telle fonction depuis des siècles.

La société par actions moderne s'est inspirée du mécanisme fiduciaire, comme elle s'est inspirée de l'*universitas* médiévale auparavant. D'où des passerelles : en *common law*, les *fiduciaries duties* des dirigeants de sociétés se sont construits à partir du droit du *trust*, bien qu'ils ne s'y assimilent pas¹. De manière similaire en droit français, mais avec une chronologie inversée, on peut s'attendre à ce que le fiduciaire soit considéré comme tenu d'un devoir de loyauté envers le constituant et le bénéficiaire, de la même manière que le dirigeant de société l'est envers ses actionnaires et la société.

2. Analyse juridique de l'agence commune

506. Si la pratique de l'agence commune est relativement intuitive et relève parfois de la sphère du non-droit, la qualification juridique et le régime applicable ont toujours suscité des hésitations. Deux grandes traditions dans l'analyse de l'agence commune s'opposent (a) ; si l'institution ne peut se réduire purement et simplement à l'un des deux modèles, ces derniers peuvent servir à fournir un régime supplétif (b).

a. Deux grandes traditions

507. La première de ces traditions est celle articulée autour du contrat de représentation, qui se limite aujourd'hui au *mandat*². L'agent commun est fondamentalement un mandataire, tirant ses pouvoirs des propriétaires, ses mandants. Il exerce les habilitations dans l'intérêt de ces derniers et non dans son intérêt propre et dans la plupart des cas il a le pouvoir de représenter envers les tiers la collectivité des copropriétaires, que cette collectivité soit personnifiée ou non³.

1. C. A. HILL et B. H. McDONNELL, « Fiduciary duties : The emerging jurisprudence » in *Research Handbook on the Economics of Corporate Law*, Edward Elgar, 2012, p. 133–152.

2. Le droit romain admettait plus de diversité : la gestion des affaires d'autrui en matière commerciale s'effectuait non par le mandat mais par le recours à l'*institutor*. C'est cette dernière figure qui se rapproche de la gestion des sociétés, beaucoup plus que le mandat de droit civil. V. sur ce contrat, E. CHEVREAU, « Aux origines du contrat de gérance », *RDC* 2012, p. 11. Pour cette filiation via la *Prokura*, v. P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 275–288.

3. En faveur d'une telle qualification pour les sociétés personnifiées, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 280. L'analyse

508. Tout aussi ancienne, l'autre tradition remonte à l'*universitas* et aux sociétés de publicains du droit romain. Ces formes de propriété commune avaient des représentants permanents, appelés *syndicus* ou *institutor*. Ces représentants tiraient leurs pouvoirs de la loi, et non des membres du groupement. Ici, ce n'est pas le mandat qui fournit le modèle, mais la *représentation des incapables*¹. Le rapprochement avec la représentation légale fut initialement pragmatique : on disposait ainsi d'un régime supplétif en matière de procédure civile². Le XIX^e siècle fit une analyse beaucoup plus substantialiste et voulut véritablement assimiler le dirigeant au représentant d'une personne morale «incapable». Devant les impasses d'une telle approche, la tradition évolua vers une conception institutionnelle des pouvoirs des dirigeants sociaux, qui continue de s'opposer à l'approche contractuelle³. La force de cette tradition est de rendre compte du pouvoir permanent, obligatoire et étendu qu'exerce l'agent, peu compatible avec la précarité et le volontarisme entourant le droit du mandat.

509. Ces deux traditions ont évolué en parallèle, se sont combattues et se sont nourries mutuellement⁴. On retrouve également cette dualité en *common law*⁵. La première considère que le pouvoir de l'agent provient «du bas», c'est-

dans les groupements non personnifiés est plus délicate car l'agent commun peut n'avoir aucun pouvoir de représentation, condition essentielle du mandat en droit français permettant de le différencier du contrat d'entreprise. Le Professeur Dondero considère que la qualification de mandat doit être retenue par pragmatisme, afin «d'éviter l'apparition d'un déséquilibre entre les dirigeants des groupements non personnifiés et ceux des personnes morales, particulièrement des sociétés» (B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. de H. LE NABASQUE, 2 t., PUAM, 2006, n° 291.).

1. Cf. P. MICHAUD-QUENTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Vrin, 1970, p.309 : «Le *syndicus universitatis* du droit de l'antiquité tenait ses pouvoirs, comme le tuteur et le curateur, d'une disposition légale prise en fonction d'une nécessité de droit public, pour ne pas laisser sans défense la collectivité».

2. La Glose ordinaire sous Dig. 3.4.1 prévoit que l'*universitas* est considérée comme un mineur devant les tribunaux (*Ibid.*, p. 307.).

3. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, 21^{re} éd., LGDJ, 2014, n° 1667.

4. À titre d'exemple, les canonistes ont essayé de concilier les deux traditions en considérant très graduellement que le pouvoir du représentant d'une communauté ecclésiastique venait des membres de la communauté, mais sans pour autant adopter une analyse purement contractuelle.

5. En droit américain, il est relativement bien admis que le *board* n'est pas un mandataire des actionnaires, mais qu'il tient ses pouvoirs de la loi (v. par exemple M. M. BLAIR, «Corporate law and the team production problem» in *Research Handbook on the economics of Corporate*

à-dire des propriétaires, tandis que l'autre considère qu'il vient «du haut», c'est-à-dire de la loi. Aucune n'a réussi à réellement s'imposer, car l'agent commun n'est ni un mandataire classique, ni un représentant légal classique. Les partisans de chacun des camps ont donc été obligés de concéder qu'il s'agissait d'un mandataire «spécial», ou d'un représentant légal «spécial»¹. La jurisprudence elle-même a admis la spécificité du mandat d'agence commune puisque c'est à propos d'un mandat de ce type qu'a été créée la notion de mandat d'intérêt commun à la fin du XIX^e siècle².

b. L'agence commune, entre contrat et représentation légale

510. L'agent commun n'est ni un mandataire, ni un représentant légal. Il est *un peu plus* qu'un mandataire et *un peu moins* qu'un représentant légal. *Un peu plus qu'un mandataire*, car la fonction d'agent commun nécessite des pouvoirs qui vont au-delà de ce qui est normalement attribué à un mandataire. L'agent peut en général disposer des biens communs, en l'absence de tout pouvoir exprès (comp. art. 1988, C. Civ.) ; il n'est pas nécessairement nommé par tous les propriétaires en commun (cf. art. 815-3, C. Civ., à propos du mandat général d'administration donné par les deux tiers des indivisaires). *Un peu moins qu'un représentant légal*, car l'agent commun rend en permanence des comptes aux propriétaires et peut généralement être révoqué par eux.

511. La raison d'être de l'agence commune permet de comprendre cette situation intermédiaire. Selon les situations, l'agence commune est plus ou moins une nécessité. Lorsqu'elle est optionnelle, elle se rapproche de la figure du mandat, qui est une représentation *facultative* (le mandant aurait pu ne pas conclure le mandat). Lorsqu'elle est économiquement nécessaire, elle se rapproche de la représentation légale, puisque la représentation légale est au contraire une *nécessité juridique* (l'incapable ne peut agir).

Law, Edward Elgar, 2012, p. 42.). À l'inverse, le droit anglais raisonne plus volontiers dans le cadre classique de l'*agency*.

1. Pour le mandat, v. notamment S. ASENSIO, « Le dirigeant de société, un mandataire «spécial» d'intérêt commun », *Rev. Sociétés* 2001, p. 683. et P. DIDIER et P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, coll. «Corpus», Economica, 2011, n° 268.

2. Cf. infra, n° 536

Ainsi, le gérant de l'indivision ou de la copropriété de navires est plutôt considéré comme un mandataire, tandis que la société de gestion d'un OPCVM est plutôt considérée comme un représentant légal. Reste le cas plus intermédiaire du dirigeant social, où l'opposition doctrinale se noue. Peut-être faut-il renoncer à une qualification valable pour tout le droit des sociétés : on sent bien que le gérant de la société civile est plus proche du mandataire que le directeur général d'une SA.

512. Si l'agent commun n'est ni un mandataire ni un représentant légal au sens strict, rien n'empêche de recourir, *par analogie*, aux règles régissant ces types de représentation, à titre de droit supplétif, tant que cela ne dénature pas frontalement la structure propre de l'agence commune. La ligne de partage entre le modèle du mandat et le modèle de la représentation légale peut être définie par le titulaire des *pouvoirs résiduels*. Le titulaire des pouvoirs résiduels est celui qui, par défaut, peut agir, même si l'acte n'est pas visé explicitement. Dans le cadre du mandat, le mandant est titulaire des pouvoirs résiduels : les pouvoirs du mandataire sont encadrés par la procuration. A l'inverse, dans le modèle de la représentation légale, c'est plutôt le représentant qui est titulaire, la loi définissant en général les actes qui restent de la compétence du représenté.

Dans une propriété commune, il est important de définir *ex ante* qui est titulaire des pouvoirs résiduels¹. Mais dans le cas contraire, il faut déterminer le modèle applicable selon les formes de propriété commune. Certaines formes penchent clairement du côté de la représentation légale. C'est le cas notamment lorsque la loi indique que l'agent dispose de «tous les pouvoirs», sauf exception légale ou conventionnelle². Dans ce cas, les pouvoirs résiduels doivent être attribués à l'agent et non aux propriétaires. À l'inverse, on peut voir dans la for-

1. V. par exemple pour la SAS, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1005 : «Les rédacteurs de statuts ont tout intérêt à définir leur propre liste de décisions collectives, et à la compléter par le choix d'une solution générale subsidiaire».

2. Cf. à propos de la SA la formulation de l'art. L. 225-56, C. Com : «Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration». V. également l'article L. 221-4, applicable dans la SNC et dans la SARL (par renvoi de L. 223-18, C. Com) : «Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société».

mulation de l'art. 1873-6 du Code civil une volonté de cantonner les pouvoirs du gérant de l'indivision dans un cadre prédéfini : l'analyse contractuelle est alors préférable.

513. La jurisprudence a été confrontée à ce problème en matière d'association. L'analyse traditionnelle est contractuelle : en accord avec le droit du mandat, le président de l'association ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont attribués dans les statuts et ceux qui en sont la suite nécessaire¹. En revanche, dans le cas contraire, il n'est pas habilité². L'arrêt du 3 mai 2006, prévoyant l'application subsidiaire du droit des sociétés au droit de l'association, pourrait entraîner un basculement vers le modèle de la représentation légale³. Comme le dirigeant de société, le président de l'association pourrait agir dans l'intérêt de l'association, sauf pour les décisions dévolues légalement ou contractuellement à un autre organe.

§ 2. La réduction des inconvénients de la gestion déléguée (coût d'agence)

514. Un problème d'agence, au sens économique du terme, désigne une situation dans laquelle le bien-être d'une partie, *le principal*, dépend des actions

1. Et parfois le préalable : la Chambre criminelle a ainsi considéré que des statuts permettant au président de représenter l'association en justice font présumer qu'il est aussi habilité à prendre la décision d'agir en justice (Cass. Crim., 2 déc. 2008, n° 08-83759, Bull. n° 242.).

2. À propos du droit d'agir en justice, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2002, n° 00-18946, Bull. n° 272 ; Rev. Sociétés 2003. 341, note P. HOANG ; Bull. Joly Sociétés 2003, § 49, note GROS-CLAUDE.

3. Cass. Civ. 1^{ère}., 3 mai 2006, n° 03-18229, Bull. n° 206, GAJC, tome 2, n° 290 ; D. 2006. 2037, note K. RODRIGUEZ ; JCP E 2006. 2675, note F.-X. LUCAS ; RTD Com. 2006. 619, obs. GROSLANDE ; Rev. Sociétés 2006. 855, obs. D. RANDOUX ; LPA 27 juillet 2007, 13, note Ph. SCHULTZ. Ce principe de subsidiarité, diversement apprécié en doctrine, est peut-être trop brutal et général. La meilleure solution, dans l'absolu, serait de distinguer entre les « petites » associations, où la volonté des parties est généralement de rester dans un cadre contractuel, et les « grandes » associations qui présentent une structure similaire à celle des sociétés par actions⁴. Autant le recours au droit des sociétés est rationnel dans le second cas, autant il peut être contraire aux attentes des parties dans le premier. La volonté des parties et la structure objective de l'association en cause devraient fournir le cadre de la discussion, malgré l'incertitude générée (v. en ce sens D. HIEZ, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », Rev. Sociétés 2012, p. 671, n° 10.).

d'une autre partie, *l'agent*. Le problème du principal est de s'assurer que l'agent accomplira sa mission en prenant en compte seulement ses intérêts et non le sien propre. Une relation d'agence provoque donc trois sortes de coûts : les coûts de surveillance (supportés par le principal), les coûts de garantie (supportés par l'agent) et la «perte résiduelle», qui renvoie au fait que l'agent étant une personne différente du principal, il existe nécessairement des divergences d'appréciation¹. Ces trois coûts sont regroupés sous le nom de coûts d'agence : ce sont les coûts supportés par le principal par rapport à la situation où il aurait accompli la prestation lui-même. Il est économiquement rationnel de déléguer une prestation si les bénéfices de la délégation sont supérieurs aux coûts d'agence.

515. La relation d'agence a un champ excessivement large, puisqu'elle concerne n'importe quel contrat dans lequel un contractant promet d'accomplir une prestation. Mais c'est dans le domaine de la représentation qu'elle est la plus significative juridiquement, et en particulier dans la délégation de la gestion dans la propriété commune². En effet, dans un certain nombre de formes de propriété commune, le recours à la gestion déléguée est une nécessité économique : la propriété commune ne pourrait pas fonctionner en gestion directe³. Dans ce genre d'hypothèse, la tâche du droit devient de *réduire les coûts d'agence*. À vrai dire, une bonne partie du droit des grandes sociétés, quel que soit le système juridique, vise à éviter l'apparition de trop grandes divergences entre l'action des dirigeants (l'agent) et les intérêts des actionnaires (le principal)⁴. Si la «corporate gouvernance» occupe le devant de la scène, le problème touche en réalité

1. M. C. JENSEN et W. H. MECKLING, « Theory of the firm : managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economics* 1976, p. 308.

2. V. pour l'utilisation de la théorie de l'agence à tous les cas de représentation, P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, spéc. n° 206 et 207.

3. Cf. P. DIDIER et P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, coll. «Corpus», Economica, 2011, n° 268. : « [Les divergences d'intérêts] prennent un relief particulier dans les grandes sociétés, celles dont les actionnaires sont si dispersés que les mandataires sociaux échappent à leur contrôle et se voient en mesure de choisir eux-mêmes les membres des conseils chargés de les contrôler ».

4. V. en ce sens, R. KRAAKMAN, J. ARMOUR et ALII, *The Anatomy of Corporate Law : A comparative and functional approach*, 2^e éd., OUP, 2009, spéc. p. 55 et s. L'expérience russe dans les années 1990 a révélé que la présence d'une réglementation légale était absolument nécessaire pour protéger les actionnaires (v. sur ce point B. BLACK, R. KRAAKMAN et A. TARRASSOVA, « Russian Privatization and Corporate Gouvernance : What Went Wrong ? », *Stanford Law Review* 2000, 52, p. 1731.).

toute propriété commune recourant, même partiellement, à la gestion déléguée.

516. Cette réduction des coûts d'agence est de l'intérêt de toutes les parties (et pas seulement du principal). En effet, les coûts d'agence (notamment les coûts de surveillance) sont répercutés indirectement sur l'agent : ce dernier bénéficie donc aussi de tout allègement¹. Dans cette optique, les formes de propriété commune développent deux types de mesures : les mesures d'encadrement, qui visent à réguler directement le comportement de l'agent (A) ; les mesures incitatives, qui visent à aligner les intérêts de l'agent et des propriétaires² (B).

A. Les mesures d'encadrement

517. Les stratégies normatives consistent soit à limiter les pouvoirs de l'agent (1), soit à lui imposer des devoirs (2).

1. La limitation des pouvoirs

a. Le maintien légal d'un domaine réservé à la gestion directe

518. Il n'existe aucune forme à ce jour permettant à un agent commun de passer absolument tous les actes matériels ou juridiques portant sur les biens communs - à l'exception de l'association³. Toutes les formes de propriété commune prévoient que les habilitations les plus importantes doivent être exercées en gestion directe, et ce de manière impérative.

1. On peut ainsi prédire que l'encadrement légal des emprunts obligataires visant à éviter tout comportement opportuniste de la part de la société émettrice permet d'abaisser le taux d'intérêt, ce qui est aussi dans l'intérêt de la société émettrice.

2. Ces deux catégories sont empruntées, avec quelques modifications, à R. KRAAKMAN, J. ARMOUR et ALII, *The Anatomy of Corporate Law : A comparative and functional approach*, 2^e éd., OUP, 2009, p. 37-38.

3. Ni la loi ni le décret de 1901 ne définissent en effet de domaine impératif. Toutefois, la majorité des associations prévoient que l'assemblée est compétente pour les actes les plus graves. La jurisprudence a également posé comme principe qu'«en l'absence de toute disposition particulière dans les statuts ou de délégation de pouvoirs à un autre organe, les actes dépassant l'administration courante d'une association ne peuvent être décidés que par la collectivité des associés, réunis en assemblée générale» (v. les références citées dans H. DURAND, *La gouvernance des associations*, préf. de M.-H. MONSIÉRE-BON, Dalloz, 2015, n° 416.).

Toutefois, ce domaine impératif varie considérablement en fonction des formes de propriété commune, afin de tenir compte des spécificités socio-économiques de chacune. Dans l'indivision, le gérant ne peut accomplir d'acte de disposition, l'art. 1873-6 du Code civil réputant non écrite toute clause contraire de la convention d'indivision. À l'inverse, dans les sociétés, seules les opérations les plus importantes portant sur le capital social sont de la compétence des assemblées d'associés.

Par hypothèse, ce domaine impératif n'existe pas dans les formes innommées de propriété commune, comme la tontine. Quelle est la limite que le contrat-organisation ne peut pas franchir ? La solution la plus raisonnable serait de recourir au droit commun du mandat, par analogie, c'est-à-dire d'exiger une autorisation spéciale des propriétaires pour tout acte de disposition¹. En revanche, la convention pourrait lui donner un pouvoir général pour les actes d'administration. Une difficulté particulière concerne le pouvoir de déclarer les créances communes : la Cour de cassation assimilant cette habilitation à une demande en justice exige en conséquence la présence d'un mandat *ad litem*, qui doit être «spécial et écrit»². La reconnaissance légale de l'agent des sûretés (art. 2328-1, C. Civ.) en matière de cocontrat devrait l'habiliter à pouvoir déclarer les créances communes en l'absence de tout pouvoir spécial.

1. C'est la voie que suit la jurisprudence pour apprécier la validité des actes conclus par les chefs de file dans les pools bancaires. Ainsi, un abandon de créance ne peut être conclu que suite à un mandat spécial des membres du pool (Cass. Com., 8 fév. 2005, n° 03-11909, non publié ; RTD Com. 2005. 401, obs. D. LEGEAIS.).

2. V. à propos du refus de considérer comme valable la déclaration opérée par le chef de file d'un pool bancaire (Cass. Ass. Plén., 26 jan. 2001, n° 99-15153, Bull. n° 1 ; JCP G 2001 II 10552, note D. LOCHOUARN ; JCP E 2001. 617, note M. BÉHAR-TOUCHAIS.). Cette exigence est moins problématique depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 puisque la ratification est désormais possible (art. L. 622-14, al. 2, C. Com.).

b. Le contrôle par les tiers

519. Il ne suffit pas d'assurer une gestion directe minimale pour assurer le maintien d'une convergence de vues entre l'agent et les propriétaires. En effet, dans les grandes propriétés communes, comme les sociétés à l'actionnariat dispersé, la «tragédie» de la passivité refait surface : les actionnaires ne participent pas aux assemblées et n'exercent pas les habilitations dont ils sont investis¹. Le petit actionnaire a un *intérêt au désintérêt social* : seuls des motifs autres, essentiellement moraux, peuvent le pousser à s'engager dans un combat contre l'équipe dirigeante. Dans ce contexte, il est inutile de renforcer ses pouvoirs s'il ne les exerce pas².

520. Le droit a donc cherché d'autres solutions. La première stratégie est de *déléguer le contrôle* à un organe spécialisé : le conseil de surveillance ou le conseil d'administration³. La structure institutionnelle devient plus complexe et engendre un problème classique : «qui gardera les gardiens ?» Les dirigeants sont contrôlés par un conseil d'administration, lui-même contrôlé par un comité d'audit. Mais qui contrôle le comité d'audit ?

Pour éviter cette régression à l'infini, la seconde stratégie est de déléguer le contrôle à un *tiers* dont la neutralité est imposée. Le commissaire aux comptes en est un exemple ancien et vivace⁴. Toutefois, le commissaire aux comptes ne peut exercer un contrôle que sur la légalité des opérations et non sur leur bien-fondé.

521. La nomination d'*administrateurs indépendants* a donc été fortement encouragée et a été présentée aux États-Unis comme la principale solution au problème d'agence dans le cadre sociétaire⁵. Le renversement a été total aux

1. Le phénomène est beaucoup moins net dans les sociétés à l'actionnariat par «blocs». Dans ce cas, les gros actionnaires, même minoritaires, retrouvent un bénéfice à surveiller la gestion et à exercer attentivement leurs prérogatives.

2. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 101 : «Le législateur tentait quelque chose d'impossible : secouer l'indifférence des actionnaires».

3. À la différence du conseil de surveillance, le conseil d'administration a aussi une fonction de direction.

4. Le droit de l'association a révélé que les comportements opportunistes des agents de grandes structures étaient un risque réel. La réponse logique a été d'imposer aux grandes associations de nommer un commissaire aux comptes.

5. L'administrateur indépendant s'oppose à l'administrateur exécutif (*inside director*). La définition du Code AFEP-MEDEF reprend globalement celle adoptée par les juridictions du

États-Unis dans la seconde moitié du XX^e siècle : alors qu'en 1950, les administrateurs indépendants étaient minoritaires dans les conseils d'administration, leur proportion dépasse aujourd'hui 80% en moyenne¹. Dans les sociétés cotées, la législation fédérale impose notamment que tous les membres des comités d'audit soient indépendants, la législation française imposant qu'au moins un membre de ces comités le soit (art. L. 823-19, C. Com).

Le phénomène a été moins important en droit français pour diverses raisons. La gouvernance des sociétés françaises est d'inspiration monarchique (sans jugement de valeur), ce qui s'accommode mal de l'intrusion de tiers ; les cadres exécutifs sont moins présents traditionnellement dans les conseils d'administration² ; l'actionnariat est un peu moins dispersé³.

522. Le recours aux administrateurs indépendants ne constitue pas une panacée, car plusieurs dangers sont possibles. Les administrateurs ne sont indépendants que dans un monde idéal : une indépendance économique peut s'accompagner d'une véritable complicité sociologique avec l'équipe dirigeante, pouvant altérer le jugement (anciens camarades de promotion, anciens collègues, entre-soi divers...).

Même en supposant l'administrateur indépendant intègre, les difficultés ne sont pas résolues. Contrairement aux "*insiders*", ce dernier ne connaît pas la situation de la société : cela suppose donc de sa part un investissement important dans le traitement de l'information afin que son jugement soit éclairé. Cela suppose aussi de sa part une bonne connaissance du marché⁴. Ici se manifeste

Delaware : il s'agit d'une personne qui n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement (art. 9.1).

1. L. M. FAIRFAX, « The elusive quest for director independence » in *Research Handbook of the Economics of Corporate Law*, sous la dir. de C. A. HILL et B. H. McDONNELL, Edward Elgar, 2012, p. 171. La proportion est stable depuis la fin des années 90. Comp. avec les recommandations du Code AFEP-MEDEF : la moitié des administrateurs dans les sociétés au capital dispersé et sans actionnaire de contrôle ; un tiers dans les sociétés contrôlées.

2. J. DELGA, « L'administrateur indépendant en France : un mythe ? », *JCP E* 2004, 150.

3. Pour un état des lieux sur les administrateurs indépendants en France, v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 683.

4. L. M. FAIRFAX, « The elusive quest for director independence » in *Research Handbook of the Economics of Corporate Law*, sous la dir. de C. A. HILL et B. H. McDONNELL, Edward Elgar, 2012, p. 180.

peut-être un problème structurel auquel sont particulièrement sensibles les sociétés ayant des activités très techniques dans un marché en rapide mutation (par exemple dans les nouvelles technologies) : les seules personnes en dehors de la société qui ont les informations suffisantes pour émettre un jugement pertinent sont souvent... les concurrents. Bilan mitigé en conséquence pour l'efficacité des administrateurs indépendants, ce que les enquêtes empiriques confirment¹.

2. L'imposition de devoirs

a. Les devoirs d'information

523. Tout agent commun est titulaire d'un devoir d'information minimal à destination des propriétaires. On retrouve cette obligation dans la plupart des formes de propriété commune sous la forme d'une transmission ou d'une mise à disposition de documents². Même en l'absence de dispositions spécifiques dans la forme juridique, la jurisprudence a considéré que cette obligation découlait de l'obligation du mandataire de rendre des comptes au mandant (art. 1993, C. Civ.). Toutefois, le régime du mandat ne peut s'appliquer tel quel. Car si en matière de mandat il est admis que le mandataire puisse être dispensé de rendre des comptes, une telle dispense paraît beaucoup plus difficile à admettre dans la gestion d'une propriété commune ou même dans toute gestion pour autrui³. En effet, la dispense de reddition des comptes s'explique par l'origine du contrat de mandat qui avait vocation à lier des personnes unies par un lien de confiance pré-existant. Tels sont d'ailleurs en pratique les cas où la jurisprudence reconnaît la validité d'une telle dispense⁴. Dans une propriété commune, ce lien de confiance

1. L. M. FAIRFAX, « The elusive quest for director independence » in *Research Handbook of the Economics of Corporate Law*, sous la dir. de C. A. HILL et B. H. McDONNELL, Edward Elgar, 2012, p. 170-191, p. 186 : « Taken as a whole, the empirical evidence does not convincingly prove that independent directors necessarily lead to more effective and efficient monitoring ».

2. V. par exemple dans la convention d'indivision (art. 1873-11, C. Civ.), dans la copropriété des immeubles bâtis (art. 18-1, Loi du 10 juillet 1965).

3. V. en ce sens, P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2004, n° 614.

4. Par ailleurs, comme le note un auteur, il s'agit dans ces hypothèses non pas « de contester que le mandataire doit rendre compte mais uniquement d'apprécier si, concrètement, il a rempli son obligation. C'est dire que n'est pas en cause le principe de reddition de compte mais sa mise en œuvre » (P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000,

n'existe pas nécessairement et la gestion pour autrui ne concerne pas seulement un acte déterminé, mais toute une série d'actes. L'obligation d'information est en effet le moyen principal de lutter contre le problème d'agence : les propriétaires peuvent vérifier que les actes accomplis pour leur compte par l'agent commun sont conformes à la mission qui lui a été assignée, soit par contrat soit par la loi.

524. S'ouvre cependant un paradoxe, très bien mis en lumière par Arrow. La justification de la délégation de la gestion réside, on l'a vu, dans le souci d'économiser la diffusion de l'information nécessaire à la prise de décision. Les propriétaires doivent faire un minimum confiance à leur agent pour servir au mieux leurs intérêts. Si on impose à ce dernier de devoir sans cesse se justifier envers les propriétaires ou envers un autre organe, la gestion déléguée ne sert plus à rien. Comme l'exprime Arrow, toute autorité doit rendre des comptes. Mais plus on rend des comptes, moins on possède d'autorité¹. Il existe donc un seuil, difficile en pratique à déterminer, où l'alourdissement de l'obligation de rendre des comptes devient économiquement inefficace.

525. C'est pour cette raison que l'obligation de rendre des comptes est toujours *intermittente*². Elle ne survient qu'à échéances périodiques et/ou en cas de situation légitimant un contrôle accru. Même intermittente, cette obligation est toujours à la recherche d'un équilibre : les hésitations du droit français à propos de l'expertise de gestion en sont un excellent exemple³. Cette institution est typiquement un outil de lutte contre le problème d'agence : seuls les actes passés ou initiés par les dirigeants peuvent d'ailleurs y être soumis⁴. Mais l'exercice de l'expertise de gestion porte nécessairement atteinte à la confiance dans le dirigeant et peut aboutir à paralyser le fonctionnement de la société. D'où la re-

n° 286.).

1. Le cas extrême est le suivant : «Si toute décision de A doit être examinée par B, il y a alors véritablement passage de l'autorité de A à B et par suite le problème originel n'a pas de solution» (K. ARROW, *Les limites de l'organisation*, PUF, 1976, p. 101.).

2. *Ibid.*, p. 101.

3. V. notamment les modifications apportées par la loi NRE à l'art. L. 225-231, C. Com.

4. Sont exclues du champ d'application du texte les décisions relevant de la compétence exclusive de l'assemblée (Cass. Com., 12 jan. 1993, n° 91-12548, Bull. n° 10 ; Rev. Sociétés 1993. 426, note B. SAINTOURENS ; D. 1993. 139, note T. BONNEAU ; Bull. Joly Sociétés 1993. 343, note P. LE CANNU ; Dr. Sociétés 1993, n° 58, note H. LE NABASQUE ; JCP 1993 II 22029, note Y. GUYON ; JCP E 1993 II 415, note A. VIANDIER.).

cherche d'un équilibre par le législateur et la jurisprudence, au prix de quelques tâtonnements.

b. Les devoirs fiduciaires

526. L'agence commune crée nécessairement une dépendance des propriétaires vis-à-vis de leur agent. Pour corriger cette dépendance, le droit fait peser sur les agents des devoirs comportementaux auxquels ils sont tenus de par leur seule fonction. Ce standard plus exigeant permet éventuellement d'engager leur responsabilité : un comportement qui n'aurait pas été considéré comme fautif en soi le devient parce qu'il a été accompli par une personne gérant pour autrui. C'est la contrepartie de la confiance accordée par les propriétaires à leur agent commun : d'où l'appellation de devoir fiduciaire, se dissociant traditionnellement en un devoir de loyauté et un devoir de diligence ¹.

527. La manifestation la plus explicite de ce devoir est le devoir de loyauté. Les connotations morales du terme génèrent à la fois une souplesse bienvenue et une incertitude juridique. Pour réduire cette incertitude, on peut rapprocher la loyauté de l'attente légitime : est déloyal celui qui contrevient à cette attente ². Appliquée à la question de la propriété commune, la loyauté de l'agent doit donc s'apprécier *au regard des attentes des propriétaires*. Ces attentes peuvent varier d'une forme de propriété commune à une autre ainsi qu'au gré des espèces. Ici encore, il faut s'écarter du droit du mandat, qui oblige le mandataire à agir dans l'intérêt exclusif du mandant ³. Plutôt que de voir l'obligation de loyauté comme un devoir moral monolithique, cette vision relative ouvre un espace à la diversité des situations, voire à un aménagement contractuel de la définition de la loyauté, dans un sens restrictif ou permissif.

La jurisprudence rendue en matière de sociétés ne contredit pas cette vision relative. Dans l'affaire *Vilgrain*, l'actionnaire pouvait avoir comme attente lé-

1. P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 223 et s.

2. L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *APD* 2000, 44, p. 197. : « le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude *double*, qui égare autrui et ruine ses prévisions ».

3. En faveur de cette distanciation dans le cadre du contrat de gestion, v. P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2004, n° 633. Le droit anglais retient un standard aussi élevé en matière de loyauté des dirigeants.

gitime que le dirigeant agisse comme intermédiaire neutre pour la cession des actions, et non comme spéculateur¹. Il existe également une attente légitime à ce que le dirigeant n'utilise pas ses pouvoirs (en l'espèce supprimer les clauses de non-concurrence des salariés) pour créer une entreprise concurrente à la société qu'il gère². La question des opportunités d'affaires est déjà beaucoup plus délicate : on peut tout à fait imaginer que les associés entendent laisser le dirigeant profiter de ces opportunités ou bien à l'inverse exiger de lui qu'il les réserve à la société. Dans chacun des deux cas, il est possible que la rémunération soit adaptée en conséquence, afin d'aboutir à un équilibre contractuel. On ne peut donc pas dire qu'un tel comportement est loyal ou déloyal *en soi* : il faut rechercher quelle a été l'intention générale des parties quant à la liberté de leur agent commun, en l'absence de disposition contractuelle explicite³.

528. Si le *duty of care* n'a pas été reconnu explicitement par la jurisprudence française à titre de source autonome de responsabilité, il semble être pris en compte par les juridictions françaises dans l'appréciation de la faute des administrateurs⁴. Dans le régime défini par l'arrêt dit du *Crédit Martiniquais*, l'administrateur ne peut échapper à sa responsabilité personnelle que s'il établit qu'il s'est conduit en administrateur «prudent et diligent». Contrairement au devoir de loyauté, une reconnaissance explicite du devoir de diligence n'est pas nécessaire en droit français, puisque le droit de la responsabilité civile prévoit déjà que le

1. Cass. Com., 27 fév. 1996, n° 94-11241, Bull. n° 65, *Vilgrain* ; JCP 1996. II. 22665, note J. GHESTIN ; D. 1996. 518, note Ph. MALAURIE ; RTD Civ. 1998. 114, obs. J. MESTRE ; Bull. Joly. 1996. 495, note A. COURET.

2. Cass. Com., 24 fév. 1998, n° 96-12638, Bull. n° 86 ; Bull. Joly Sociétés 1998, p. 813, note B. PETIT ; Rev. Sociétés 1998. 546, note M.-L. COQUELET.

3. Pour un cas où les associés avaient manifesté leur intention d'effectuer l'opération, v. Cass. Com., 18 déc. 2012, n° 11-24305, Bull. n° 233 ; D. 2013. 288, note T. FAVARIO ; Rev. Sociétés 2013. 362, note T. MASSART ; RTD Com. 2013. 90, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; JCP E 2013. 1084, note M. ROUSSILLE.

4. Ce *duty of care* peut être défini comme «une obligation générale pour tout mandataire social d'agir de bonne foi avec la conviction de servir le meilleur intérêt de la société et en y apportant le soin d'une personne normalement raisonnable et prudente se trouvant dans la même position, notamment en ne prenant de décision que sur une base informée» (D. MARTIN et M. FRANÇON, « Responsabilité des administrateurs : Les juges français appliquent-ils les principes du *duty of care* (sans le savoir) ? », *Actes prat. et ing. sociétaire* mai-juin 2014, 135, n° 4.).

comportement fautif soit apprécié au regard d'un standard de référence¹. L'élaboration doctrinale du standard de l'administrateur «prudent et diligent» peut donc être vue comme une simple application de cette méthode².

529. Afin de réduire le risque d'agence, le droit encadre les pouvoirs des agents et leur impose des devoirs. L'objectif de cet arsenal normatif doit être de parvenir à un équilibre entre la diminution du risque d'agence et le maintien d'une certaine autonomie de l'agent, qui est la raison d'être de son existence. Telle est la difficulté à laquelle fait face les mesures d'encadrement. Les mesures incitatives n'ont pas ces difficultés, mais elles en rencontrent d'autres.

B. Les mesures incitatives

530. Les mesures d'encadrement tentent d'aligner les intérêts des agents et des propriétaires par l'édiction de règles et de standards. Les mesures incitatives poursuivent le même objectif, mais par des moyens indirects. L'idée est d'amener l'agent à se conformer de lui-même aux intérêts des propriétaires. Comme dans toute entreprise de persuasion, deux grands moyens existent : la carotte et le bâton ; la promesse d'un bénéfice personnel (1) et la menace de la révocation (2).

1. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 53.

2. Cf. D. MARTIN et M. FRANÇON, « Responsabilité des administrateurs : Les juges français appliquent-ils les principes du *duty of care* (sans le savoir) ? », *Actes prat. et ing. sociétaire* mai-juin 2014, 135, p. 17. qui définissent quatre devoirs principaux : un devoir de présence (participer régulièrement et effectivement aux travaux et réunions du conseil) ; un devoir de compétence (acquérir les connaissances nécessaires à l'accomplissement de sa mission) ; un devoir de vigilance (requérir les documents et informations nécessaires, assurer le suivi des questions importantes, solliciter si besoin des éclaircissements) ; un devoir de dissidence (s'opposer aux décisions et abstentions fautives du conseil et au besoin s'en dissocier).

1. La rémunération de l'agent

531. La principale incitation de l'agent est une rémunération suffisante. La jurisprudence a ainsi précisé que la rémunération du gérant de l'indivision devait se calculer non en fonction des résultats obtenus, mais en fonction du temps passé, sous réserve des éventuelles fautes de gestion¹. Elle n'est cependant due que si l'indivisaire a géré pour les autres, et non «essentiellement pour son compte»². En règle générale, la rémunération est fixée *ex ante* par les propriétaires et leur agent. Dans le cas contraire, le recours au droit du mandat peut s'avérer utile à titre de droit supplétif. Si l'agent commun est un professionnel, alors il existe une présomption de mandat rémunéré³. Dans le cas inverse, c'est une présomption de gratuité qui doit s'appliquer (art. 1986, C. Civ.).

La question de la rémunération de l'agent présente une spécificité. Si elle est en principe une mesure incitative pour que l'agent agisse au mieux, elle peut aussi entraîner une dilapidation des fonds communs si elle est trop élevée⁴.

Le droit intervient donc parfois pour contrôler le montant de cette rémunération. Il peut le faire de manière douce, par la *soft law*. C'est la tendance actuelle dans les sociétés par actions. Du fait des liens parfois trop étroits entre conseil d'administration et direction, de nouvelles mesures de "bonne gouvernance" sont proposées : mise en place de comités de rémunérations, consultation des actionnaires (*say on pay*)⁵. Le *hard law* ne touche que les indemnités de départ dans les sociétés cotées, qui doivent être impérativement subordonnées «au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire» (art. L. 225-42-1, C. Com.).

Le droit peut aussi intervenir de manière plus brutale, par l'éradication des

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 fév. 1984, n° 82-15270, Bull. n° 75, D. 1984. 549, note A. BRETON ; JCP 1986 II 20558, note D. FIORINA ; RTD Civ. 1985. 430, note J. PATARIN.

2. Cass. Civ. 1^{ère}., 30 sept. 2009, n° 08-17919, Bull. I, n° 200, JCP 2010 doctr. 336, n° 11, obs H. PÉRINET-MARQUET.

3. Cette présomption est avérée depuis les années 80, v. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, 2014, n° 547.

4. La rémunération est donc à la fois un remède au risque d'agence et un problème d'agence en soi. Cf. L. BEBCHUK et J. FRIED, « Executive compensation as an agency problem », *Journal of Economic Perspectives* 2003, 17, p. 71-92.

5. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 787. V. également S. ROUSSEAU, « Le Say on Pay : l'expérience nord-américaine », *RTD Com.* 2014, p. 461.

clauses abusives. C'est la technique utilisée dans la copropriété des immeubles bâtis pour le contrôle de la rémunération du syndic. La Commission des clauses abusives a ainsi rendu un nombre important d'avis sur la question, et la Cour de cassation éradique régulièrement les clauses recourant à des calculs de rémunération jugés disproportionnés ou peu lisibles¹.

2. La menace de la révocation

a. Une prérogative fondamentale des propriétaires

532. La prérogative essentielle permettant aux propriétaires de mettre fin au comportement nuisible d'un agent est de le révoquer. La révocation est donc jugée fondamentale : les propriétaires ne peuvent y renoncer afin de permettre à un agent de les représenter jusqu'à l'arrivée d'un terme prédéfini². En conséquence, la révocation doit être une habilitation exercée en gestion directe sans qu'aucun obstacle puisse l'empêcher. Selon les formes, la révocation s'exerce de manière concertée (par une assemblée générale) et parfois de manière concurrente lorsqu'elle est judiciaire³. Même en l'absence de dispositions légales ou contractuelles, elle reste une prérogative ouverte aux représentés, sur le fondement de l'art. 2004 du Code civil, applicable au mandat⁴. Lorsque la loi ou le contrat prévoit une procédure pour la nomination de l'agent mais pas pour sa révocation, la règle du parallélisme des compétences permet d'étendre la première

1. Pour des exemples, v. P. CAPOULADE, C. GIVERDON et F. GIVORD, *La copropriété*, Dalloz Action, 2012/2013, n° 963. La rémunération du syndic est composée d'un montant couvrant les actes de gestion ordinaire, et d'un montant couvrant les actes spéciaux. Sont éradiquées les tarifications d'actes "spéciaux" qui sont en réalité anodins ou redondants avec la gestion ordinaire.

2. Pendant très longtemps, il s'agissait de la seule prérogative offerte aux actionnaires en droit américain, qui est dans une perspective comparative le droit accordant le moins de prérogatives aux assemblées. Cet état de fait a été critiqué dans L. A. BEBCHUK, « The Myth of the Shareholder franchise », *Virginia Law Review* 2007, 93, 3, p. 675-732.

3. Un propriétaire peut demander *seul* en justice la révocation de l'agent. La possibilité existe notamment dans la convention d'indivision (art. 1873-5 al. 4, C. Civ.), la société civile (art. 1851 al. 2, C. Civ.), les commandites, la SARL et le FCP (art. L. 231-6, C. mon. fin.).

4. V. en matière d'association, CA Paris, 21 avr. 1986, Rev. sociétés 1987. 90, obs. E. ALFANDARI.

à la seconde ¹.

533. Le caractère fondamental du droit de révocation n'est pas toujours respecté. Ainsi, le directeur général d'une société anonyme ne peut être révoqué que par le conseil d'administration (art. L. 225-55, C. Com), les actionnaires ne pouvant révoquer que les administrateurs. Cette règle est incohérente avec celle applicable dans la forme «dualiste» ² et paraît impossible à justifier, tant au niveau des principes que de l'utilité économique ³. La même incertitude existe en matière de SICAV : l'assemblée d'actionnaires peut-elle révoquer la société de gestion ou les dirigeants (dans le cas d'une SICAV «auto-gérée») ? La réponse semble ici aussi négative ⁴. Toutefois, la situation est moins grave pour les porteurs : contrairement à ceux d'une SA classique, ils peuvent à tout moment quitter la SICAV. Par ailleurs, ils bénéficient d'un droit d'information renforcé (art. L. 214-23-1, C. mon. fin, habilitant l'AMF à définir ces obligations) et les dirigeants des OPCVM sont soumis à des contrôles et à une responsabilité plus importants que les directeurs généraux.

L'agent étant toujours menacé de révocation, il a parfois droit à indemnisation.

b. L'indemnisation de l'agent

534. Si le principe de la révocation ne peut être mis en doute, une question plus délicate concerne l'indemnisation de l'agent révoqué. Un premier point ne suscite guère de discussion : l'agent a droit à une indemnisation lorsque les circonstances de sa révocation lui ont causé un préjudice. La solution, affirmée régulièrement en droit des groupements, peut être étendue à toutes les propriétés communes recourant à un agent commun.

1. Sur ce principe, v. S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, préf. de P.-Y. GAUTIER, éd. Panthéon-Assas, 2004, n° 170 et s. En matière de copropriété de navires, l'art. L. 5114-32 du Code de transports prévoit que le gérant est nommé à la majorité des intérêts. On en déduit qu'il peut être révoqué à la même majorité.

2. Les actionnaires peuvent révoquer les membres du directoire (art. L. 225-61, C. Com), ainsi bien sûr que les membres du conseil de surveillance (art. L225-75 al. 2, C. Com).

3. Cf. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 797, qui proposent de permettre une faculté de révocation judiciaire.

4. Cf. A. COURET, H. LE NABASQUE et M.-L. COQUELET, *Droit financier*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 810.

Le problème réside dans l'indemnisation du fait même de la révocation. À cet égard, le droit privé français connaît deux régimes possibles : celui de la révocation *ad nutum*, dans lequel l'agent n'a jamais droit à indemnité ; celui de la révocation «justifiée», dans lequel il obtient une indemnité sauf si le représenté avance un «juste motif» à la révocation ¹.

535. Qu'est-ce qu'un «juste motif» ? En matière sociétaire, la jurisprudence n'exige pas la caractérisation d'une faute ². Elle inclut également l'appréciation objective de l'intérêt de la société, comme une mésentente avérée ou la nécessité de réduire les dépenses ³. En revanche, ne constituent pas des «justes motifs» la révocation «sans motifs» ou résultant de circonstances extérieures à la vie de la société. Certains cas sont limites : ainsi en est-il du changement de stratégie ou de la perte de confiance sans faute de l'agent. Il existe en effet dans ces deux cas une raison légitime à la révocation : toutefois cette raison légitime ne peut justifier que le coût soit supporté par l'agent, en l'absence de toute faute de sa part ⁴.

1. Ce «juste motif» varie en fonction des situations de représentation. Dans le mandat «irrévocable» ou d'intérêt commun, la *faute* du mandataire constitue un juste motif lui faisant perdre le droit à indemnisation (A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2013, n° 963.).

2. La révocation *ad nutum* ne concerne aujourd'hui que les administrateurs et les membres du conseil de surveillance dans la société anonyme. Au regard des stratégies employées par les dirigeants soumis au régime de la révocation *ad nutum* (indemnités de départ dans les grandes sociétés, clauses de «good leaver» dans les petites), on peut se demander si une unification ne serait pas souhaitable. La fixation d'une indemnité par un juge risque de coûter moins cher aux actionnaires que la négociation *ex ante* d'une indemnité entre le conseil d'administration et le dirigeant.

3. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1363. Cf. à propos d'un membre du directoire, Cass. Com., 19 déc. 2006, n° 05-15803, Bull. n° 292, Rev. sociétés 2007. 331, note B. SAINTOURENS. : «en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que la révocation de M. Vallée trouvait un juste motif dans l'existence, entre les deux membres du directoire, d'une mésentente de nature à compromettre l'intérêt social, la cour d'appel, qui a fait la recherche visée par la première branche et n'avait pas à procéder à celle, inopérante, relative à l'imputabilité, visée par la seconde branche, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches».

4. La jurisprudence est hésitante. V. Cass. Com., 4 mai 1993, n° 91-14693, Bull. n° 175 ; Bull. Joly Sociétés 1993. 769, note R. BAILLOD ; JCP E 1993 I. 288, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUS-SAIN. Comp. A. ALBARIAN, « La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance », *RTD Com.* 2012, p. 1, spéc. n° 10 et s. qui en s'appuyant sur la jurisprudence considère que la révocation fondée sur la perte de confiance constitue un «juste motif» dès lors que cette perte de confiance repose sur des éléments objectifs et vérifiables.

Le régime de la révocation est également établi dans la copropriété des immeubles (le syndic a droit à une indemnisation, sauf en cas de faute¹) et en matière d'association (la jurisprudence opère un renvoi au droit de la société anonyme²).

536. Dans toutes les autres formes, les modalités de révocation peuvent faire l'objet d'aménagements contractuels libres³.

Mais en l'absence de toute prévision légale ou contractuelle, quel régime supplétif appliquer ? L'article 2004 du Code civil paraît inévitable. En principe, la révocation sera donc *ad nutum*, sauf preuve de l'existence d'un «mandat d'intérêt commun». L'hypothèse est d'autant plus légitime que le mandat d'intérêt commun a été reconnu initialement pour des situations d'agence commune, notamment dans l'arrêt fondateur du 13 mai 1885⁴.

En l'espèce, les habitants d'une commune avaient acheté en commun divers terrains et pâturages. Une convention notariée passée par les mêmes habitants instituait une commission syndicale et un syndic, élus à la majorité, chargés d'administrer ces biens. Le syndic, nommé pour 5 ans, est révoqué par vote majoritaire avant le terme. La Cour d'appel refuse la qualification de mandat d'intérêt commun et considère la révocation comme valable, car «il est impossible de trouver, en dehors d'une satisfaction d'amour-propre, quel intérêt réel et sensible Frédéric Fiat pourrait avoir à conserver, pendant cinq ans, un mandat que les communistes refusent en très grande majorité de lui continuer». L'arrêt est cassé : dès lors que le mandataire a aussi la qualité de copropriétaire, la Cour d'appel «ne pouvait légalement refuser de reconnaître l'intérêt pécuniaire qu'il

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 27 avr. 1988, n° 86-11718, Bull. n° 80 ; D. 1989. 351, note C. ATIAS ; Defrénois 1988. 1450, obs. H. SOULEAU.

2. Et ce avant même l'arrêt de 2006. V. en effet Cass. Civ. 1^{ère}., 29 nov. 1994, n° 92-18018, Bull. n° 344 ; Bull. Joly Sociétés 1995. 182, obs. M. JEANTIN ; Rev. Sociétés 1995. 318, note Y. GUYON ; RTD com. 1996. 86, n° 11, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN. Un tel renvoi est impossible en matière de SAS puisque l'art. L. 225-47 du Code de commerce est exclu par l'art. L. 227-1 du Code de commerce.

3. V. par exemple l'art. 1873-15 du Code civil qui laisse la convention d'indivision déterminer les «modalités de désignation et de révocation». La jurisprudence se montre libérale en matière de SAS (cf. M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *SAS La société par actions simplifiée*, 5^e éd., Joly Editions, 2013, n° 567-1.). De manière générale, l'article 2004 n'étant pas d'ordre public, la convention réglementant la propriété commune peut établir un mandat «irrévocable».

4. Cass. Civ., 13 mai 1885, D. 1885. 1. 351 ; S. 1887. 1. 220.

avait, par sa qualité même, à l'exécution de son mandat». Cette jurisprudence, qui n'a pas été contredite depuis, opère une distinction selon que l'agent commun a par ailleurs la qualité de propriétaire ou non. Dans le premier cas, en exerçant son mandat, il gère ses propres biens en même temps que ceux d'autrui : cela caractériserait *automatiquement* un intérêt au mandat et donc un mandat d'intérêt commun¹. Pour autant, lorsque l'agent est un tiers, le mandat d'intérêt commun n'est pas exclu. Il lui faut cependant montrer quel intérêt spécial l'exécution du mandat jusqu'à son terme revêtait pour lui, en dehors de la rémunération².

Il est possible de synthétiser le régime de la révocation de la manière suivante :

	Cas prévus par la loi	Autres propriétés communes
Révocation <i>ad nutum</i>	Administrateurs (SA) Membres du conseil de surveillance Dirigeant d'association ³	Régime de principe (art. 2004, C. Civ.)
Révocation pour justes motifs	Autres dirigeants (sociétés) Syndic	Clause en ce sens Mandat d'intérêt commun

537. Conclusion de la section. Dans certaines hypothèses, les propriétaires ont intérêt à ne pas gérer directement leurs biens. Ils doivent donc faire appel à un

1. Le mandat d'intérêt commun suppose que le mandat «participe à la réalisation d'un objet commun» (J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun » in *Mélanges J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 105–115, n° 7.), ce qui est évidemment le cas lorsque le mandat concerne l'administration d'une propriété commune au sens juridique. Mais l'objet commun peut être aussi une clientèle commune, qui n'est généralement pas considérée comme étant objet d'une propriété commune entre le mandant et l'agent commercial. Toutefois, on pourrait dire que la clientèle commune est la «propriété économique» du mandant et de l'agent (v. en ce sens G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, préf. de P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, 1999, n° 521 et s.). Grâce à cet élargissement, on peut dire que le mandat d'intérêt commun concerne toujours une propriété commune, soit juridique soit économique.

2. La jurisprudence exclut en effet la rémunération comme constituant un intérêt du mandataire au mandat. Cf. J. HUET et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 31277.

3. Solution jurisprudentielle, v. supra, n° 535.

ou plusieurs agents, chargés d'exercer les habilitations pour leur compte. Cette représentation crée une situation de dépendance des propriétaires en commun à l'égard de leurs agents que le droit tente de limiter. Le paradoxe est que ces mesures d'encadrement ou incitatives peuvent engendrer elles-mêmes d'autres difficultés. S'ensuit une spirale normative particulièrement nette dans le droit de la SA : de nouvelles règles sont introduites pour corriger les effets d'autres règles.

À l'inverse, le régime des autres propriétés communes reste lacunaire, obligeant à un recours au droit du mandat, pas forcément adapté. Le droit de la gestion déléguée semble avoir du mal à trouver son juste milieu. Dans la SA, «il y a plutôt trop de droit»¹ ; ailleurs, il y en a plutôt pas assez.

Section II Les modes d'exercice de l'habilitation : gestion concurrente, concertée, exclusive

538. Outre l'identité de son titulaire, chaque habilitation se définit selon son mode d'exercice. Trois modes peuvent être distingués : (i) la gestion *concurrente*, dans laquelle l'habilitation peut être exercée individuellement par une pluralité de personnes, (ii) la gestion *concertée* où l'habilitation est exercée par une pluralité de personnes, mais après une procédure de concertation, (iii) la gestion *exclusive*, où une seule personne dispose de l'habilitation portant sur les biens communs.

Ces trois modes de gestion peuvent s'appliquer à la gestion directe et à la gestion déléguée. Il peut exister ainsi une gestion concurrente entre propriétaires (actes conservatoires dans l'indivision) ou entre leurs représentants (cogérants

1. J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 9.

d'une SARL). La plupart des formes de propriété commune ont recours à ces trois modes d'exercice, même si un mode peut être dominant.

539. Existe-t-il un mode d'exercice *de principe* de l'habilitation en cas de silence de la loi ou du contrat ? A priori non. En effet, la qualité de propriétaire peut être interprétée en deux sens radicalement opposés : soit comme marquant la nécessité de l'unanimité (interprétation dominante dans l'indivision), soit au contraire comme marquant la nécessité d'une gestion concurrente (interprétation dominante en matière de cocontrat et d'obligation plurale). Cette aporie est la conséquence inéluctable de toute analyse réduisant la propriété commune à la propriété individuelle ¹.

D'autre part, il n'existe aucun mode de gestion meilleur *en soi*. L'efficacité d'un mode de gestion dépend de l'habilitation concernée et des caractéristiques de la propriété commune en cause. Il faut donc, pour chaque mode de gestion, expliciter les avantages et les inconvénients d'y recourir. On se dotera ainsi d'un moyen de comprendre les évolutions dans les modes de gestion et de disposer d'un critère afin de jauger l'efficacité du droit positif. Seront donc examinées successivement la gestion concurrente (§1), la gestion concernée (§2), puis la gestion exclusive (§3).

§ 1. La gestion concurrente

540. La gestion concurrente renvoie intuitivement au régime de la communauté entre époux, où elle constitue le mode de gestion de principe². Il en est de même dans le *partnership*, sauf disposition contraire de la convention³. Mais toutes les formes de propriété commune recourent à la gestion concurrente, même de manière limitée. Ainsi, le droit des sociétés attribue à chacun des associés le droit d'exercer l'action sociale *ut singuli* à l'encontre des dirigeants, sans qu'aucune concertation préalable soit imposée. C'est également le cas des

1. Cf. supra, n° 128 et s.

2. Art. 1421, C. Civ. : «Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer [...]»

3. G. MORSE, *Partnership Law*, 7^e éd., OUP, 2010, §4.02.

codébiteurs ou cocréanciers solidaires qui peuvent exercer individuellement la plupart des prérogatives de créancier ou de débiteur.

La gestion déléguée peut être exercée de manière concurrente : c'est le cas notamment en cas de pluralité de gérants dans l'indivision conventionnelle (art. 1873-9, C. Civ.), la société en nom collectif, les commandites, la SARL, la société civile¹.

541. La gestion concurrente instaure nécessairement une *représentation objective* de tous par tous². En effet, l'exercice d'une habilitation par un seul des titulaires produit automatiquement des effets collectifs sur l'ensemble des propriétaires. La source de cette représentation objective réside dans l'unicité de l'objet commun. Elle se différencie donc de la représentation subjective, dont relève la gestion déléguée (cf. supra), même si l'amalgame est souvent fait³. Irréductible à une forme déjà identifiée du droit positif, la gestion concurrente doit donc faire l'objet d'une analyse spécifique (A) permettant de proposer quelques principes communs (B).

A. Analyse économique de la gestion concurrente

542. Comme tout mode de gestion, la gestion concurrente est efficace dans certaines situations et non dans d'autres. Une fois exposés de manière abstraite (1), ces critères pourront être confrontés à l'exemple du cocontrat et de l'obligation plurale (2).

1. V. par exemple art. 1848 du Code civil : «S'il y a plusieurs gérants, ils exercent séparément ces pouvoirs [...]».

2. Selon la définition du Professeur Philippe Didier, la représentation est objective lorsqu'«elle ne dépend pas de la volonté des personnes en cause, mais uniquement des circonstances de fait» (P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 347.).

3. Il est parfois tentant de dire que les associés d'une société en participation se sont tous donné mandat les uns aux autres ou que la gestion concurrente des époux repose sur un mandat bilatéral. Ce recours au droit du mandat est théoriquement faux et la Cour de cassation l'a très nettement affirmé en matière de communauté légale. Il peut cependant être utile ponctuellement pour appliquer certaines règles par analogie.

1. Les critères de l'efficacité de la gestion concurrente

a. Les avantages : liberté et réactivité

543. La gestion concurrente permet l'exercice individuel de l'habilitation à chacun des titulaires. Elle offre donc à la fois une grande liberté et une grande réactivité. Une *grande liberté*, puisque chacun des membres reçoit une habilitation sur des biens communs qu'il peut exercer individuellement, c'est-à-dire comme si ces biens communs étaient individuels. La liberté est évidemment à la mesure de l'habilitation conférée : le pouvoir de chacun des époux de disposer des biens meubles dans la communauté est une liberté plus concrète que le pouvoir de l'associé d'intenter une action *ut singuli*. La gestion concurrente permet ainsi un certain individualisme dans la manière de profiter des biens communs, ce qui explique son importance persistante dans les propriétés communes d'alliance.

L'autre avantage de la gestion concurrente est la *réactivité*, notamment en comparaison de la gestion concertée. Chacun des titulaires peut immédiatement agir sans avoir à recueillir l'avis des autres¹. C'est pour cette raison que l'ancien droit des sociétés habilitait chacun des associés à engager la société, sauf convention contraire. La société pouvait ainsi profiter de contrats passés par des associés se trouvant dans des lieux différents et ne pouvant communiquer entre eux à temps. Une telle souplesse explique le maintien dans les pays de *common law* de *partnerships* pratiquant une activité commerciale.

544. Les tiers bénéficient également de ce mode de gestion lorsque chacun des propriétaires est individuellement apte à engager la propriété commune. Comme aujourd'hui dans les obligations plurales, le droit romain avait tenté de trouver un équilibre dans la «représentation mutuelle» des indivisaires. En principe, le tiers devait agir contre l'ensemble des indivisaires : toutefois les jurisprudents assouplirent la règle progressivement en admettant une représentation mutuelle pour certaines actions. Par exemple, l'acheteur d'un esclave commun pouvait agir en garantie contre celui des vendeurs ayant une part majoritaire dans

1. Chacun des indivisaires peut ainsi déclarer la créance de l'indivision à la procédure touchant le débiteur commun. Cf. Cass. Com., 11 juin 2003, n° 00-11913, Bull. Civ. IV, n° 95 ; Bull. Joly Sociétés 2003. 1024, note J.-F. BARBIÉRI, qui rejette l'argument du pourvoi fondé sur l'exigence d'un mandat spécial.

l'esclave, et pas nécessairement contre tous les covendeurs (Dig. 21. 1. 44. 1). Comme le précise Jean Gaudemet, «toutes ces actions ont pour trait commun d'avoir été créées pour faire face aux nécessités de la vie commerciale, et leur principal champ d'application fut celui des rapports d'affaires»¹. La représentation mutuelle ne peut être justifiée conceptuellement. Elle ne l'a historiquement jamais été et découle d'une volonté de simplifier les rapports juridiques.

b. Les inconvénients : risques d'agence et incohérence

545. Si chacun des titulaires peut exercer seul une habilitation portant sur les biens communs, alors tous les autres propriétaires en subissent les conséquences en tant que propriétaires en commun. La gestion concurrente crée donc un *risque d'agence* où un seul titulaire peut porter préjudice à la collectivité si l'habilitation n'est pas exercée à bon escient. Ce phénomène recouvre évidemment les actes de disposition et d'administration, mais pas uniquement. L'exercice par un associé de l'action sociale *ut singuli* a généralement pour effet de perturber le fonctionnement de la société et rejaillit donc sur tous les associés. L'importance du risque d'agence implique que si l'habilitation est importante, les titulaires doivent être liés par un lien communautaire réduisant ce risque. C'était le cas dans les sociétés antiques et médiévales, et c'est encore le cas entre époux. À l'inverse, la destruction de ce lien de confiance rend souvent la gestion concurrente difficile et dangereuse. Aussi est-il courant que la société civile familiale soit gérée par un administrateur provisoire lorsque les époux cogérants sont en instance de divorce.

La seconde difficulté est structurelle : la gestion concurrente peut provoquer un *risque d'incohérence*². Puisque par hypothèse les titulaires n'ont pas besoin de se concerter, leurs actions peuvent suivre des stratégies différentes, voire même porter sur les mêmes biens. Dans le cas le plus grave, des contradictions peuvent apparaître³. Ce risque dépend essentiellement du nombre de

1. J. GAUDEMET, *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey, p. 295.

2. Toutes les habilitations ne génèrent pas un tel risque, notamment celles qui accordent un droit au propriétaire sans que les autres subissent une diminution de bien-être : par exemple la délivrance d'une information.

3. Afin d'éviter des contradictions entre indivisaires, le droit des sociétés impose une gestion déléguée exclusive pour l'exercice du droit de vote attaché aux droits sociaux indivis (art. 1844

titulaires : aussi en matière de communauté légale, le «risque [d'anarchie] — sans être nul — est en réalité extrêmement limité»¹. Ce risque permet cependant de comprendre pourquoi il est très rare qu'une habilitation portant directement sur les biens communs soit en gestion concurrente entre un nombre élevé de personnes. Car dans ces hypothèses les *coûts de coordination* l'emportent largement sur les avantages conférés par la gestion concurrente.

546. Le bilan coûts-avantages permet de comprendre l'état du droit positif. La gestion concurrente ne se trouve guère que dans les propriétés communes familiales et dans les propriétés communes d'alliance, où les propriétaires sont en petit nombre et ont des liens de confiance. Ce sont ces deux caractéristiques qui permettent de limiter les inconvénients et permettent de profiter des avantages de ce mode de gestion. La contre-épreuve est fournie par le cocontrat et l'obligation plurale, où la gestion concurrente suscite beaucoup de difficultés.

2. L'exemple du cocontrat et de l'obligation plurale

a. L'exercice des prérogatives contractuelles

547. En l'absence d'organisation conventionnelle, les habilitations sont généralement considérées par la doctrine comme étant en gestion concurrente. Chacun des titulaires peut exercer les prérogatives reconnues au créancier ou au débiteur². L'exercice de ces prérogatives a automatiquement un effet commun puisqu'elles s'appliquent à un objet commun (le contrat). Ainsi, la levée d'option effectuée par un des co-bénéficiaires d'une promesse vaudrait vente, que la dette de prix soit due de manière conjointe ou solidaire. Chacun pourrait exercer une résiliation unilatérale «aux risques et périls» en cas de situation urgente ou agir en justice valablement contre le débiteur.

al. 2).

1. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 348.

2. V. en ce sens R. BONHOMME, « Sous-contrat et co-contrat : Adjunction et conjonction de contractants », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 105, 2004, n° 93. Pour les copreneurs à un bail rural, v. B. GRIMONPREZ, « Petite théorie des copreneurs à bail rural », *Deffrénois* 2015, p. 1115, n° 6 et s.

548. La jurisprudence semble raisonner en terme d'indivisibilité. Des arrêts anciens considèrent ainsi que l'exercice de l'action en résolution suppose la participation de tous les vendeurs car celle-ci est indivisible¹. Ce même fondement de l'indivisibilité a été repris dans un arrêt plus récent, mais dans lequel il n'y avait pas véritablement de cocontrat². À l'inverse, il a été jugé que l'exercice du droit de rétractation de l'art. L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation par un seul membre de la partie plurale au contrat suffit à anéantir le contrat en son ensemble³. L'indivisibilité obscurcit plus qu'elle n'éclaire : car on peut dire à la fois que l'indivisibilité réclame l'unanimité - c'est ce que dit la Cour de cassation dans les arrêts précités -, mais aussi que l'indivisibilité peut permettre à un seul membre d'agir efficacement (c'est la logique de l'article 1320 al. 1 du Code civil)⁴. Il vaudrait mieux poser le débat en termes de gestion concurrente ou concertée.

549. L'action en nullité pose une difficulté particulière lorsque le vice de l'acte ne concerne qu'un seul membre de la partie plurale (un vice du consentement par exemple). Une nullité partielle, réduite à la personne subissant le vice, n'est pas envisageable lorsque le contrat est translatif d'un corps certain et a été exécuté. Que la partie plurale soit vendeur ou acquéreur, il ne peut y avoir de restitution partielle de la chose. Dans cette hypothèse, la seule solution est de prononcer la nullité intégrale du contrat.

Le droit de la propriété commune peut cependant offrir une alternative aux autres membres de la partie plurale qui souhaiteraient maintenir le contrat : celui

1. Cass. Civ. 1^{ère}., 24 mai 1966, Bull. n° 321 ; JCP G 1966 II 14825, note J. PATARIN. ; Cass. Civ. 3^{ème}., 30 nov. 1977, n° 76-11981, Bull. n° 420. V. également T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. de L. LEVENEUR, LGDJ, 2007, n° 267, note 32.

2. Cf. Cass. Civ. 1^{ère}., 22 mar. 2012, n° 09-72792, Bull. n° 62 ; RTD Civ. 2012. 314, obs. B. Fages ; RDC 2012. 795, obs. O. DESHAYES, 2013. 1337, obs. E. SAVAUX. En l'espèce, il s'agissait de deux conventions interdépendantes mais ayant un objet distinct. Un des cocontractants agissait seul en résolution d'un contrat. Sa demande est jugée irrecevable car l'anéantissement de la convention «emportait anéantissement des obligations souscrites» en faveur du cocréancier. Comme le dit clairement l'attendu, c'est l'indivisibilité entre les deux conventions qui empêche chacun des créanciers d'agir seul.

3. Cass. Civ. 3^{ème}., 4 déc. 2013, n° 12-27293, Bull. n° 156 ; D. 2014. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; AJDI 2014. 725, obs. F. COHET ; Gaz. Pal. 15 janv. 2014, p. 16, note D. HOUTCIEFF et 12 février 2014, p. 14, note S. CABRILLAC ; RDC 2014. 214, obs. M. LATINA.

4. Sur cette tension, v. P. BRIAND, *Eléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, Université de Nantes, 1999, n° 154, p. 143, note 402.

de racheter la «part» du contractant. Soit une vente annulable au profit de trois coacquéreurs dont un seul a subi un vice : au lieu d'annuler toute l'opération, les deux autres coacquéreurs peuvent indemniser le demandeur de sa part contre l'abandon de son droit de propriétaire en commun sur le bien acheté. Il serait utile pour des raisons d'efficacité économique de permettre un tel rachat forcé¹.

Si le contrat n'a pas été exécuté ou si son objet est une chose de genre, la nullité partielle redeviendrait possible. L'acte serait maintenu envers les membres de la partie plurale n'ayant pas subi le vice, sauf à prouver que l'engagement du membre évincé était une condition déterminante de leur propre engagement².

b. La gestion de l'obligation commune

550. Dans le régime de l'obligation solidaire, certains actes accomplis à l'encontre ou par un seul codébiteur produisent des effets collectifs. Ces «effets secondaires» de la solidarité ont toujours posé problème. La théorie classique de l'obligation solidaire, dissociant pluralité de liens obligatoires et unicité de la dette, ne peut pas rendre compte du droit positif³.

551. Si on envisage la solidarité comme une forme de propriété commune ayant pour objet un droit personnel, les actes relevant des «effets secondaires» s'interprètent comme des actes en gestion concurrente entre les codébiteurs. Le terme de «secondaire» est d'ailleurs involontairement heureux car il permet de bien dissocier les deux problématiques : la structure de l'obligation solidaire, qui se rapporte à une forme de propriété commune, et les «effets secondaires», qui se rapportent à la gestion de cette propriété commune. En d'autres termes, les «effets secondaires» ne sont qu'une *manière possible* d'administrer un droit personnel commun. Il existe plusieurs formes de propriété commune touchant les droits personnels, différentes manière d'organiser la gestion de la dette ou

1. La nullité intégrale permet au demandeur de récupérer sa part du prix, mais prive les autres coacquéreurs du bénéfice de la chose. Le rachat forcé permet aussi de restituer au demandeur sa part du prix tout en préservant les intérêts des autres membres. C'est donc une situation plus efficace.

2. Cf. en ce sens, à propos de cofidéjusseurs, Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, n° 87-17599, Bull. n° 175 ; D. 1990. 384, note L. AYNÈS. Dans le même sens, Cass. Com., 18 mar. 2014, n° 13-11733, non publié.

3. Cf. *supra*, n° 240 et s.

de la créance commune. On peut légalement prévoir que l'interruption de la prescription à l'égard d'un codébiteur vaut à l'égard de tous, mais la solution contraire ne remet pas en cause la structure même de la solidarité. Tout dépend de la volonté du législateur ou du juge de faire prévaloir l'intérêt du créancier sur celui de chacun des codébiteurs.

552. Le véritable problème est donc de déterminer, comme dans toute propriété commune, quel est le degré de gestion concurrente le plus efficient, compte tenu des inconvénients et des avantages mentionnés. La pratique tente de trouver cet équilibre depuis des siècles en dépit d'une forte contrainte conceptuelle. À cet égard, replacé dans le cadre de la propriété commune, le principe de la gestion concurrente valable seulement *in utilibus* n'est pas isolé : c'était le régime appliqué aux indivisaires avant 1976¹.

553. Replacés dans la problématique générale de la gestion concurrente, les problèmes suscités par les effets secondaires de la solidarité s'expliquent plus aisément. En effet, une gestion concurrente n'est efficace que si les cotitulaires sont liés par un lien communautaire préexistant, qui permet d'atténuer, voire de supprimer le risque d'agence et d'incohérence et de profiter du principal avantage : la liberté et la réactivité.

En revanche, le bilan coûts-avantages risque de s'inverser lorsque ces conditions sociologiques ne sont pas remplies. Les cotitulaires peuvent être solidaires juridiquement sans l'être sociologiquement. C'est évidemment le cas dans l'obligation *in solidum* : l'éviction partielle des effets secondaires s'en trouve par là-même justifiée, même si le mouvement de faveur envers la victime joue actuellement en sens inverse.

C'est aussi le cas dans la solidarité légale qui s'applique à une grande variété de situations sociologiques : les liens entre époux (art. 220, C. Civ) du Code civil n'ont rien de commun avec les liens entre deux cofidélusseurs bancaires tenus par la solidarité commerciale. Or il est facile de voir que les effets secondaires sont plus adaptés dans le premier cas que dans le second². La ten-

1. Cf. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 1938, n° 1789. : «Si l'un des indivisaires accomplit, de sa seule initiative, des actes sur la chose commune, on le traite volontiers comme un gérant d'affaires et l'on valide ces actes dans la mesure de leur utilité».

2. Imagine-t-on empêcher un époux de profiter de l'action en justice menée par son conjoint

dance générale à l'érosion des effets secondaires s'explique donc en dernier lieu par la diversification sociologique et économique des cas de solidarité légale et conventionnelle¹.

554. La solution la plus efficace économiquement serait de faire jouer les effets secondaires lorsqu'il existe des liens communautaires préexistants et de les supprimer dans le cas contraire. Malheureusement, il ne semble exister aucun fondement juridique pour distinguer ainsi entre ces deux cas. De plus, l'appréciation d'une communauté sous-jacente risque d'être délicate et surtout imprévisible. D'où l'importance de proposer quelques principes dans le déroulement de la gestion concurrente.

B. Vers un droit commun de la gestion concurrente

555. Certaines formes de propriété commune ont développé un régime applicable à la gestion concurrente : le droit d'opposition (1) et le devoir d'information (2). Ces mécanismes mériteraient d'être étendues à toutes les formes de propriété commune.

1. La généralisation d'un droit d'opposition

556. Le droit d'opposition trouve sa source dans le droit romain de l'indivision et de la société, où chaque indivisaire ou associé, titulaire d'un droit d'administration complet sur la chose commune, avait le pouvoir de s'opposer à tout usage «excessif et anormal» émanant d'un autre copropriétaire². Cette origine a pu laisser croire que le *jus prohibendi* était lié de manière indissoluble à la propriété. En réalité, il n'en est rien, car le droit d'opposition se retrouve dans

ou encore obliger le créancier de dettes ménagères à interrompre la prescription à l'égard des deux époux ? Le constat est inverse dans le cas des cofidéjusseurs.

1. Pour l'évolution en matière de tierce opposition, v. D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547–567, n° 26 et s. V. aussi S. AMRANI MEKKI, « Les notions de la pluralité de parties » in *La pluralité de parties*, sous la dir. de L. CADIET et D. LORIFERNE, IRJS, 2013, p. 21–34, n° 17 : «Le représentant ne doit pas s'être écarté d'une ligne de conduite normale, ce qui exclut la collusion frauduleuse, les hypothèses où il ne se défend pas, sa négligence, sa transaction».

2. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé : Les Biens*, 2^e éd., t. 2, PUF, 1971, n° 140.

toutes les situations de gestion concurrente, que cette dernière soit exercée par des propriétaires ou par leurs agents. Aujourd'hui, les cogérants d'une société sont titulaires d'un droit d'opposition alors qu'ils ne sont évidemment pas propriétaires des biens de la société¹. Dès lors que deux personnes sont titulaires de manière concurrente d'une même habilitation, un droit d'opposition peut leur être reconnu. Reste à en définir le régime.

557. Une exigence toujours formulée est que l'opposition doit être *préalable à l'acte*². En cas d'exercice d'une action en justice, elle doit donc être antérieure à la création du lien d'instance, c'est-à-dire antérieure à la délivrance de l'assignation introductive d'instance³. Si l'habilitation concerne un acte matériel sur la chose commune (par exemple une construction), l'opposition doit être manifestée au titulaire ; en revanche si elle concerne un acte juridique impliquant donc un tiers, elle doit se manifester à la fois au cotitulaire et au tiers. En effet, le tiers ne peut subir les effets d'une opposition s'il n'en a pas eu connaissance avant la conclusion de l'acte⁴.

558. Quels sont les effets de l'opposition ? Dans le droit romain, l'opposition était toujours efficace. Selon un adage repris dans le droit savant, «en cas de pouvoir égal sur la chose, la cause de l'opposant l'emporte»⁵. En effet, comme l'explique Marcellus à propos des associés, si le droit d'interdire l'emporte sur

1. Cf. art. 1848, al. 2, du Code civil, pour la société civile. V. aussi l'art. 1873-9 du Code civil (convention d'indivision) et l'anc. art. 1859 al. 1 relatif au droit d'opposition des associés de la société civile.

2. Cf. art. 1848, al. 2, du Code civil : «S'il y a plusieurs gérants, ils exercent séparément ces pouvoirs, sauf le droit qui appartient à chacun de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue». La notion d'«opération» semble recouvrir un acte de gestion externe. Ainsi, la convocation d'une assemblée générale par un seul gérant n'est pas une «opération» et ne peut faire l'objet d'une opposition de la part d'un cogérant (Cass. Com., 6 juin 1972, n° 70-11987, Bull. n° 180 ; D. 1973. 213, note J.-C. BOUSQUET.).

3. V. en ce sens Cass. Civ. 1^{ère}, 23 juin 1992, n° 90-18019, non publié ; Dr. Sociétés 1992, n° 221, note T. BONNEAU ; RTD Com. 1993. 334, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN. ; Cass. Soc., 3 mai 2011, n° 10-20084, non publié ; Dr. Sociétés 2011, n° 127, note H. HOVASSE ; Bull. Joly Sociétés 2011. 787, note G. GIL.

4. Cf. les formulations des articles 1849 al. 2., C. Civ. ; L. 223-18 al. 7, C. Com. ; L. 221-5 al. 2, C. Com. : «L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance». Cette disposition ne se retrouve pas dans la convention d'indivision.

5. «In re enim pari potioem esse causam prohibentis constat» (Dig. 10. 3. 28).

le droit de faire, c'est parce que celui qui fait se comporte «en quelque sorte» comme s'il était seul propriétaire de la chose commune¹. Cette solution a cependant été formulée dans le cas de la construction par un associé sur le bien commun². Elle peut difficilement être érigée en principe général, car on ne voit pas pourquoi le blocage serait systématiquement préféré à l'accomplissement de l'acte.

L'opposition devrait donc avoir un *effet suspensif*, à partir du moment où le titulaire et éventuellement le tiers sont avertis de l'opposition à temps. Le tiers averti de l'opposition d'un titulaire ne pourra se prévaloir de l'acte à l'encontre de la société s'il passe outre³. Pour autant, l'opposition non signifiée à temps au tiers n'est pas dépourvue d'effet. L'acte est maintenu, mais le titulaire opposant pourra se dédouaner de toute responsabilité personnelle en cas de conséquences préjudiciables.

La généralisation du droit d'opposition pourrait s'avérer très utile dans le cocontrat. Ainsi, le membre d'une partie plurale pourrait s'opposer à une action en justice intentée par un autre membre ou à l'exercice d'une clause résolutoire.

559. Mais l'exercice du droit d'opposition est soumis à deux difficultés : le caractère préalable, qui suppose donc que l'on soit informé du projet d'acte ; les suites à donner à l'opposition. Ces obstacles peuvent être levés en considérant que les cotitulaires d'une habilitation en gestion concurrente sont tenus, de par leur situation, par un devoir d'information.

1. «Et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit» (Dig. 8. 5. 11).

2. Cf. J. GAUDEMET, *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey, pp. 345-346. : «Sans qu'aucun texte en limite formellement l'application [du droit d'opposition] aux actes matériels, c'est pour eux seuls, en fait, que son existence est attestée».

3. V. en ce sens, à propos de l'opposition d'un cogérant, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 1137. Afin d'éviter une insécurité sur la validité de l'acte, le tiers doit recevoir une «information spéciale et personnelle» de l'opposition afin que cette dernière lui soit opposable (v. en ce sens D. MARTIN, « Les pouvoirs du gérant de sociétés de personnes », *Rev. Sociétés* 1973, p. 185-206, n° 17, p. 198.).

2. La reconnaissance d'un devoir d'information

560. La gestion concurrente présuppose structurellement, en vue de son bon fonctionnement, un lien de confiance minimal entre les cotitulaires. Le droit peut donc prendre appui sur cette attente légitime pour édicter des devoirs fiduciaires, même en l'absence de tout lien contractuel entre ces cotitulaires¹. Le devoir d'information entre cotitulaires est l'expression principale de ces devoirs fiduciaires.

561. Il ne saurait être question d'imposer à chacun des cotitulaires l'obligation d'informer les autres avant toute action engageant la propriété commune. En effet, une telle solution priverait la gestion concurrente de tous ses avantages par rapport à une gestion concertée, notamment la réactivité. En revanche, une telle obligation d'information pourrait être exigée pour *les actes les plus graves et ne présentant pas un caractère d'urgence*. Cette information préalable mettrait les autres cotitulaires en mesure d'exercer leur droit d'opposition.

562. L'instauration d'une telle obligation d'information a déjà été proposée dans des formes particulières de gestion concurrente. Certains auteurs ont en effet milité pour que chacun des époux en communauté soit tenu d'informer l'autre s'il accomplit un «acte non quotidien» relevant du domaine de la gestion concurrente². Certes, «cette obligation est quotidiennement et naturellement exécutée dans les ménages unis»³, mais elle prend toute sa force en cas de désunion. La jurisprudence a ainsi considéré que «l'époux doit, lors de la liquidation, s'il en est requis, informer son conjoint de l'affectation de sommes importantes»⁴.

1. Comp. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. de P. CATALA, LGDJ, 1990, n° 500, qui fait découler les obligations existant au sein de la partie plurielle d'un fondement contractuel et autonome des relations pouvant exister par ailleurs entre les parties. Un tel fondement contractuel résulte cependant d'un «forçage», ce que l'auteur reconnaît (v. la discussion aux n° 501 et s.).

2. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 348. V. dans le même sens R. CABRILLAC, «L'information entre époux dans les régimes matrimoniaux» in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012. La loi impose une obligation d'information en cas d'apport à une société en deniers ou biens communs (art. 1832-2, C. Civ.) et en cas d'apport d'un bien commun à une EIRL (L. 526-11 al. 1, C. Com).

3. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 412.

4. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mar. 1999, n° 97-11030, Bull. n° 89 ; Dr. famille 1999, comm. n° 82, obs. B. BEIGNER ; Defrénois 1999, art. 37017, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 2001. 189, obs. B.

563. De manière similaire, il serait utile de poser un devoir d'information entre cogérants d'une société pour les actes non usuels, soit du fait de leur nature, soit du fait de leur importance. Ce devoir pourrait être déduit du devoir de loyauté qui serait dû non seulement aux associés et à la société (comme cela est déjà reconnu) mais aussi aux autres dirigeants.

Enfin, un tel devoir trouve sa place au sein d'une partie plurale à un contrat. La jurisprudence reconnaît ainsi l'existence d'un devoir de collaboration *pour l'exécution de la prestation commune*¹. Ce dernier doit être étendu *pour l'exercice des prérogatives contractuelles* dès lors que ces dernières entraînent des conséquences communes importantes. Ce devoir d'information préalable sera notamment dû en cas d'invocation d'une clause résolutoire ou d'action en résolution judiciaire. Il devrait cependant ne pas être exigé lorsque la prérogative doit être exercée de manière urgente, par exemple en cas de résiliation unilatérale par notification (ou «aux risques et périls»).

564. Le devoir d'information ne permet cependant pas de résoudre les conflits entre cotitulaires. Sans doute une clause contractuelle peut-elle anticiper les effets d'une opposition : recours à vote majoritaire entre cotitulaires ou arbitrage d'un autre organe par exemple.

En l'absence de clause ou de règlement amiable, l'acte devrait pouvoir être passé, nonobstant l'éventuelle responsabilité de celui qui l'accomplit. Mais l'opposant a toujours la possibilité de saisir le juge des référés sur le fondement de l'art. 809 du Code de procédure civile, à charge pour lui de prouver l'existence d'un «dommage imminent» ou d'un «trouble manifestement illicite» qui serait engendré par l'acte litigieux.

VAREILLE. Le même motif a été repris ensuite dans plusieurs arrêts (v. R. CABRILLAC, « L'information entre époux dans les régimes matrimoniaux » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, n° 9.).

1. V. Cass. Civ. 3^{ème}, 31 jan. 2007, n° 05-18.311, Bull. n° 13 ; Dr. et Patr., sept. 2007, p. 88-89, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK., (reconnaissance d'un devoir de conseil entre co-entrepreneurs).

§ 2. La gestion concertée

565. La gestion concertée suppose un accord préalable des cotitulaires pour que l'habilitation puisse être exercée. Cette concertation entre les cotitulaires peut être minimale (simple expression d'un consentement voire d'une autorisation) ou plus élaborée (organisation d'un débat avec ordre du jour et vote). À cet égard, les modèles de la cogestion dans le régime de communauté et celui de l'assemblée générale dans les groupements forment deux pôles opposés. Cette concertation, même minimale, a un coût, qui explique le recours dans certains cas aux deux autres modes de gestion.

Dans la gestion concertée, l'acte n'a pas seulement un effet collectif : il est lui-même collectif. C'est la spécificité de la gestion concertée au regard des deux autres modes de gestion, où les habilitations sont toujours exercées par un seul individu bien qu'elles produisent des effets collectifs. L'acte collectif résulte d'un « faisceau de déclarations unilatérales de volonté »¹. Le problème de toute gestion concertée est de définir les rapports entre le consentement individuel de chacun des titulaires et la formation d'une « volonté collective » (1). La tâche du droit est ensuite de limiter les coûts attachés à la formation d'une telle volonté (2).

A. La construction d'une volonté collective

La volonté collective est construite à partir des volontés individuelles de chacun des cotitulaires. Toutefois, plusieurs méthodes permettent de passer des consentements individuels à un consentement considéré comme collectif. Si la loi fixe un seuil de majorité, il est cependant nécessaire de s'interroger sur les fondements réels du choix d'un seuil de décision (1) car ces fondements sont nécessaires à leur interprétation (2).

1. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 505.

1. Le choix entre unanimité et majorité

566. Comment décider à plusieurs ? Le premier mouvement est d'exiger l'*unanimité*. Cette solution est la seule qui garantisse à chacun des cotitulaires que la gestion est concertée, c'est-à-dire que son intérêt est bien pris en compte. Personne ne peut subir les effets d'un acte auquel il n'a pas consenti.

Le problème de la gestion unanime est bien connu : chaque titulaire a un droit de veto, ce qui peut entraîner la paralysie de la propriété commune. Or ce risque n'est pas admissible dans bien des cas, notamment lorsque l'habilitation porte sur la nomination d'un représentant ou lorsque la quantité de décisions est importante. Dans ces hypothèses, la propriété commune est tributaire du bon vouloir d'un seul cotitulaire et subit un désavantage comparatif fatal par rapport à la gestion d'une propriété individuelle.

Telle est la malédiction de l'unanimité : elle produit la meilleure volonté collective possible, mais en empêche très souvent l'existence.

567. D'où le basculement vers la gestion concertée fondée sur le *principe majoritaire*, que cette majorité soit simple ou renforcée. Plus de consensus entre cotitulaires, mais la loi du nombre. Ce passage se justifie *exclusivement* par un impératif pratique : l'amélioration de la prise de décision. Le constat vaut tant pour la gestion des propriétés communes que dans la réflexion politique. Comme le note Bernard Manin, Locke «ne fonde pas le principe de majorité sur les qualités ou les vertus de la majorité, son aptitude à exprimer le vrai ou le juste par exemple, mais simplement sur le fait brutal qu'il faut bien agir et décider»¹. De fait, il a toujours été très difficile de trouver un *fondement* au principe majoritaire autre que pragmatique : tout au plus trouve-t-on des légitimations².

En matière de propriété commune, l'une des premières apparitions du principe majoritaire concerne le cocontrat : à l'époque byzantine, les juristes ad-

1. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Champs Essais, 2012, p. 242. Locke voit en effet la société politique comme un corps qui ne peut agir que «du côté où le pousse et l'entraîne la plus grande force, qui est le consentement du plus grand nombre» (LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, GF-Flammarion, 1992, p. 215.). En l'absence de principe majoritaire, la société politique serait immédiatement dissoute (*Ibid.*, p. 217.).

2. Pour un aperçu de la grande diversité des doctrines, v. F. TERRÉ, «Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité», *RJ Com.* Nov. 1991, p. 9-30, spéc. p. 19 (*major pars* = *sanior pars*).

mettent que la majorité des héritiers du déposant puissent demander valablement restitution du dépôt¹. Ironie de l'histoire, lorsqu'on songe à l'opposition qui sera faite au XX^e siècle en doctrine entre la logique du contrat (entraînant *naturellement* l'unanimité) et la logique de la personne morale (entraînant *naturellement* le principe majoritaire). En réalité, il n'existe aucun lien conceptuel entre la personnalité juridique et le principe majoritaire, mais un lien empirique.

L'inconvénient du principe majoritaire est qu'il soumet une partie des cotitulaires à une décision à laquelle ils n'ont pas consenti². Ces derniers se trouvent donc dans une situation de dépendance vis-à-vis des majoritaires (risque d'agence).

568. Le dilemme de la gestion concertée est donc le suivant : l'abaissement du seuil de majorité diminue le risque de blocage mais engendre un risque d'agence. Face à cette situation, l'équilibre optimal dépend de deux paramètres : le nombre de propriétaires et la gravité de l'acte. C'est ce que fait le droit positif depuis toujours en faisant varier les seuils de majorité. Identifier les fondements réels de ce seuil permet cependant de voir au-delà de la lettre de la loi et de comprendre certains ajustements opérés par la jurisprudence.

2. La fixation des seuils de majorité

569. Identifier les fondements réels (gravité de l'acte, nombre de propriétaires) permet à la fois d'expliquer l'état du droit positif et de disposer d'une norme approximative afin de l'évaluer.

Toutes les formes de propriété commune imposent une gestion unanime pour la catégorie d'habilitations les plus graves. Toutefois, la catégorie varie en fonction de chaque type de propriété commune. Plus le nombre de propriétaires augmente, plus la forme doit réduire le nombre d'habilitations soumises à l'exigence

1. V. Dig. 16. 3. 14. De la même manière, l'unanimité des cocréanciers est en principe requise pour accorder au débiteur commun la possibilité d'un paiement partiel. Toutefois, en cas de désaccord, un magistrat pouvait être saisi et entérinait l'avis de la majorité (Dig. 2. 14. 7. 19). La majorité était calculée en fonction de l'intérêt dans la chose commune, et non de manière virile («*pro modo debiti, non pro numero personarum*», Dig. 2. 14.8).

2. Comme le notait Ripert, on ne peut nier la difficulté en disant que les minoritaires ont consenti au principe majoritaire, car l'objet du consentement n'est pas le même (G. RIPERT, « La loi de la majorité dans le droit privé » in *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 351–358.).

d'unanimité. En conséquence, même si cela a été longtemps le cas dans l'analyse des propriétés collectives, la détermination des actes devant être passés à l'unanimité ne se déduit pas de la seule structure de la propriété commune. Elle dépend du résultat d'un bilan coût-avantages entre risque de blocage et risque d'agence.

Deux exemples permettent de le vérifier. Dans la communauté légale, le domaine de la cogestion devrait s'appliquer aux valeurs mobilières, et pas seulement aux parts sociales. Pourtant, la loi l'a écarté, car le fonctionnement des marchés financiers rend impossible un tel système¹. Dans l'indivision, on considérerait qu'en raison du droit de propriété de chaque indivisaire sur les biens indivis, tout acte d'administration ou de disposition devait nécessairement être passé à l'unanimité. Pourtant, les réformes récentes ont admis le principe majoritaire en matière de l'administration des biens mais aussi la possibilité de disposer des biens indivis à une simple majorité dans certains cas compréhensibles².

570. Peut-on dire, en paraphrasant le mot de Jhering, que «l'histoire de l'unanimité est celle de sa constante abolition»? Il est vrai que le législateur intervient souvent pour abaisser les seuils de majorité; sans doute est-ce dû au fait que les situations de blocage sont visibles, alors que les risques pesant sur les minoritaires le sont moins. C'est donc la jurisprudence qui tend à relever les seuils lorsqu'elle estime que l'acte est trop grave pour être passé à la majorité textuellement prévue. Le droit des sociétés oblige souvent à de tels arbitrages : par exemple la fusion-absorption d'une société requiert l'unanimité lorsque la société absorbante est une SAS, par analogie avec l'art. L. 227-3 du Code de commerce³.

1. Cf. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 366, p. 361-362.

2. V. art. 815-3, C. Civ : «Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité [...] 3° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision». Comp. sur cette question M. BILLIAU, « Abrogeons l'article 815-3 3 du Code civil, avant que Strasbourg ne l'exige ! » in *Mélanges X. Linant de Bellefonds*, LexisNexis, 2007, p. 53-56. qui considère que l'art. 815-3 3° du Code civil est contraire à l'art. 1 du Protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et marque «l'abandon du respect dû au droit de propriété, pour la restauration et la préservation duquel nos aïeux se sont battus» (p. 54).

3. Cass. Com., 19 déc. 2006, n° 05-17802, Bull. civ., n° 268 ; D. 2007. 630, note L. GODON ; ibid. AJ 92, obs. A. LIENHARD ; D. 2008. Pan. 382, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; JCP E 2007. 1192, note VIANDIER ; ibid. 1877, n° 7, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; Dr. so-

571. Envisager les fondements réels déterminant les seuils de majorité peut aider à l'interprétation de cas actuellement ambigus.

Par exemple, la seule disposition concernant l'œuvre de collaboration prévoit une gestion à l'unanimité (art. L. 113-3 al. 2, C. propr. intell.). Cette règle est sans doute supplétive : les créateurs devraient être libres d'adopter un système majoritaire pour tous ou certains actes d'exploitation¹, voire de recourir contractuellement à un système de gestion concurrente.

Même en l'absence de contrat, il devrait être permis à l'un des coauteurs d'agir seul contre un tiers pour contrefaçon de l'œuvre commune sans avoir à mettre en cause les autres². L'unanimité de l'article L. 113-3 al. 2 n'est pas une conséquence naturelle de la qualification de propriété commune, que celle-ci soit rattachée à l'indivision ou à une véritable propriété collective. La règle vise essentiellement à éviter que l'œuvre soit exploitée contrairement à la volonté de l'un des auteurs. Si cette *ratio legis* est correcte, alors on ne voit pas d'obstacle à ce que l'action en contrefaçon puisse être exercée par un seul coauteur.

B. La lutte contre les risques d'abus découlant de la gestion concertée

572. Toute gestion concertée engendre structurellement un risque d'agence et un risque de blocage. Le droit ne reste pas passif face à ces risques, mais tente de les cantonner en sanctionnant les *usages illégitimes* du droit de vote.

Toute la difficulté réside dans le critère de cette illégitimité. On ne peut pas se contenter de dire que l'exercice du droit de vote devient illégitime dès lors que le titulaire agit dans son intérêt personnel et non dans l'intérêt collectif³. D'une part, cela suppose de savoir ce qu'est l'intérêt collectif. Or dans biens des cas, il peut exister des divergences raisonnables quant à savoir ce qui est opportun pour une propriété commune. Contrairement à une image fameuse, l'intérêt social

ciétés 2007, n° 51, note H. HOVASSE ; RJ com. 2007. 54, obs. GINESTET ; Rev. sociétés 2007. 93, note P. LE CANNU ; Bull. Joly 2007. 506, note A. COURET ; LPA 20 juill. 2007, note CAUVIN ; Banque et Droit, mai-juin 2007. 73, obs. RIASSETTO ; Defrénois 2007. 1550, obs. THULLIER.

1. V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, n° 702.

2. La jurisprudence est contraire. V. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014, n° 456.

3. V. par exemple P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *APD* 1960, p. 65, p. 106-107.

peut rarement servir de «boussole», car il n'existe précisément pas de champ magnétique indiquant à coup sûr où aller. D'autre part, il n'est pas en soi illicite de voter de manière égoïste¹. Le problème est de définir quand ce comportement égoïste devient *fautif*, qu'il s'agisse de majoritaires ou de minoritaires.

Si le droit des sociétés a été le principal champ d'application du contrôle de l'exercice du droit de vote, il n'existe aucune raison de ne pas étendre les solutions à toutes les formes de propriété commune recourant à la gestion concertée. Le contrôle de l'exercice du droit de vote forme un *droit commun de la gestion concertée*, applicable donc non seulement aux groupements, mais aussi aux diverses formes de propriété commune ayant recours au principe majoritaire, soit sur une base volontaire, soit sur une base imposée : indivision, syndicats de prêts, tontine, etc.

1. La lutte contre le risque d'atteinte aux droits de la minorité

573. Le droit français et les droits de *common law* adoptent deux analyses distinctes du contrôle d'une propriété commune. La *common law* considère que les majoritaires, *du seul fait de leur pouvoir de contrôle*, sont tenus d'un devoir de loyauté envers les minoritaires². C'est donc l'atteinte à cette loyauté qui justifie la sanction. D'une manière apparemment différente, le droit français a recours à la notion d'abus de droit. Le propriétaire détenant la part majoritaire n'est pas tenu d'un devoir particulier envers le minoritaire, mais sera sanctionné s'il abuse de ses droits. Pour autant, les deux traditions utilisent à peu près les mêmes critères pour définir l'usage illégitime d'un droit de vote³.

1. Comp. D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2^e éd., Joly, 2004, n° 320. : «Nul n'a jamais soutenu que la loi de la majorité, instrument du pouvoir des majoritaires, a pour finalité la satisfaction de leurs seuls appétits».

2. Cf. la sentence du Juge Brandeis dans l'arrêt *Southern Pacific Co. v. Bogert* : «C'est la détention et l'exercice du contrôle de la propriété commune [*common property*] qui est source d'obligations fiduciaires, et non pas le moyen particulier employé pour exercer ce contrôle».

3. Cf. A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, préf. de J.-J. DAIGRE, Dalloz, 2010. Aux États-Unis, «l'abus de majorité» suppose de montrer «d'une part, la satisfaction d'un intérêt égoïste, d'autre part, l'*unfairness* de l'acte en cause, c'est-à-dire l'iniquité de l'opération poursuivie» (*Ibid.*, n° 42.). Les divergences sont en revanche plus nettes en ce qui concerne les sanctions de l'abus de droit de vote, les juges de *common law* n'hésitant pas à recourir à un panel plus large de sanctions, comme l'exclusion.

Se pourrait-il que la différence ne soit qu'apparente ? Comme cela a été montré, il arrive au droit français de parler d'abus là où il vaudrait mieux parler plus simplement de faute, et plus précisément de faute par déloyauté¹. Or à la réflexion, ce qu'on sanctionne dans l'abus de majorité, ce n'est pas le fait que le majoritaire use mal de son droit de vote, c'est qu'il nuise *en toute conscience* au minoritaire. L'abus de majorité sanctionne une faute commise par le majoritaire ; le droit de vote n'est que l'instrument du délit.

574. En droit français, le critère de l'abus de majorité fut défini en 1961 par la Cour de cassation², avant d'être consacré par la loi six ans après en matière de copropriété de navires (art. 5114-36, C. transp.). Est abusive la décision prise «contrairement à l'intérêt général de la société [resp. de la copropriété] et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité». Pour autant, la conjonction des deux critères aboutit à la reconnaissance d'une faute par déloyauté³. Si la Cour de cassation ne retenait que le second, alors l'abus de droit ne serait effectivement rien d'autre qu'un détournement de prérogative⁴. Mais elle ne s'en satisfait pas : un majoritaire peut en toute licéité voter de manière à favoriser ses intérêts propres, du moment que la société en bénéficie aussi. La faute commence lorsque la décision, en plus d'être égoïste, est nuisible à la société. L'examen des cas reconnus d'abus de majorité confirme cette hypothèse : dans tous les cas, sont sanctionnés des actes inutiles pour la société et sciemment discriminatoires envers les minoritaires. Un tel exercice du

1. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat - Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, p. 58 et s.

2. Cass. Com., 18 avr. 1961, Bull. civ. n° 175 ; S. 1961. 257, note DALSACE ; D. 1961. 661 ; JCP 1961 II 12164, note D. BASTIAN ; RTD Com. 1961. 634, n° 8, obs. R. HOUIN.

3. V. en ce sens P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 155, qui rattachent les abus de droit de vote à l'obligation de loyauté existant entre associés. Comp. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 417, qui les rattachent à la «théorie civiliste de l'abus de droit (on peut user de son droit, mais non en abuser dans le seul dessein de nuire à autrui ou en le détournant de sa fonction) ou du détournement de pouvoir».

4. En faveur de cette solution v. D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2^e éd., Joly, 2004, n° 324. L'auteur considère de manière très rousseauiste que la loi de la majorité «repose sur la communauté d'intérêts au sein du groupement. Les décisions du plus grand nombre obligent et satisfont les autres membres du groupe parce que les décideurs recherchent la même fin que celle poursuivie par les autres. Aussi la volonté exprimée par la majorité est présumée représenter la volonté de tous» (n° 320).

droit de vote relève d'un comportement «antisocial»¹.

575. Raisonner en termes de faute aurait un avantage supplémentaire par rapport aux critères actuels : elle donnerait davantage de souplesse au juge dans l'appréciation de «l'abus» de droit de vote.

En effet, la «faute d'abus» est appréciée diversement selon les liens préexistants entre les parties. Au sein d'une propriété commune où les liens communautaires sont forts, le standard de loyauté du majoritaire devrait être apprécié plus sévèrement que dans une propriété commune «individualiste», où l'égoïsme est difficilement fautif. Il est tout à fait possible que les juges tiennent déjà compte de ces circonstances dans l'appréciation de l'abus de majorité. Ainsi, il est difficile de caractériser un abus de majorité au sein d'une copropriété d'immeuble, alors même que la Cour de cassation semble retenir un critère plus large que dans la société². La copropriété n'étant pas une propriété commune affectée à une activité, il n'existe pas de norme particulière quant à l'utilisation des parties communes ou de la rationalité des décisions adoptées³. La faute d'abus suppose donc en général une véritable intention de nuire⁴. Une telle gradation dans l'appréciation de la faute pourrait trouver à s'appliquer dans d'autres formes, notamment dans les sociétés⁵.

Puisque l'abus est une faute par déloyauté, alors le fondement de la sanction doit être l'art. 1240 (anc. art. 1382) du Code civil. C'est d'ailleurs le fondement

1. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat - Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, n° 689 : «On en vient à se demander si l'abus de majorité ou de minorité ne correspond pas plus à la figure de l'exercice "antisocial" d'un droit qu'à la figure du détournement de finalité».

2. Cf. Cass. Civ. 3^{ème}, 8 fév. 1989, n° 87-14322, non publié ; Rev. Loyers 1989, p. 187. : Approbation d'une Cour d'appel ayant refusé l'existence d'un abus de majorité, dès lors «qu'il n'était pas établi que les copropriétaires majoritaires aient agi dans un but contraire aux intérêts collectifs ou dans celui de nuire à certains copropriétaires».

3. Cf. B. SAINTOURENS, «L'abus du droit de vote dans la copropriété» in *Mélanges J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 691-702, p. 695-696. : «Il est parfois fait référence en doctrine à l'existence d'un intérêt collectif qui doit être pris en compte dans le fonctionnement de la copropriété, mais son identification précise, à défaut de support textuel, n'est pas si aisée, ce qui ne recouvre pas forcément la même chose que l'intérêt collectif des copropriétaires».

4. V. CA Lyon, 17 fév. 1971, JCP 1971 II 16880, note R. DÉSIRY, qui caractérise un «acharnement particulier à l'égard du copropriétaire concerné».

5. Le droit américain tend à apprécier l'abus de majorité plus restrictivement dans les sociétés «ouvertes» que dans les sociétés «fermées» (A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, préf. de J.-J. DAIGRE, Dalloz, 2010, n° 241 à 243.)

retenu généralement par la jurisprudence. L'annulation de la décision collective, qui se fait en contradiction des dispositions légales (art. L. 235-1, C. Com), pourrait se justifier comme un mode de réparation en nature.

576. Parfois, la protection du minoritaire passe plus radicalement par l'édiction d'un *ordre public de protection*. En droit de la copropriété, un copropriétaire ne peut détenir plus de la majorité des droits de vote. Si sa quote-part des parties communes est supérieure à la moitié, «le nombre de voix dont il dispose est réduit à la somme des voix des autres copropriétaires» (art. 22 al. 2)¹. La responsabilité civile n'est donc pas le seul moyen pour prévenir les risques d'abus.

2. La lutte contre le risque de blocage

577. Le champ d'application de la lutte contre le risque de blocage est plus large que celui du risque d'agence. En effet, si l'abus de majorité commence à trois personnes, le risque de blocage commence à deux². Et indépendamment du nombre de titulaires, le risque de blocage est toujours présent lorsque la décision doit être prise à l'unanimité.

Dans la plupart des formes de propriété commune, la loi a prévu des dispositifs particuliers visant à dépasser l'opposition illégitime d'un cotitulaire. Dans tous les cas, un juge doit être saisi afin qu'il constate l'illégitimité de l'opposition. L'étude de la légitimité ou de l'illégitimité du droit de veto supposerait une étude approfondie ; on se bornera donc à quelques observations visant à souligner qu'à l'instar de l'abus de majorité, l'abus de minorité est apprécié diversement selon le type sociologique de propriété commune et le degré d'altérité entre les propriétaires. Plus les relations sont de nature communautaire, plus l'abus a de chances d'apparaître.

578. Dans la copropriété, forme dans laquelle le degré d'altérité entre copropriétaires est le plus fort, l'abus de minorité semble n'être jamais apparu en

1. Ce type de plafonnement est également possible dans la société anonyme par une clause en ce sens (art. L. 225-125, C. Com.).

2. À cet égard, il n'apparaît pas nécessaire de distinguer entre «abus de minorité» et «abus d'égalité».

jurisprudence, quoiqu'il soit théoriquement possible¹.

Dans la société, le refus ne devient fautif qu'à des conditions très restrictives. La jurisprudence fixe en effet deux critères cumulatifs : (i) le blocage d'une opération essentielle (ii) prise «dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés»². L'abus est ici un refus objectivement nuisible *et* égoïste³.

Entre époux, où les liens communautaires sont forts, il n'est plus question du caractère vital de l'acte ou de motifs égoïstes. L'article 217 ne mentionne que «le refus non justifié par l'intérêt de la famille»⁴. L'article permet donc de surmonter une simple *divergence de vue*, sans qu'une faute puisse être imputée à l'un ou à l'autre. Un critère aussi compréhensif a été retenu par la jurisprudence en matière d'œuvre de collaboration, où les liens entre propriétaires sont également forts. Le juge saisi sur le fondement de l'art. L. 113-3 al. 3 du Code de propriété intellectuelle peut passer outre le refus d'un coauteur, «sans qu'il y ait lieu de relever de la part de ce dernier un comportement notoirement abusif»⁵.

La situation dans l'indivision est moins nette. L'expression «mise en péril de l'intérêt commun» (art. 815-5, C. Civ) peut s'interpréter de manière disparate⁶. L'examen des arrêts récents rendus par la Cour de cassation permet cependant de préciser le critère. Les juges du fond tendent à autoriser les ventes de biens indivis dès lors que la vente apparaît comme étant la seule solution économique-

1. B. SAINTOURENS, « L'abus du droit de vote dans la copropriété » in *Mélanges J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 701.

2. Cass. Com., 9 mar. 1993, *Flandin*, n° 91-14685, Bull. Civ. n° 101 ; Rev. Sociétés 1993. 403, note Ph. MERLE ; D. 1993. 363, note Y. GUYON ; Bull. Joly Sociétés 1993. 537, note P. LE CANNU ; JCP 1993. II. 22107, note PACLOT ; JCP E 1993. II. 448, note A. VIANDIER.

3. Les auteurs analysant l'abus de minorité comme une forme de détournement de pouvoir considèrent logiquement que le caractère essentiel de l'acte ne devrait pas être une condition. V. notamment A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213-238, spéc. n° 11.

4. L'article est applicable tant pour les décisions concernant le logement de la famille (art. 215. al. 3, C. Civ.) que pour les actes soumis à cogestion dans les régimes communautaires.

5. Cass. Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n° 91-18881, Bull. n° 341 ; D.1994. 405, note B. EDELMAN.

6. La jurisprudence admet que le juge saisi sur le fondement de l'article 815-6 du Code civil puisse également autoriser un indivisaire à passer un acte contre le refus d'un autre. Il faut cependant que les conditions de l'article 815-6 soient réunies, à savoir l'urgence et l'atteinte à l'intérêt commun (v. récemment Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-20158, Bull. n° 236 ; D. 2013. 2914 ; AJ. Famille 2014. 120, obs. LEVILLAIN.). Le juge peut également être saisi préventivement via l'article 815-5-1 du Code civil.

ment raisonnable compte tenu du contexte¹. L'indivision est donc intermédiaire entre la société et la communauté : le blocage est surmontable dès lors qu'il est clairement rationnel de procéder à l'acte, sans qu'il soit besoin de montrer l'illégitimité des motifs de l'opposant. Mais contrairement à la communauté, la comparaison ne peut pas susciter d'hésitations : une des options est manifestement meilleure que l'autre.

Cette gradation entre les formes de propriété commune pourrait s'opérer au sein d'une même propriété commune. Par exemple, au sein des sociétés, la position très restrictive de la jurisprudence se justifie parfaitement dans le cadre des sociétés par actions, où l'égoïsme ne peut devenir facilement fautif ; mais le juge pourrait moduler son appréciation dans les sociétés où préexistent des liens communautaires, notamment familiaux. De la même manière, dans le Pacs, quand bien même l'article 815-6 constitue le fondement de l'action du partenaire, c'est le standard des propriétés communes domestiques qui a vocation à s'appliquer². Le juge disposerait d'un plus grand pouvoir d'appréciation que lorsqu'il est saisi à propos de conflits entre héritiers.

§ 3. La gestion exclusive

579. Comme la gestion concurrente, la gestion exclusive confie l'exercice de l'habilitation à une seule personne, sans qu'il y ait d'autorisation préalable ou d'opposition possible. La dépendance des propriétaires est donc forte à l'égard du titulaire. Toutefois, la gestion exclusive élimine tout problème de coordination et de rationalité. La gestion de la propriété commune est à égalité des armes avec la propriété individuelle.

1. V. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}., 6 nov. 2013, n° 12-25788, non publié. (procédure d'expropriation en cours, le prix proposé est supérieur à la valeur du bien) ; Cass. Civ. 1^{ère}., 5 mar. 2014, n° 12-26618, non publié. (immeuble non occupé, non loué, entraînant des charges importantes par rapport à sa valeur, proposition de vente au prix du marché) ; Cass. Civ. 1^{ère}., 2 avr. 2014, n° 13-15744, non publié. (immeubles non loués, dégradés, sans que les indivisaires puissent assumer les frais de réparation).

2. Le juge aux affaires familiales est d'ailleurs compétent pour les litiges entre partenaires depuis 2009. V. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 5^e éd., LGDJ/Lextenso, 2016, n° 427.

La gestion exclusive peut être directe ou déléguée. Toutefois, il est rare que les formes de propriété commune accordent des droits exclusifs aux propriétaires eux-mêmes (A). La situation de propriété commune repose avant tout sur une concurrence des droits. En revanche, le recours à une gestion déléguée exclusive est beaucoup plus fréquent, car la professionnalisation que permet la gestion déléguée vient compenser la dépendance des propriétaires en commun (B).

A. La rareté de la gestion exclusive par un “copropriétaire”

580. L’attribution d’un droit exclusif de gestion à un des propriétaires, *en sa seule qualité de propriétaire*, ne peut être qu’une situation dérogatoire. La propriété commune est par définition une situation de concurrence. Attribuer des droits exclusifs à chacun des propriétaires éloigne de la propriété commune et rapproche au contraire de la technique du démembrement. Chacun dispose de sa sphère de pouvoir ; seul l’objet est identique. Il s’agit donc d’une situation rare. L’exemple du droit matrimonial et de la copropriété des immeubles permet de vérifier cette hypothèse.

1. L’exemple du droit matrimonial

581. La manifestation la plus forte de la gestion exclusive se trouve dans le régime de communauté. L’objectif est de garantir une sphère minimale d’indépendance à chacun des époux. Chacun a ainsi le droit exclusif de disposer de ses gains et salaires, ainsi que des revenus tirés de ses biens propres, quoique ces revenus soient communs dès la perception. De la même manière, l’article 1421 al. 2 du Code civil dispose que «l’époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d’accomplir les actes d’administration et de disposition nécessaires à celle-ci»¹. Dans ce cas, quand bien même le bien serait commun, un seul époux a le pouvoir de conclure l’acte, par exception au principe de gestion concurrente.

1. Le domaine de la gestion exclusive se définit par les actes professionnels, et non par la nature des biens. Même si dans la plupart des cas, la différence n’a pas de conséquence, puisque les actes professionnels portent généralement sur les biens affectés à l’activité professionnelle, elle existe néanmoins.

582. La gestion exclusive touche également les contrats conclus par un seul des époux. Le régime des droits dans la communauté légale est une question délicate qui nécessiterait une étude à part entière¹. La difficulté d'articuler la logique du droit personnel, lien strictement bilatéral, avec la logique de la propriété commune, situation concurrentielle, engendre des hésitations doctrinales et jurisprudentielles. La première logique plaide pour une gestion exclusive attribuée au seul contractant, alors que la seconde plaide pour une gestion concurrente des prérogatives nées du contrat et de l'obligation.

La logique du droit personnel semble encore l'emporter. Un arrêt de la Cour de cassation a ainsi énoncé que «le fait que les droits ou obligations nés d'un contrat passé par un époux tombent en communauté n'a pas pour conséquence de conférer la qualité de contractant à l'autre époux»². Cette formulation est peut-être trop abrupte car elle écarte totalement la prise en compte des intérêts du conjoint. Il faut en réalité trouver un équilibre entre la protection du conjoint que la gestion exclusive met à mal et la protection du tiers. Ce dernier n'a en effet pas vocation à rechercher le régime matrimonial de son contractant pour savoir si son conjoint peut valablement exercer une prérogative ou recevoir paiement.

Peut-être la jurisprudence recherche-t-elle déjà cet équilibre. En effet, elle reconnaît au conjoint le «pouvoir de recevoir le remboursement du prêt d'une somme présumée dépendre de la communauté» mais lui interdit de percevoir les dividendes³. L'apparente divergence pourrait s'expliquer par la différence de complexité entre un simple prêt et un droit social. Autant, une gestion concu-

1. V. M. COTTET, « Le régime patrimonial des droits entrés en communauté » in *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ/Lextenso, 2015, p. 167-187.

2. Cass. Civ. 2^{ème}, 13 déc. 1989, n° 87-14490, Bull. n° 222 ; Defrénois 1990. 874, obs. G. CHAMPENOIS. V. également Cass. Civ. 1^{ère}., 9 fév. 2011, n° 09-68659, Bull. I, n° 27 ; JCP 2011, n° 1371, §7, obs. Ph. SIMLER ; Defrénois 2011. 655, obs. G. CHAMPENOIS ; Rev. Sociétés 2011. 343, note E. NAUDIN ; Gaz. Pal. 2011. 861, note A. DENIZOT. qui considère que l'épouse «n'avait pas qualité à agir en remboursement du compte courant d'associé dont son mari était le seul titulaire, peu important que la somme provenant d'un tel remboursement dût figurer à l'actif de la communauté».

3. V. pour le premier cas, Cass. Civ. 1^{ère}., 31 jan. 2006, n° 03-19630, Bull. n° 38 ; JCP 2006 I 131, n° 16, obs. Ph. SIMLER ; Dr. famille 2006, comm. n° 61, obs. B. BEIGNIER ; Defrénois 2006. 1612, obs. G. CHAMPENOIS. Pour le second : Cass. Civ. 1^{ère}., 5 nov. 2014, n° 13-25820, à paraître au Bulletin ; JCP 2015, doct. 138, n° 3, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. Sociétés 2015. 190, note E. NAUDIN ; RDC 2015. 257, obs. R. LIBCHABER. La doctrine approuve généralement la solution. V. G. CHAMPENOIS, *Defrénois* 2011, p. 966. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 412.

rente minimale peut se comprendre dans le premier cas, autant la complexité des mécanismes sociétaires l'empêcherait dans le second ¹. En définitive, la jurisprudence ne parvient pas à tenir le principe d'une mise à l'écart totale du conjoint si le droit est commun. Le conjoint se situe dans une situation intermédiaire où il n'est «ni contractant, ni tiers» ².

2. L'exemple de la copropriété des immeubles : le droit de jouissance privatif

583. Dans la conception unitaire qui a été défendue, les parties privatives sont elles-mêmes des formes de jouissance exclusive du bien commun. La loi du 10 juillet 1965 les a qualifiées de «propriété exclusive» (art. 2 al. 2) : ce sont des îlots de propriété individuelle au sein de la propriété commune (l'immeuble). Il ne s'agit évidemment pas d'une véritable propriété individuelle, puisque la logique collective s'impose en réalité toujours ; c'est une fiction, autant juridique que sociologique.

Toutefois, outre sa partie privative, un copropriétaire peut se voir attribuer un «droit de jouissance exclusif» sur une fraction des parties communes, le plus souvent une cour ou une terrasse. Le caractère paradoxal de ce droit suscite des interrogations sur sa nature et son régime ³. La jurisprudence l'a qualifié de «droit réel perpétuel» afin d'empêcher qu'il puisse être remis en cause par la majorité - même renforcée - des copropriétaires, à l'instar des véritables parties privatives ⁴. Peut-être aurait-il mieux valu poser directement l'interdiction, plutôt que de recourir à cette qualification. Car le droit de jouissance privatif est au lot de copropriété ce que l'action de préférence est à l'action ordinaire : un «avantage

1. V. en ce sens, R. LIBCHABER, *RDC* 2015, p. 257, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2014.

2. V. BRÉMOND, « Le conjoint du prêteur commun en biens : ni contractant, ni tiers », *JCP N* 2006, 1200.

3. Il a été qualifié d'«hérésie». V. C. ATIAS, « Propriété indivise et usage privatif », *JCP N* 1987, 353.

4. V. Cass. Civ. 3^{ème}, 4 mar. 1992, n° 90-13145, Bull. n° 73 ; D. 1992. 386, note ATIAS ; Defrénois 1992. 1140, obs. H. SOULEAU ; Administrer janv. 1993. 30, obs. GUILLOT. Comp. art. 25 al. 2 de la loi du 10 juillet 1965 : «L'assemblée générale ne peut, à quelque majorité que ce soit, imposer à un copropriétaire une modification à la destination de ses parties privatives ou aux modalités de leur jouissance, telles qu'elles résultent du règlement de copropriété».

particulier» attribué par la collectivité (par le règlement de copropriété) et intégré dans la part du bénéficiaire (le lot).

Cet avantage particulier reste en effet toujours soumis à la discipline collective - ce que le terme de «droit réel» peut dissimuler¹. Le syndicat peut effet entreprendre toute action visant à protéger la partie commune en cause de la carence du titulaire du droit². D'autre part, le titulaire d'un droit de jouissance privatif ne peut céder ce droit sans l'agrément du syndicat, alors qu'il est en principe libre de diviser et céder une partie de son lot de copropriété³.

S'il est rare que les propriétaires disposent d'un droit exclusif de gestion, il est courant en revanche que leur représentant en bénéficie.

B. L'utilité de la gestion exclusive exercée par un représentant

584. Il est très usuel que la gestion d'une propriété commune soit confiée en exclusivité à un représentant. Comme dans une propriété individuelle, une seule volonté décide du sort des biens (1). La centralisation de la décision est également particulièrement utile dans les situations de crise. Et de fait, la jurisprudence a reconnu la possibilité de nommer un administrateur provisoire dans la plupart des formes de propriété commune (2).

1. Pour un exposé des différences entre parties privatives et droit de jouissance exclusive, v. B. KAN-BALIVET, « La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes », *Defrénois* 2008, art. n° 38825, p. 1765, spéc. n° 7 et s.

2. V. par exemple CA Paris, 11 avr. 2002, Loyers et copr. 2002, comm. n° 268, obs. G. VIGNERON.

3. Cf. Cass. Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2013, n° 12-23670, Bull. Civ. n° 166 ; D. 2014. 81 ; Gaz. Pal. 2 mars 2014, p. 23, note M. PARMENTIER ; *Defrénois* 2014. 497, note L. TRANCHANT ; RTD Civ. 2014. 402, obs. W. DROSS. : «le droit de jouissance privatif d'une partie commune, attaché par le règlement de copropriété à un lot, ne peut être cédé en tout ou partie au propriétaire d'un autre lot qu'avec l'accord du syndicat des copropriétaires».

1. L'intérêt du procédé hors période de crise

585. La centralisation de la prise de décision est particulièrement importante dans les propriétés communes où la gestion est soumise à un fort impératif de rationalité. C'est le cas par exemple dans les sociétés organisant des entreprises ou dans les organismes de placement de valeurs mobilières. Il n'est en effet pas possible dans ces formes de recourir à une gestion déléguée concurrente (pluralité de gérants) comme dans d'autres formes sociales. Tout au plus la société anonyme peut-elle recourir à une gestion concertée sous la forme d'un directoire. Cette gestion concertée n'est cependant pas obligatoire (art. L. 225-64, al. 4, C. Com.) et il arrive souvent que les directeurs se répartissent certains domaines d'activité¹. La centralisation est optionnelle dans d'autres formes, mais constitue cependant la norme. Ainsi en est-il dans la SARL où le chef d'entreprise prend seul la qualité de gérant ou dans l'entreprise indivise.

586. Cette gestion centralisée rapproche la propriété commune de la propriété individuelle quant à la facilité de la gestion². Il s'agit de l'aspect le plus attractif de ce mode de gestion, et ce malgré le risque d'agence énorme qui est créé. En effet, si toute gestion déléguée crée un risque d'agence, ce dernier est plus réduit lorsqu'il y a gestion concertée, que ce soit sous la forme d'un conseil d'administration ou d'un directoire. La collégialité oblige à un dialogue minimal et à un impératif de justification des décisions prises³. Le représentant unique ne peut être contrôlé qu'*a posteriori*.

2. Un remède aux crises de la propriété commune : l'administrateur provisoire

587. La crise de la gestion d'une propriété commune peut avoir trois sources : la vacance, la paralysie ou le détournement manifeste. La solution est

1. Cf. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 824.

2. Le rapprochement fut tel que se fit jour l'idée que le gérant de la propriété commune était en réalité un propriétaire individuel. On pense à la théorie de Toullier en matière de communauté légale, qui reflète la conception dominante dans la communauté médiévale (cf. J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2010, n° 1106.).

3. La différence est cependant réduite lorsque les organes collectifs ne sont sociologiquement que des chambres d'enregistrement.

alors de nommer un administrateur provisoire afin d'éviter un dépérissement de la valeur économique des biens communs. Si la possibilité est reconnue dans la plupart des formes de propriété commune, les fondements sont hétérogènes (a). En revanche, la question des pouvoirs supplétifs se pose pour toutes les propriétés communes et appelle donc une réponse unifiée (b).

a. Les fondements de la nomination de l'administrateur

588. La loi prévoit explicitement cette faculté en matière de copropriété de navires en cas de blocage¹ ou dans la copropriété immobilière en cas d'absence ou carence du syndic (art. 47 et 49 du décret du 17 mars 1967). Dans l'indivision, une telle nomination peut se faire sur le fondement de l'article 815-6 al. 3 dès lors qu'il y a urgence et atteinte à l'intérêt commun². Dans les trois cas, il s'agit d'une procédure diligentée devant le président du tribunal de grande instance (copropriété immobilière et indivision) ou du tribunal de commerce (copropriété quirataire). Dans la communauté légale, le juge aux affaires familiales peut également nommer un administrateur provisoire de la communauté, bien que l'article 220-1 du Code civil ne le prévoie pas expressément³.

589. Dans les autres formes de propriété commune, en l'absence de texte, la jurisprudence peut s'appuyer sur les articles 809 et 873 du Code de procédure civile. Ces deux articles permettent au président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce de «prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite», et ce «même en présence d'une contestation sérieuse». La nomination d'un administrateur provisoire est alors soumise à des conditions plus restrictives mais reste toujours possible. Le

1. Art. L. 5114-35, C. transp. : «Lorsque aucune majorité des intérêts ne peut se dégager ou en cas d'annulation répétée des décisions de la copropriété, le tribunal peut, à la requête d'un des copropriétaires, soit désigner un gérant provisoire, soit ordonner la licitation du navire, soit prendre l'une et l'autre de ces mesures».

2. Le droit de l'indivision a multiplié les mesures visant à prévenir le désaccord entre indivisaires. L'articulation entre ces différents dispositifs n'est pas toujours claire. V. N. LEBLOND, « La crise dans l'indivision », *Defrénois* 2010, p. 2173-2187.

3. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, n° 94-14160, Bull. n° 374 ; JCP 1997 I 4047, n° 11, obs. G. WIEDERKEHR ; *Defrénois* 1997. 814, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD Civ. 1997. 725, obs. B. VAREILLE.

juge des référés est «le seul à pouvoir matériellement saisir le fait illicite avant qu'il ne se consume définitivement»¹.

Ainsi, en matière sociétaire, la Cour de cassation a précisé que la nomination d'un administrateur provisoire «était une mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent»². Tel est le cas si les détenteurs du pouvoir (actionnaires majoritaires ou dirigeants) détournent *de manière manifeste* leurs pouvoirs³.

590. Le tableau suivant fait l'inventaire des différentes hypothèses d'administration provisoire :

Communauté	art. 220-1 C. Civ.	JAF (art. 1290, CPC)	Référé/Requête	Atteinte à l'intérêt de la famille Urgence
Indivision	art. 815-6 C. Civ.	Pdt TGI	Forme des référés	Atteinte à l'intérêt commun
Indivision successorale	art. 813-1 C. Civ.	Pdt TGI	Forme des référés	Inertie, Carence Faute
Indivision d'acquêts	art. 815-6 C. Civ.	JAF (art. L. 213-3, COJ)	Forme des référés	Atteinte à l'intérêt commun
Copropriété Immeubles	art. 47 Décr. 67	Pdt TGI	Requête	Absence
—	art. 49 Décr. 67	Pdt TGI	Référé	Carence
Copropriété navires	5114-35, C. transp.	Pdt T.Com	Requête	Paralysie
Autres cas	art. 809 et 873 CPC.	Président TGI ou T. Com.	Référé	Carence/Paralysie/Détournement Péril imminent

1. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, préf. de R. BOUT, Dalloz, 2008, n° 193.

2. Cass. Com., 6 fév. 2007, n° 05-19008, Bull. n° 28 ; D. 2007. AJ. 587, Bull. Joly Sociétés 2007. 690, note P. SCHOLLER ; Dr. Sociétés 2007, comm. n° 73, obs. H. HOVASSE ; RTD Com. 2007. 373, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

3. V. Cass. Com., 18 juin 2013, n° 12-13255, non publié, Rev. Sociétés 2014. 88, note D. PORRACHIA. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, considère que le péril imminent est caractérisé dès lors que les majoritaires «utilisent la société pour en tirer un profit exclusivement personnel au détriment de l'intérêt social». Cette formulation est cependant trop proche du critère de l'abus de majorité. La nomination d'un administrateur provisoire ne devrait être possible qu'en cas d'abus répétés mettant en péril le déroulement de l'activité commune.

b. Les pouvoirs de l'administrateur provisoire

591. En principe, la durée et l'étendue des pouvoirs sont fixées par l'ordonnance de nomination. La difficulté apparaît en cas de silence de l'ordonnance. Seules deux formes de propriété commune prévoient des dispositions suppléatives : l'indivision, dans laquelle l'administrateur provisoire est réputé détenir les pouvoirs définis aux articles 1873-5 à 1873-9¹ ; la copropriété, où l'article 49 du décret du 17 mars 1967 accorde à l'administrateur provisoire les mêmes pouvoirs que le syndic ordinaire.

Dans les autres formes de propriété commune, la tentation est de définir ces pouvoirs par référence au droit du mandat : l'administrateur pourrait prendre des actes conservatoires ou d'administration, mais non les actes de disposition². Cette solution ne tient pas compte de la diversité des propriétés communes : l'administrateur provisoire d'une société par actions doit avoir un droit de disposer. L'art. 1873-6 du Code civil donne la solution : il autorise en effet le gérant de l'indivision à disposer des biens meubles corporels «pour les besoins d'une exploitation normale des biens indivis». C'est ce standard qu'il convient d'adopter : en cas de silence de l'ordonnance, l'administrateur provisoire *peut conclure tous les actes nécessaires à l'exploitation normale de la propriété commune*, c'est-à-dire *tous les actes normaux* au regard du type de propriété commune en cause *et des circonstances*. Il n'est en effet pas gênant qu'un administrateur prenne des mesures exceptionnelles si les circonstances sont elles-mêmes exceptionnelles³. En revanche, l'administrateur devra demander une autorisation spéciale au juge s'il souhaite accomplir un acte *inhabituel au regard des circonstances*.

1. C'est-à-dire les pouvoirs reconnus au gérant d'indivision, eux-mêmes définis par référence aux pouvoirs des époux dans le régime de la communauté légale (cf. art. 1873-6, C. Civ.). Le juge peut cependant permettre à l'administrateur provisoire d'accomplir des actes de disposition (v. Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-18944, à paraître au Bulletin ; Defrénois 2015. 1176, obs. L. TRANCHANT.).

2. V. en matière de société, l'approche restrictive adoptée dans Cass. Civ. 3^{ème}, 3 mai 2007, n° 05-18486, Bull. n° 70, Bull. Joly Sociétés 2007. 1057, note B. SAINTOURENS ; Dr. Sociétés 2007. comm. n° 127, note H. LÉCUYER ; Rev. Sociétés 2007. 757, note B. DONDERO.

3. La jurisprudence tend à valider les actes de disposition dès lors qu'une urgence est caractérisée. Cf. B. LECOURT, « Questions autour de l'administrateur provisoire », *JCP E* 2016, 1384, spéc. n° 31 et 32.

592. Conclusion de la section. Une habilitation à gérer ne peut être attribuée que de trois manières, que le titulaire soit un propriétaire en commun ou un agent commun.

Une habilitation est en *gestion concurrente* lorsqu'une pluralité de titulaires peuvent l'exercer individuellement. La gestion concurrente permet une grande réactivité et une liberté individuelle des titulaires ; elle provoque cependant un risque d'agence et des risques d'incohérence. La généralisation d'un droit d'opposition et d'un devoir d'information entre cotitulaires permettrait de cantonner ces risques.

Elle est en *gestion concertée* lorsqu'une pluralité de titulaires peuvent l'exercer après concertation, et non individuellement. Les modalités de cette concertation vont de l'unanimité à la majorité simple. La gestion concertée réduit le risque d'agence mais engendre un risque de blocage. L'équilibre entre les deux risques s'apprécie au regard de la gravité de l'habilitation, du nombre de titulaires et de la nature de leurs relations.

L'habilitation peut enfin être en *gestion exclusive*, lorsqu'un seul titulaire peut valablement l'exercer. Si le risque d'agence est ici particulièrement fort, la gestion exclusive confère en contrepartie une autonomie importante. Cette autonomie peut servir à assurer une indépendance vis-à-vis des autres copropriétaires et permet de gérer les biens communs aussi facilement que l'on gérerait des biens individuels.

Conclusion du chapitre

593. *Ensemble*, les propriétaires en commun disposent de toutes les prérogatives possibles, matérielles ou juridiques, sur leurs biens communs. Seules les limites classiques de la propriété privative, que l'on retrouve donc dans la propriété individuelle, s'imposent à eux. La pluralité oblige cependant à définir des catégories d'habilitations et à leur attribuer des titulaires et un mode d'exercice. Il faut résoudre le problème d'allocation, c'est-à-dire déterminer qui peut faire quoi et comment.

Il n'existe que six manières d'attribuer les habilitations. Le titulaire est en effet soit un propriétaire, soit un représentant de ces derniers. L'habilitation ne peut être exercée que de manière concurrente, concertée ou exclusive. Les formes de propriété commune superposent en général plusieurs modes de gestion, car chaque mode n'est efficace que dans certaines configurations. La tâche de ce chapitre était de préciser ces configurations afin de comprendre comment évoluent les modes de gestion.

	Gestion directe	Gestion déléguée
Gestion concurrente	Époux (Art. 1421 al. 1) Action sociale (sociétés) Indivision (art. 815-2)	Cogérants (Société civile SARL, SNC)
Gestion concertée	Œuvre de collaboration Syndicat (copropriété) Ass. générale (groupements) Époux (art. 1424) Indivision (art. 815-3)	CA Directoire Conseil de surveillance
Gestion exclusive	Époux (art. 1421 al.2)	Dirigeant/Gérant Syndic

Chapitre 2

Respecter les habilitations à gérer

594. Distribuer de manière efficace les habilitations ne suffit pas à assurer un bon fonctionnement. Encore faut-il que cette répartition soit respectée. Les propriétaires en commun doivent non seulement obéir - comme le propriétaire individuel - aux lois et règlements, mais ils doivent en outre respecter les règles de gestion posées par la forme de propriété commune.

Le risque d'irrégularité est donc accru, surtout si la répartition est complexe. En conséquence, la mise en œuvre des sanctions classiques présente certaines particularités dans les propriétés communes. La sanction n'est pas aussi automatique qu'en droit commun : cela se vérifie tant à propos du sort de l'acte juridique irrégulier (Section 1) que de la mise en œuvre de la responsabilité des titulaires fautifs (Section 2).

Section I Le sort de l'acte juridique irrégulier

595. Les actes juridiques accomplis au sein d'une propriété commune sont de deux ordres : les contrats passés avec des tiers ; les décisions collectives. Ces actes juridiques irréguliers devraient donc être sanctionnés par la nullité, puisque cette dernière est la «sanction naturelle des conditions de formation du contrat»¹. L'article 1178 du Code civil l'énonce clairement : «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul»².

Toutefois, «cette analyse est insuffisante : la nullité dépend d'une politique législative»³. À cet égard, la propriété commune révèle que la nullité n'est qu'un *remède* parmi d'autres aux vices de formation du contrat. Il ne s'agit pas d'une sanction automatique, puisque la nullité est bien souvent cantonnée (§1). Bien au contraire, l'état du droit positif révèle une tendance à instaurer une *proportion* de la sanction par rapport à l'atteinte (§2).

§ 1. La tendance au cantonnement de la nullité

596. Dans le champ des propriétés communes, la nullité de l'acte juridique est plus cantonnée que dans le reste du droit positif. La nullité gêne. Après avoir examiné les raisons de ce cantonnement (A), nous en verrons les manifestations (B).

1. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2 : *L'objet - La cause*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 2005.

2. Les décisions collectives ne sont pas des contrats classiques, mais plutôt des actes juridiques collectifs. Toutefois, les actes juridiques «obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats» (art. 1100-1 al. 2).

3. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 673.

A. Les raisons du cantonnement

597. La nullité est la sanction la plus protectrice pour les propriétaires en commun. L'effet prophylactique est ici à son maximum, puisqu'aucun titulaire n'est incité à passer outre la répartition des habilitations. Ces avantages sont indéniables. Mais ils doivent être mis en balance avec les coûts engendrés par la nullité. Or ces derniers sont particulièrement importants dans une propriété commune, puisque cette dernière aggrave les coûts usuels (1) et engendre des coûts spécifiques (2).

1. L'aggravation des coûts usuels

598. Lorsqu'elle frappe un acte juridique, la nullité porte atteinte aux parties non fautives comme aux tiers qui avaient intérêt au maintien de l'acte. En droit commun, le tiers de bonne foi est généralement protégé, comme le montre l'exemple de l'acquéreur ayant contracté avec un vendeur sans pouvoir¹.

599. En matière de propriété commune, la protection des tiers de bonne foi est particulièrement sollicitée pour deux raisons. La première raison est que la répartition parfois complexe des habilitations *augmente le risque de nullité*. Alors que les causes de nullité des contrats classiques sont en général limitées, une répartition fine des habilitations augmente le risque de violation, et partant le risque d'irrégularité de l'acte. La seconde raison, propre à certaines formes de propriété commune seulement, vient de l'intense activité contractuelle dont elles sont le siège. L'automaticité de la nullité ne pose guère de problème lorsque le contrat concerne une opération ponctuelle, comme la vente d'un immeuble. En revanche, cette automaticité peut être problématique lorsqu'un grand nombre d'actes sont susceptibles d'être remis en cause. La forme sociétaire conjuguant les deux facteurs aggravants, la loi a entendu protéger radicalement les tiers de

1. Parfois, il est tentant de refuser le principe même de la nullité dès lors que le cocontractant ignorait la cause de la nullité. Ce fut la solution retenue par la jurisprudence en matière de nullité pour cause illicite ou immorale avant un important arrêt de revirement (Cass. Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, GAJC, tome 2, n° 158 ; D. 1998. 563, concl. SAINTE-ROSE, 1999. Somm. 110, obs. Ph. DELEBECQUE, 237, chr. TOURNAFOND ; JCP 1998 II 10202, note M.-H. Maleville, 1999 I. 114, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; Defrénois 1998. 1408, obs. D. MAZEAUD, 1999. 602, note V. CHARIOT.).

bonne foi par différentes mesures¹.

600. Le droit positif essaye de trouver le point d'équilibre à partir duquel le coût de la nullité l'emporte sur le coût subi par les propriétaires du fait de l'irrégularité. Parfois, c'est le législateur qui fixe la ligne de partage. Ainsi, en matière sociétaire, les actes dépassant l'objet social sont maintenus dans les sociétés à risque limité, mais n'engagent pas les sociétés à risque illimité². Comme le montre cet exemple, c'est l'ampleur des conséquences pour les propriétaires, appréciée *in abstracto*, qui détermine le maintien ou non de l'acte. Ce n'est pas toujours la nature de l'irrégularité.

2. Un coût spécifique aux propriétés communes : la difficulté d'opérer la remise en état

601. Selon un adage célèbre, «ce qui est nul est de nul effet» (*quod nullum est, nullum producit effectum*)³. La nullité d'un acte juridique oblige à remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'acte et à supprimer toutes les conséquences nées de l'acte⁴. Dans un contrat-échange classique, le contrat n'a entraîné que des transferts de valeurs entre les cocontractants. Le retour au *statu quo ante* s'opère par des restitutions. Dans le champ des propriétés communes, le retour au *statu quo ante* rencontre deux obstacles majeurs. Les restitutions sont impossibles ou très onéreuses ; l'acte peut avoir engendré un grand nombre d'actes subséquents.

1. V. notamment en interdisant la société ou les associés «de se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi» (art. 1844-16, C. Civ ; art. L. 235-12, C. Com). V. également l'art. L.210-9, C. Com, à propos des irrégularités dans la nomination des mandataires sociaux ou de leur cessation de fonctions.

2. La sanction est alors la nullité de l'acte (P. DIDIER et P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, coll. «Corpus», Economica, 2011, n° 596. ; P. LE CANNU, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 482, obs. sous Cass. Com. 26 janv. 1993.). Comp. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 289, considérant que l'acte dépassant l'objet social est «inopposable à la société».

3. V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages de droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, §383.

4. Sur ce double effet, v. L. AYNÈS, « L'anéantissement rétroactif du contrat - Rapport introductif », *RDC* 2008, p. 9. V. l'art. 1178 al. 2 : «Le contrat annulé n'est censé n'avoir jamais existé».

602. Lorsque la nullité touche un contrat-organisation ou une modification de ce dernier, la rétroactivité produit des effets beaucoup plus importants que dans un contrat-échange¹. L'annulation suppose d'anéantir toutes les conséquences nées de cette situation juridique et pas seulement d'opérer des restitutions au sens propre. C'est pour cette raison que le droit limite considérablement les cas de nullité du contrat de société et empêche que cette nullité soit rétroactive (article 1844-15, C. Civ.).

Certaines modifications du contrat-organisation peuvent aussi engendrer des coûts de restitution prohibitifs. Comme le notent les professeurs Le Cannu et Dondero, «il semble très difficile de revenir sur certaines modifications qui ont produit un effet très important (fusion, transformation, émission de valeurs mobilières...), ce qui dissuade la plupart du temps les juges de prononcer de telles nullités»².

603. La seconde difficulté vient du risque de «nullités en cascade». L'annulation d'un premier acte oblige logiquement à annuler tous les actes dont la conclusion trouve leur source dans le premier. Ainsi, en cas de nomination irrégulière d'un agent commun, tous les actes accomplis par cet agent devraient être considérés comme nuls.

Une solution envisageable serait de supprimer la rétroactivité de la nullité. Pourtant, «ce moyen paraît trop puissant ; s'il est employé, il élimine toute nullité subséquente et aboutit à la consolidation des violations de la loi, ce qui paraît peu acceptable»³. Il faut donc trouver un *critère* permettant de déterminer quels sont les actes subséquents qui doivent être maintenus et quels sont ceux qui doivent être annulés par voie de conséquence.

La jurisprudence est hésitante. Il est certain que la nullité subséquente n'opère pas *ipso facto*. Elle doit être demandée⁴. Le principe a été clairement

1. Sur la notion de contrat-organisation, v. supra, n° 171

2. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 460.

3. P. LE CANNU, «La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés» in *Mélanges P. Bézard*, LGDJ, 2002, p. 113-125, n° 16, p. 120. Sur les critiques de la rétroactivité de la nullité en droit commun des contrats, v. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2 : *L'objet - La cause*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 2713.

4. Cette nécessité d'agir entraîne un problème de prescription, qui ne peut se résoudre de manière unitaire pour toutes les propriétés communes. En droit commun, applicable notamment en matière de société et d'indivision, le point de départ doit être fixé au jour où le titulaire «a

posé en matière de copropriété des immeubles bâtis : «l'annulation d'une assemblée générale n'entraîne pas de plein droit l'annulation des assemblées ultérieures»¹.

Reste la question la plus délicate : le juge est-il tenu de prononcer la nullité des actes subséquents, notamment en cas d'irrégularité dans la nomination de l'agent ? La jurisprudence est sévère en matière de copropriété : en cas d'irrégularité dans la nomination du syndic, les actes qu'il a accomplis sont nuls². Elle semble plus indulgente en matière sociétaire dans des circonstances pourtant similaires³.

604. Quel critère utiliser pour déterminer les actes subséquent qui doivent être annulés et ceux qui doivent être maintenus ? Une proposition pourrait être de prononcer la nullité que s'il existe un *lien de causalité* suffisamment fort entre l'existence de l'acte premier et l'acte subséquent⁴. Au moyen d'un raisonnement contrefactuel, le juge doit se demander si l'acte subséquent aurait été passé si le vice premier n'avait pas été commis. Par exemple, la nomination irrégulière d'un administrateur peut ne pas avoir eu d'influence sur la plupart des

connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer» (art. 2224, C. Civ.), soit au jour où le titulaire connaît l'existence du vice affectant le premier acte (v. en ce sens J. MOURY, « Les nullités "en cascade" en droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2013, p. 599, n° 37.). En revanche, en matière de copropriété, l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit un délai de forclusion de deux mois à compter de la notification de la délibération visée. Aucun report ne semble possible dans ce cas (Cf. Cass. Civ. 3^{ème}, 7 avr. 2009, n° 08-15204, non publié.).

1. Cf. Cass. Civ. 3^{ème}, 6 fév. 2002, n° 00-19132, Bull. n° 32, D. 2002. 779. et Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juin 2005, n° 04-12515, Bull. n° 126.

2. Cass. Civ. 3^{ème}, 9 sept. 2009, n° 08-10365, Bull. n° 184, D. 2009. Actu. 2222, obs. Rouquet, 2010. 119, obs. P. CAPOULADE ; JCP 2010 chron. 336, n° 16, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; Loy. et copr. 2009. comm. 264, obs. VIGNERON.

3. V. Cass. Com., 27 jan. 2009, n° 07-20402, non publié, RTD Com. 2009. 391, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; Dr. Sociétés, mai 2009, n° 90, note M.-L. COQUELET, refusant d'annuler tous les actes accomplis par un dirigeant irrégulièrement désigné. V. toutefois Cass. Com., 24 avr. 1990, n° 88-17218 et 88-18004, Bull. n° 125 ; *Revue Sociétés* 1991. 347, note P. DIDIER ; RTD Com. 1990. 416, obs. Y. REINHARD ; Bull. Joly Sociétés 1990, p. 532 et 511, note P. LE CANNU ; JCP E 1991 II 122, note M. JEANTIN. Cassation de l'arrêt de Cour d'appel qui avait refusé la nullité au motif que «les nominations en cause n'avaient pas exercé d'influence sur les décisions du conseil».

4. Pour une discussion plus précise sur les caractéristiques de la dépendance entre acte premier et acte subséquent, v. J. MOURY, « Les nullités "en cascade" en droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2013, p. 599, spéc. n° 27 et s. Pour la proposition d'autres critères, v. P.-Y. GAUTIER, « De l'annulation, au sein d'un groupement, d'un acte juridique à effets successifs » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 353-361, spéc. n° 16.

décisions subséquentes du conseil (vote non décisif par exemple). En revanche, elle peut en avoir eu pour certaines décisions. Seules ces dernières doivent être annulées¹. Remettre en état rétroactivement ne serait pas faire table rase, mais réécrire l'histoire de ce qui se serait probablement passé si le vice n'avait pas eu lieu.

B. Les manifestations du cantonnement

605. La volonté d'encadrer l'exercice de l'action en nullité se manifeste de bien des manières. Par exemple prévoir des *délais de prescription* plus courts que le droit commun : deux mois pour la contestation des décisions prises par l'assemblée générale des copropriétaires (art. 42 al. 2, Loi du 10 juillet 1965) ; trois mois pour les décisions d'augmentation de capital dans les sociétés par actions (art. L. 235-9 al. 3) ; six mois pour les opérations de scissions et fusions (art. L. 235-9 al. 2) ; deux ans pour l'article 1427 du Code civil ; trois ans pour les décisions sociales ordinaires dans les sociétés (art. 1844-14, L. 235-9 al. 1, C. Com.). Ou encore instituer des *procédures de régularisation* très compréhensives (c'est notamment le cas en droit des sociétés).

Deux manifestations suscitent cependant plus d'hésitations. La première concerne l'identité des demandeurs : qui dispose d'un «droit de critique» à l'encontre des actes irréguliers (1) ? La seconde concerne le recours parfois problématique à d'autres sanctions (2).

1. La restriction du droit de critique

a. Le principe de la nullité relative

606. Lorsqu'une habilitation n'a pas été respectée, la nullité de l'acte juridique est en principe relative. En effet, ce sont les intérêts individuels des propriétaires en commun qui ont été atteints par l'irrégularité de l'acte sans atteinte à l'intérêt général. Par conséquent, selon la théorie dite moderne des nullités, seuls les propriétaires en commun ou leurs représentants disposent d'un droit de

1. De la même manière, la nomination irrégulière d'un syndic ne devrait entraîner que la nullité des actes non courants, *qu'un autre syndic n'aurait pas accomplis*.

critique contre l'acte¹. D'autre part, les titulaires de ce droit de critique peuvent confirmer l'acte.

Par conséquent, le tiers cocontractant ne peut jamais se prévaloir de la violation d'une habilitation relative au fonctionnement de la propriété commune pour demander la nullité de l'acte. C'est la solution retenue de manière constante pour la nullité de l'article 1427 du Code civil et désormais dans le droit commun du mandat². Cette impossibilité vaut tant pour les habilitations légales que contractuelles : limitations statutaires, indivision conventionnelle, copropriété de navires, syndicats de prêts, etc³.

b. Le cas particulier des prérogatives exercées irrégulièrement

607. La situation devient beaucoup plus complexe pour les autres actes relatifs à la propriété commune, notamment les actes de procédure et l'exercice des prérogatives issues des contrats communs. Dans ces deux cas, la jurisprudence se montre plus favorable à ce que les tiers invoquent des défauts d'habilitation dans le but d'anéantir les actes.

1. Cf. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, préf. de D. MAZEAUD, 2004, p.167 : «La nullité est ouverte à plusieurs personnes au même titre lorsque la violation de la règle de droit a atteint en même temps les droits de plusieurs personnes ou catégories de personnes qu'il importe de protéger pour des raisons identiques : co-vendeurs d'un immeuble lésés de plus des 7/12^e ; co-contractants dans les contrats entre époux prohibés par l'article 1595».

2. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2009, n° 08-15413, non publié, CCC. 2009, comm. n° 260, obs. L. LEVENEUR. énonçant en attendu de principe : «Attendu que la nullité d'un contrat pour absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée». C'est peu dire que la jurisprudence est hésitante et la doctrine divisée entre les trois (quatre ?) sanctions possibles : nullité absolue, nullité relative, inopposabilité et inexistance. Pour un aperçu, v. M. MEKKI, « Mandat - Obligations du mandant. - Effets entre les parties. - Effets à l'égard des tiers. J-Cl. Civil, Art. 1991-2002, fasc. 20. », *J-Cl. Civil, Art. 1991-2002, fasc. 20*, 2012, n° 61. V. toutefois Cass. Com., 11 mar. 2014, n° 12-22877, non publié, RDC 2014. 684, obs. L. SAUTONIE-LAGUIONIE ; RTD Civ. 2014. 374, obs. H. BARBIER ; Bull. Joly Sociétés 2014. 443, note A. CERAT-GAUTHIER. : «le mandant, qui n'est pas tenu des actes faits par son mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné, dispose à l'encontre de ces actes d'une action en inopposabilité qui n'est pas de celles qui se prescrivent par le délai prévu à l'article 1304».

3. V. en matière d'association, Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juil. 1979, n° 78-11286, Bull. n° 202, Rev. Sociétés 1980. 568, note R. PLAISANT ; RTD Com 1980. 112, obs. ALFANDARI et JEANTIN. : «Les formalités imposées par les statuts pour la convocation et les délibérations de l'assemblée générale ne protègent que les intérêts privés des membres de l'association et ne peuvent dès lors être sanctionnées que par une nullité relative dont la prescription, en matière contractuelle, est fixée, par l'article 1304 du Code civil, à cinq ans».

608. C'est d'abord le cas pour les *actes de procédure* lorsque la nullité est demandée sur le fondement de l'article 117 du Code de procédure civile. Le défaut de qualité pour agir étant un vice de fond, les tiers peuvent invoquer les limitations de la forme juridique pour faire prononcer la nullité. Par exemple, l'article 55 du Décret du 17 mars 1967 oblige le syndic à obtenir une autorisation préalable du syndicat pour agir en justice. Une jurisprudence constante estime que le défendeur peut invoquer le défaut d'autorisation préalable¹. Cette différence ne doit pas surprendre, puisqu'on la retrouve en dehors des propriétés communes. Alors que la nullité pour incapacité est une nullité relative en droit commun, elle peut être invoquée par l'adversaire de l'incapable en droit judiciaire².

La question est de savoir si le tiers peut opposer à l'agent ou au propriétaire en commun les limitations contractuelles de la forme de propriété commune. En matière de groupements, une divergence d'approche semble exister au sein de la Cour de cassation. Un courant estime que les tiers peuvent invoquer ces limitations statutaires afin de contester la qualité à agir de leur adversaire³. La Chambre commerciale retient la solution inverse : à partir du moment où le demandeur a légalement qualité pour agir, les éventuelles restrictions contractuelles sont inopposables par les tiers⁴.

609. La seconde exception semble concerner *l'exercice des prérogatives issues du rapport contractuel*, et notamment la faculté de mettre fin au contrat. Ici encore, les solutions sont très hésitantes, voire incohérentes. Ainsi, en cas de bail portant sur un bien commun, le preneur ne peut invoquer le fait que le congé

1. V. par exemple Cass. Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2008, n° 07-13.236, Bull. civ. III, n° 67 ; AJDI 2008. 862 ; D. 2008. AJ 1277 ; Administrer juill. 2008. 52. Toutefois, si le défaut de pouvoir provient non de l'absence d'assemblée, mais de son irrégularité, le tiers ne peut l'invoquer car il devrait au préalable agir en nullité de l'assemblée, ce qui lui est interdit (art. 42 al. 2, Loi du 10 juillet 1965).

2. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, n° 451.

3. Pour la société, v. Cass. Civ. 2^{ème}, 23 oct. 1985, n° 83-12007, Bull. n° 159, Rev. Sociétés 1986. 409, note crit. B. BOULOC ; RTD. Civ. 1986. 180, obs. R. PERROT ; D. 1987. somm. 32, obs. J.-C. BOUSQUET. ; pour une association, v. Cass. Soc, 5 déc. 2007, n° 06-43365, non publié, Dr. Sociétés 2008. comm. n° 73, obs. R. MORTIER.

4. V. Cass. Com., 13 nov. 2013, n° 12-25675, non publié, D. 2014. 183, note B. DONDERO ; RTD. Com. 2013. 765, obs. P. LE CANNU ; RTD Civ. 2014. 652, obs. H. BARBIER.

d'un bail soumis à cogestion ait été irrégulièrement donné par un seul époux¹ ; mais il peut l'invoquer à l'encontre de l'indivisaire agissant seul². La Chambre sociale permet au salarié de se prévaloir de la violation d'une habilitation prévue dans les pactes statutaires, voire même extrastatutaires, pour faire reconnaître que son licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse³.

610. La doctrine est en général critique sur cette faculté offerte au tiers d'invoquer les règles «internes» à la propriété commune pour faire échec à une action en justice ou à l'anéantissement d'un contrat⁴. La solution a pourtant sa rationalité : si l'on permet au tiers d'invoquer n'importe quel manquement contractuel pour engager la responsabilité délictuelle d'un contractant, à plus forte raison il faudrait lui permettre de pouvoir invoquer la violation d'une habilitation concernant une prérogative le touchant directement. Il est d'ailleurs tout à fait possible que le tiers ait pris en compte les procédures légales ou conventionnelles dans son choix de contracter⁵.

2. Le recours à des sanctions alternatives

611. Les difficultés provoquées par la nullité peuvent plaider pour le recours à des sanctions alternatives. L'inopposabilité de l'acte est parfois retenue, alors qu'une telle sanction est rarement adaptée. En revanche, la conversion par réduction mériterait d'être développée.

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 14 nov. 2007, n° 06-13.818, non publié, D. 2008. Pan. 2247, obs. J. REVEL.

2. P. CATALA, « L'indivision », *Defrénois* 1981, art. n° 32576, p. 241-265, n° 101.

3. V. par exemple Cass. Soc, 15 fév. 2012, n° 10-27685, non publié ; *Rev. Sociétés* 2012. 369, obs. S. PRÉVOST ; *RTD Com.* 2012. 345, obs. A. CONSTANTIN ; *Bull. Joly Sociétés* 2012. 507, note G. AUZERO ; *Dr. Sociétés* 2012, comm. n° 96, obs. R. MORTIER ; *Gaz. Pal.* 10-11 août 2012, p. 25, note B. DONDERO.

4. Cf. A.-C. ROUAUD, « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de la société », *Rev. Sociétés* 2014, p. 415.

5. Le salarié d'une association peut être rassuré par le fait que son licenciement ne puisse résulter que d'une décision du conseil d'administration, et non du dirigeant seul. L'empêcher d'invoquer le défaut de compétence revient à contrarier ses attentes légitimes.

a. Le rôle résiduel de l'inopposabilité

612. En principe, la méconnaissance d'une habilitation ne devrait pas pouvoir être sanctionnée par l'inopposabilité. Cette sanction «affecte un acte régulier qui porte un préjudice illégitime à un tiers»¹. Or l'acte conclu en violation d'une habilitation est *irrégulier* de manière objective, puisque celui qui l'a conclu n'avait pas le pouvoir pour le faire. Aussi, quand bien même l'imperfection conduisant à l'inopposabilité serait, comme souvent, «contemporaine de la formation du contrat»², le domaine de l'inopposabilité devrait-il être circonscrit aux seuls cas où l'acte, *régulier*, ne produit pas d'effets à l'égard de certaines personnes. Tel est par exemple le cas de la décision d'assemblée générale en copropriété décidant d'une dépense somptuaire. Les copropriétaires *ont le droit* de voter des dépenses somptuaires, mais la décision est inopposable aux copropriétaires ne souhaitant pas y participer³.

Dans deux cas, et après des hésitations, la jurisprudence retient la sanction de l'inopposabilité pour des actes irréguliers. Si l'on peut comprendre les motifs des juges, il existe d'autres moyens de parvenir aux mêmes résultats.

613. La première hypothèse concerne les garanties souscrites par une société anonyme en garantie de la dette d'un tiers, sans l'autorisation préalable du conseil d'administration (art. L. 225-35, al. 4). Depuis quelques années, la jurisprudence considère que la garantie non autorisée est inopposable à la société.

Il faut chercher la raison d'être de cette sanction dans les deux avantages importants conférés par l'inopposabilité. En premier lieu, elle empêche toute possibilité de régularisation ou de confirmation par l'un quelconque des organes de la société⁴. Sans discuter de l'opportunité de la solution, le but pourrait être atteint

1. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 669. V. également J. MESTRE, *RTD Civ.* 1989, p. 303, obs. sous Cass. Com. 11 juillet 1988. , à propos de la sanction des garanties souscrites par une SA sans autorisation : «Mieux vaut donc à l'avenir cantonner la sanction de l'inopposabilité aux seuls cas où l'acte est incontestablement valable entre les parties (simulation, défaut de publicité) ou encore peut le devenir, notamment par l'effet d'un partage».

2. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 82, p. 110.

3. Cf. art. 34, Loi du 10 juillet 1965.

4. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., LGDJ-Lextenso, 2013, n° 129.

par un autre moyen¹. Il suffit de considérer comme dans d'autres domaines du droit que «l'antériorité de l'autorisation» est «un élément essentiel de son efficacité»². L'acte non autorisé est alors nul sans possibilité de régularisation. C'est la solution retenue pour les actes juridiques conclus par un administrateur légal sans l'autorisation du juge des tutelles (art. 389-6, C. Civ.)³.

Le second avantage est qu'il permet de soustraire la société à toute responsabilité. En effet, en réparation de son préjudice, le tiers cocontractant ne peut se retourner contre le dirigeant puisque la faute n'est pas «séparable des fonctions»⁴. Mais il ne peut pas non plus se retourner contre la société. En effet, la garantie étant inopposable, la société ne peut être condamnée sur un fondement délictuel à payer ce à quoi elle n'est pas tenue sur le fondement contractuel.

Ici encore, le fondement de l'inopposabilité est loin d'être indispensable. La Cour de cassation juge en effet qu'en cas d'annulation d'un acte sur le fondement de l'art. 1427, l'époux contractant ne peut voir sa responsabilité engagée à l'encontre du tiers. Or l'article 1427 prévoit bien une nullité, et non une inopposabilité⁵. Dans les deux hypothèses, il a d'ailleurs été suggéré par la doctrine de revenir au droit commun de la responsabilité civile, à savoir un partage des responsabilités⁶.

1. Pour le recours à une sanction purement interne, v. B. DONDERO, «Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes», D. 2004, p. 405, spéc. n° 44 et s.

2. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2 : *L'objet - La cause*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 2399.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, n° 04-15799, Bull. n° 460 ; D. 2006. 3069, note P. BOUTELLIER ; RTD Civ. 2007. 88, note J. HAUSER ; RTD Com. 2007. 206, obs. D. LEGAIS. En l'espèce, la mère avait souscrit au nom de sa fille des parts de SCPI. Le juge des tutelles n'avait donné son autorisation qu'après l'acte. La Cour de cassation admet l'action en nullité de la mère car l'autorisation du juge ne peut valoir confirmation sans réitération postérieure de l'acte. V. aussi l'art. L. 442-4 du Code de l'urbanisme, interdisant toute promesse de vente ou location de terrain situé dans un lotissement tant qu'un permis d'aménager n'a pas été obtenu. La Cour de cassation juge le contrat nul et censure la Cour d'appel d'avoir retenu que le contrat était valable sous condition suspensive : Cass. Civ. 3^{ème}, 18 mar. 1974, n° 72-13127, Bull. Civ. n° 128 ; JCP 1975. II. 17947, note THUILLIER.

4. P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2016, n° 448.

5. La Cour de cassation a d'ailleurs explicitement rejeté la sanction de l'inopposabilité : cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 1978, n° 76-15546, Bull. n° 242 ; GAJC, tome 1, n° 93 ; Defrénois 1979, art. 32053, note A. COLOMER ; D. 1978. IR. 467, note D. MARTIN ; JCP 1980 II 19283, note M. DAGOT, 19424, note M. HENRY.

6. Cf. en matière de régimes matrimoniaux, v. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes*

614. La seconde hypothèse concerne les actes d'administration et de disposition portant sur un bien indivis. La Cour de cassation semble avoir envisagé toutes les solutions possibles : nullité, inopposabilité totale, inopposabilité partielle¹. L'indivisaire aliénant seul le bien indivis dépasse ses pouvoirs : la nullité serait donc la «solution a priori logique»². Toutefois, du fait du caractère provisoire de l'indivision, la jurisprudence estime que l'anéantissement de l'acte est une sanction trop coûteuse. Et dans un souci de conciliation, elle décide que l'acte est valable seulement dans la limite de la part de l'indivisaire et inopposable pour le reste. Ici encore, l'usage fait du concept d'inopposabilité a de quoi surprendre, puisque l'acte initial est objectivement irrégulier. La jurisprudence a cependant évolué ces dernières années, au moins dans la formulation de ses attendus. En effet, si l'arrêt du 5 avril 2005 considérait que l'acte était «opposable aux coindivisaires à concurrence de la quote-part de son auteur», deux arrêts ultérieurs préfèrent dire que l'acte est «valable pour la portion indivise»³. La solution est identique et le changement terminologique est peut-être anodin. Il est cependant heureux, car il reflète mieux la vraie nature de la sanction prononcée : une réduction de l'acte.

b. La possibilité de recourir à la réduction de l'acte

615. La réduction n'est pas la conversion par réduction⁴. En effet, la conversion par réduction suppose de modifier la qualification de l'acte, c'est

matrimoniaux, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 377. En matière de sociétés, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 629 (partage de responsabilité entre tiers et société).

1. Sur l'évolution, v. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil - Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2014, n° 834.

2. C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 278, qui approuve cependant la sanction de l'inopposabilité. Certains juges du fond conservent cette sanction. V. par exemple à propos d'un bail irrégulier, CA Versailles, 2 nov. 2001, D. 2003. somm. 730, obs. N. PIERRE.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 22 jan. 2009, n° 07-20625, non publié, RJPf 2009, n° 5, p. 28, obs. J. CASEY. Cass. Civ. 3^{ème}, 12 mai 2010, n° 08-17186, Bull. n° 95 ; JCP G 2010 doctr. 1162, n° 13, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; AJDI 2011. 237, note Y. ROUQUET ; JCP N 2010, n° 1320, note S. PIÉ-DELIÈVRE ; Defrénois 2010. 2385, obs. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; RLDC 2010/75, n° 3984, obs. B. PARANCE ; RDC 2011. 158, obs. M. MEKKI.

4. Pour cette qualification en matière de cession irrégulière dans l'indivision, v. M. MEKKI, RDC 2011, p. 158, obs. sous Cass. Civ. 3, 12 mai 2010. Comp. P. JOURDAIN, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD Civ.* 1987, p. 498, n° 24, parlant de «requalification».

une «disqualification»¹. La réduction, à l'inverse, modifie l'objet de l'obligation tout en préservant la qualification. Par exemple, selon l'article 2290 al. 3, «le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale». L'acte irrégulier est transformé en acte valable par modification de l'objet, et ce indépendamment de la volonté initiale des parties². Un indivisaire ne peut aliéner seul un bien indivis, mais il peut aliéner seul sa quote-part, partiellement ou en totalité. Pour rendre valable l'acte, on modifie l'objet en substituant la quote-part au bien. L'acquéreur ne reçoit pas le bien indivis lui-même, mais un faisceau de droits sur les biens indivis constitutifs de la position d'indivisaire³.

616. Cette réduction devrait être automatique : le juge ne devrait pas avoir à prononcer la réduction, mais simplement la constater. Il ne devrait pas être exigé des indivisaires qu'ils aient à agir en «inopposabilité». Comme dans le cas du cautionnement excessif, la réduction s'opère de plein droit. C'est d'ailleurs ce que semble retenir la Cour de cassation dans un arrêt du 12 mai 2010⁴. En l'espèce, une promesse unilatérale de vente avait été conclue pour un bien indivis. Le bénéficiaire lève l'option et demande la cession forcée du bien. La Cour d'appel considère que la levée d'option a entraîné non la vente du bien indivis, puisque le consentement des autres indivisaires faisait défaut, mais la cession de la quote-part indivise. Le pourvoi, formé par l'indivisaire promettant invoquait une violation des articles 815-3 et s. du Code civil, puisque l'objet cédé

1. Cf. C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014, n° 575. préférant l'utilisation de ce terme puisqu'«il n'y a aucune réduction, au sens véritable du terme».

2. Il faut réserver le cas où les parties n'entendaient pas souscrire un cautionnement, mais un autre type de sûreté personnelle. Dans ce cas, une véritable requalification peut s'opérer (P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n° 128.). Sinon, la réduction s'impose au juge. Cf. Cass. Com., 1^{er} juil. 1997, n° 95-14574, Bull. n° 208, CCC 1997, n° 173, obs. L. LEVENEUR. (cassation de l'arrêt d'appel ayant annulé un cautionnement souscrit pour un montant supérieur à l'obligation principale).

3. Sur cette conception de la part, v. supra, n° 402 et s.

4. Cass. Civ. 3^{ème}, 12 mai 2010, n° 08-17186, Bull. n° 95 ; JCP G 2010 doctr. 1162, n° 13, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; AJDI 2011. 237, note Y. ROUQUET ; JCP N 2010, n° 1320, note S. PRÉDELIEVRE ; Defrénois 2010. 2385, obs. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; RLDC 2010/75, n° 3984, obs. B. PARANCE ; RDC 2011. 158, obs. M. MEKKI.

n'était pas du tout celui correspondant à la volonté des parties. Le pourvoi est rejeté. Tout se passe comme si l'objet de la promesse de vente avait été réduit automatiquement, et ce à l'insu des parties ¹.

617. Toutefois, même réduit, l'acte devrait pouvoir être remis en cause de deux manières, soit par les autres coindivisaires, soit par l'acquéreur. Les coindivisaires devraient pouvoir invoquer la méconnaissance du droit de préemption s'attachant à la cession d'une quote-part indivise et la nullité qui lui est attachée (art. 815-14 et 815-16, C. Civ.) ². Toute autre solution serait absurde : car il suffirait pour contourner le droit de préemption de prévoir la vente d'un bien indivis pour opérer une cession de quote-part libre ³.

Le tiers acquéreur devrait pouvoir remettre en cause la vente. Il aurait dû recevoir le bien indivis et ne reçoit qu'une part sur ce bien. Ici encore, il peut s'en contenter. S'il souhaite remettre en cause l'acte, il peut le faire, mais pas sur le fondement de la vente de la chose d'autrui, car le vendeur est propriétaire ⁴. L'acquéreur peut invoquer la *garantie d'éviction* ⁵. L'acquéreur a en effet perdu ses prérogatives juridiques sur la chose vendue pour une cause antérieure à la vente (le bien est indivis). Même si l'on considère que l'éviction n'est que partielle, il pourra obtenir la résiliation de la vente, s'il prouve qu'il n'aurait pas acheté en connaissant l'éviction subie (art. 1636, Code civil). Sinon, il peut obtenir restitution d'une partie du prix correspondant à la différence de valeur entre le bien indivis lui-même et la quote-part sur ce bien (art. 1637). Dans tous les cas, c'est-à-dire même si les coindivisaires n'ont pas encore agi, il pourra demander la

1. Cf. déjà Cass. Civ. 3^{ème}, 21 juin 1995, n° 93-17.522, Bull. n° 154, RD imm. 1995, p. 715, obs. crit. J.-L. BERGEL. (espèce similaire). V. également Cass. Civ. 1^{ère}, 22 jan. 2009, n° 07-20625, non publié, RJP 2009, n° 5, p. 28, obs. J. CASEY. : un indivisaire avait donné mandat de vendre un bien dont il se croyait propriétaire unique. Un acquéreur accepte l'offre du mandataire avant la révocation du mandat par l'indivisaire. La Cour d'appel refuse de déclarer la vente parfaite. Cassation pour violation des articles 815-3, 1589 et 1599 du Code civil, puisque la vente est valable pour «la portion indivise».

2. P. CATALA, « L'indivision », *Deffrénois* 1981, art. n° 32597, p. 321-357, n° 119 et 120, p. 343.

3. Cf. en ce sens M. MEKKI, *RDC* 2011, p. 158, obs. sous Cass. Civ. 3, 12 mai 2010. n° 13, p. 163.

4. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis longtemps. Cf. P. CATALA, « L'indivision », *Deffrénois* 1981, art. n° 32597, p. 321-357, n° 116, pp. 334-335.

5. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 195-2.

nullité de la vente pour erreur¹.

En revanche, l'indivisaire ayant passé l'acte irrégulier ne peut le remettre en cause, notamment en invoquant la contrariété à la volonté des parties. Contrairement aux requalifications ou disqualifications, la volonté initiale des parties ne joue aucun rôle.

618. La sanction de la réduction peut s'appliquer à tous les actes susceptibles d'être réduits. C'est le cas de *l'hypothèque*. L'hypothèque d'un bien indivis vaut en réalité hypothèque de la quote-part indivise, cette dernière n'étant consolidée que si le bien immobilier est attribué au débiteur. À cet égard, c'est exactement le résultat auquel parvient l'article 2414 du Code civil par ses alinéas 2 et 3. En revanche, deux types d'actes semblent être plus résistants à la réduction : le bail et le legs.

Le bail est-il susceptible d'être réduit ? Peut-on louer non un bien indivis, mais une position d'indivisaire, conférant un droit de jouissance sur les biens indivis s'exerçant concurremment avec les coindivisaires ? Comme le note le Professeur Dross, aucun obstacle ne semble s'y opposer². Le bail est valable à l'égard du preneur : ce dernier ne peut invoquer le seul défaut de pouvoir de l'indivisaire pour faire prononcer la nullité du bail³. Quant aux autres indivisaires, ils peuvent demander à ce que la jouissance du locataire soit cantonnée à la part de l'indivisaire qui a agi et demander à ce dernier une indemnité pour jouissance privative (art. 815-9, C. Civ.). En revanche, il ne paraît pas utile de leur donner le droit de demander la nullité ou l'inopposabilité totale du bail avant les opérations de partage, puisqu'il n'y a pas de risque de contournement du droit de préemption⁴.

1. Cf. en ce sens W. DROSS, *op. cit.*, n° 195-1.

2. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 196-3. Cette sanction n'est cependant pas celle recommandée par l'auteur, qui plaide pour l'inopposabilité totale des actes irréguliers aux indivisaires.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 jan. 2006, n° 04-20163, non publié, Loy. et copr. 2006, n° 4, p. 12, obs. B. VIAL-PÉDROLETTI.

4. V. en faveur d'une inopposabilité totale, M. DAGOT, « Le bail du bien indivis », *JCP G* 1985, I 3178, n° 39. P. JOURDAIN, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD Civ.* 1987, p. 498, n° 71.

619. En matière de legs, la jurisprudence admet la réduction lorsque le legs porte sur une chose indivise (et non un bien au sein d'une masse). Depuis la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence réduit tous les legs de chose indivise en legs de quote-part portant sur cette chose indivise¹.

Que faire lorsque le legs porte sur un bien compris dans une masse indivise ? Dans cette situation, la jurisprudence a opté pour l'inopposabilité totale, ce qui rendait le legs très aléatoire. Si le bien légué se retrouvait dans le lot d'un des héritiers, ce dernier pouvait le délivrer. Sinon le legs était caduc. Pour compenser cet effet, la jurisprudence a cherché à obliger les indivisaires héritiers à indemniser en valeur le légataire en considérant que le testateur avait imposé une charge implicite². Il serait plus simple d'opérer une réduction. Le legs d'une chose indivise est réduit à un legs de la position d'indivisaire à hauteur de la valeur de la chose léguée³. Au jour du décès, les héritiers reçoivent la quote-part indivise du défunt dans son intégralité, mais ils doivent délivrer une fraction de cette dernière au légataire. Si le bien est attribué lors du partage, ils peuvent alors le lui remettre ; dans le cas contraire, ils sont toujours redevables de la valeur du bien, à prélever sur leurs lots.

§ 2. Pour une proportionnalité des sanctions

620. Comme souvent, le choix de la sanction de l'acte irrégulier dépend moins de considérations théoriques que de considérations pratiques. Un acte irrégulier doit être annulable tant que les coûts de la nullité ne dépassent pas les coûts de son maintien. Le risque de cette approche économique est de tomber dans une casuistique intégrale, où il faudrait, règle par règle, propriété commune par propriété commune, déterminer si la nullité est la sanction efficiente. Un «droit de masse» ne peut s'en accommoder et suppose l'établissement de principes légaux ou jurisprudentiels.

1. Cf. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil - Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2014, n° 392, p. 358.

2. P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions - Les libéralités*, 6^e éd., LGDJ, 2014, n° 581, note 89.

3. Comme en matière de communauté, il ne saurait être question de léguer une chose dont la valeur excède la part du donateur dans la masse commune.

À cet égard, les formes de propriété commune sont diversement traitées. Si le droit des sociétés dispose de règles spéciales régissant la nullité des actes passés avec les tiers au nom de la société et la nullité des décisions collectives, les autres propriétés communes ne peuvent guère s'appuyer que sur le droit du mandat qui n'est pas nécessairement adapté pour cette question. L'objectif est donc de proposer des critères transversaux permettant de définir la sanction qui devrait être appliquée en fonction de la gravité de la violation. La ligne de partage passe entre les irrégularités qui ne peuvent pas être sanctionnées par la nullité (A), et celles qui peuvent potentiellement l'être (B).

A. Les irrégularités non sanctionnées par la nullité de l'acte

621. Deux grands types d'actes doivent être distingués, car la question ne s'y pose pas dans les mêmes termes. Il s'agit des *actes passés avec les tiers* au nom de la propriété commune d'une part (1) et des *décisions internes* à la propriété commune, issues de la gestion concertée, d'autre part (2).

1. Les irrégularités touchant les actes passés avec les tiers

622. Le droit positif se caractérise par une dualité de régime, entre le droit des sociétés, très protecteur, et le droit du mandat, applicable à tout le reste, qui ne l'est pas du tout. Il faudra donc proposer un moyen d'améliorer la sécurité des tiers dans les propriétés communes non sociétaires.

a. Les limites du droit du mandat

623. Le principe posé par l'article 1998 du Code civil est clair : l'acte dépassant les pouvoirs du mandataire n'engage pas le mandant. Une propriété commune présente deux spécificités par rapport à une relation bilatérale classique entre un mandant et son mandataire : les habilitations sont beaucoup plus nombreuses et en général plus complexes, même dans un système de gestion directe¹. D'autre part, le nombre d'actes passés peut être très important. La rigueur du

1. Sur la notion de «gestion directe», v. *supra*, n° 488 et s.

droit du mandat a donc suscité des difficultés dans tous les droits s'en étant inspirés pour réglementer les propriétés communes. C'est le cas du droit français, bien entendu, mais aussi du droit anglais pour le *partnership*. La moindre irrégularité dans la nomination ou dans l'étendue des pouvoirs du propriétaire ou du représentant risquait de remettre en cause un grand nombre d'actes.

624. Une solution consiste à rester dans le droit du mandat et à invoquer la théorie de l'apparence de manière large et compréhensive. Cela a été globalement la tendance suivie tant en France qu'en Angleterre¹. Toutefois, la théorie de l'apparence repose sur une casuistique et sur des éléments de faits qui maintiennent un degré d'incertitude pour les tiers. Le législateur est donc intervenu au cours du XX^e siècle en matière sociétaire pour empêcher la remise en cause des actes irréguliers. La société ne peut se prévaloir d'une limitation statutaire ou d'une irrégularité de nomination pour se désengager d'un contrat passé avec un tiers². Ce régime protecteur, désormais imposé par le droit communautaire (art. 9, Directive 68/155), évince le droit classique du mandat. Le but recherché est clair : il ne faut pas que la propriété commune et la répartition des habilitations qui en découle soit un obstacle à l'activité contractuelle. L'idée directrice est que la propriété commune ne doit pas nuire aux tiers : pour eux, il faut que tout soit *aussi simple* que s'ils avaient contracté avec un individu engageant son seul patrimoine³.

625. Le problème est qu'en dehors des sociétés personnifiées, le régime du mandat continue de fournir le droit supplétif pour les autres propriétés communes, comme la société en participation, l'indivision conventionnelle (simple ou entre partenaires pacsés) et les «petites» formes (copropriétés intellectuelles, tontine, syndicat de prêts, etc.)⁴. Une telle rigueur empêche toute prise en

1. V. par exemple pour un cautionnement souscrit irrégulièrement par un dirigeant, Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, GAJC, tome 2, n° 281 ; D. 1963, 277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP G 1963 II 13105, note Esmein ; RTD Civ. 1963. 572, obs. G. CORNU.

2. Cf. art. L. 210-9, L. 225-56, L. 225-64, L. 227-6, L. 223-18, C. Com. Pour le droit anglais, v. *Companies Act* 2006, s. 39 et 40.

3. C'est ce même mouvement qui explique que l'obligation solidaire a toujours tendance en pratique à l'emporter sur l'obligation conjointe.

4. Les éventuelles restrictions apportées par le contrat de mariage ne posent guère de difficulté. Comme les actes de disposition portant sur les immeubles sont soumis à cogestion, les

compte de la balance des coûts qui doit guider le choix de la nullité comme sanction. Pour y remédier, un moyen est de s'inspirer de la *common law*, confrontée au même problème avec le *partnership*.

b. Pour un principe de validité des actes «courants»

626. Le droit anglais peut servir de source d'inspiration en vue de sécuriser les tiers dans les propriétés communes régies par le mandat.

Dans le *partnership*, un acte est valable dans trois cas : (i) le *partner* dispose d'un pouvoir réel (*actual authority*) (ii) le *partner* agit dans le cadre usuel de son statut (*implied authority*) (iii) le tiers peut se prévaloir de l'apparence (*apparent authority*). L'autorité tacite et l'autorité apparente ont des points communs : elles se fondent sur le fait que le tiers est considéré comme légitime à croire que le mandataire possède le pouvoir d'agir comme il le fait. Toutefois, dans l'*apparent authority*, la croyance erronée du tiers vient d'un comportement du mandant¹. À l'inverse, dans l'autorité tacite (*implied authority*), la croyance découle de la nature habituelle de l'acte. C'est un critère *objectif* : telle catégorie d'acte sera réputée engager le mandant, sans qu'il y ait à relever un comportement particulier². Le droit anglais exige deux conditions cumulatives pour qualifier un acte de "normal" : l'acte rentre dans le champ d'activité de la firme ; l'acte constitue une manière usuelle de mener les affaires. Seul le tiers de bonne foi peut invoquer l'*implied authority* : il perd toute protection s'il connaissait l'existence du dépassement de pouvoirs.

627. À l'inverse, la théorie française de l'apparence mêle des éléments subjectifs et objectifs pour l'appréciation des «circonstances» autorisant le tiers «à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs»³. Le droit français cherche

restrictions ne peuvent guère concerner que les biens meubles. Or dans ce cas l'article 222 al. 1 du Code civil protège les tiers de bonne foi. La seule hypothèse concerne le cas où le contrat de mariage prévoirait la cogestion pour les actes d'administration portant sur les immeubles. Dans cette situation, la nullité de l'article 1427 du Code civil pourrait être encourue, puisque cet article vise de manière générale «les pouvoirs sur les biens communs» sans se limiter aux règles légales.

1. G. MORSE, *Partnership Law*, 7^e éd., OUP, 2010, §4.03.

2. V. BOWSTEAD et REYNOLDS, *Agency*, 20^e éd., Sweet et Maxwell, 2014, §3-025 et s.

3. Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, GAJC, tome 2, n° 281 ; D. 1963, 277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP G 1963 II 13105, note Esmein ; RTD Civ. 1963. 572, obs. G. CORNU.

à déterminer si l'absence de vérifications par le tiers est *excusable*. Le critère a le mérite de la souplesse et l'inconvénient de plonger le contentieux dans une casuistique subtile. Il n'est même pas certain qu'il rende bien compte de la jurisprudence : l'apparence est parfois totalement écartée non en raison des «circonstances», mais parce que l'acte est jugé trop grave. Tel est le cas en droit positif à propos de l'article 1427 du Code civil et à propos des sûretés non autorisées par le conseil d'administration, alors même que l'arrêt fondateur de 1962 concernait précisément la souscription irrégulière d'un cautionnement par un dirigeant de société¹ !

Le droit français pourrait adopter une conception plus objective de l'apparence en considérant que certaines catégories d'actes créent une apparence légitime chez le tiers s'il ne connaît pas le dépassement². Même sans pouvoirs, est valide l'acte «d'exploitation normale», pour reprendre une expression du droit de l'indivision (art. 1873-6). En revanche, n'est pas couvert l'acte *non courant*, soit par sa nature, soit par son importance³.

Si le critère de la banalité de l'acte est pertinent, c'est parce qu'on peut présumer qu'un acte courant ne peut pas causer un préjudice important aux propriétaires en commun. Par conséquent, les coûts d'une nullité supportés par le tiers de bonne foi seraient très probablement supérieurs aux coûts du maintien pour les propriétaires. D'où la solution consistant à maintenir l'acte et à réparer autrement le préjudice subi par les propriétaires en commun.

628. L'avantage de ce critère est qu'il permet de construire un régime intermédiaire entre le régime des sociétés commerciales, très protecteur des tiers, et celui du mandat, qui ne l'est quasiment pas. Il peut donc s'appliquer à toutes les propriétés communes en tenant compte des spécificités de chacune. Par exemple,

1. La jurisprudence refuse que la théorie de l'apparence puisse permettre de contourner l'exigence d'autorisation préalable, que celle-ci résulte de la loi (art. L. 225-35 al. 4, C. Com) ou même des statuts. V. pour ce dernier cas, à propos d'une société coopérative, et sur le seul fondement de l'article 1998 du Code civil, Cass. Com, 26 mar. 2008, n° 07-11.941, non publié, RD. rur. 2008. comm. 118, note J.-J. BARBIÉRI.

2. J. DUCLOS, *L'opposabilité*, préf. de D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 368 : «Le tiers qui affirme avoir prêté foi à la fausse apparence ne mérite pas d'être protégé si, en fait, il connaissait la réalité juridique prétendument ignorée : celle-ci lui est opposable».

3. Un parallèle peut être fait avec le droit des conventions réglementées, qui réputent valables les «opérations courantes et conclues à des conditions normales» (art. L. 225-39, C. Com).

même si la convention d'indivision restreint les pouvoirs du gérant (art. 1873-6, C. Civ.), les actes de ce dernier qui seraient courants pourraient être validés¹. Il en est de même pour les associations et les autres groupements, où le besoin de sécurisation des tiers est reconnu.

Peut-être la jurisprudence suit-elle déjà cette méthode par la théorie de l'apparence² : la révéler explicitement permettrait de rendre plus lisible le régime des actes conclus sans pouvoir.

2. Les irrégularités touchant les décisions internes

629. Les décisions collectives sont des décisions prises dans l'exercice d'une gestion concertée. Même si elle peut avoir des conséquences pour les tiers, la décision elle-même est généralement un acte de gestion interne. Le droit positif offre ici encore des régimes très disparates selon les formes. Le droit des sociétés cantonne par divers procédés les causes de nullité des décisions collectives, alors que les cas sont beaucoup plus ouverts dans la copropriété³.

D'autre part, il n'existe pas de régime supplétif applicable aux gestions concertées conventionnelles dans les formes non sociétaires. La tentation est alors de refuser, à l'instar du droit des sociétés, toute nullité dès lors que l'irrégularité provient de la violation d'une règle simplement contractuelle. Mais si le régime restrictif du droit des sociétés repose sur le critère de la *source* de la règle violée, ce critère n'est peut-être pas le plus pertinent. Seul devrait être pris en compte le caractère impératif ou non de la règle violée.

1. En l'état actuel du droit positif, le tiers doit systématiquement vérifier les pouvoirs du gérant (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 600.).

2. J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G* 1982, I 3058, n° 40 : « Ainsi, en matière de dépassement de mandat, la jurisprudence accorde au croyant - qui fait confiance dans l'exercice de sa profession - une dispense de vérification à la condition que l'acte accompli par le mandataire au-delà de son mandat soit de ceux qui relèvent normalement, en vertu des usages, de ses pouvoirs ».

3. Le droit des sociétés connaît deux régimes applicables aux nullités des décisions collectives. Le régime de droit commun frappe de nullité les actes ou délibérations pris en « violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats » (art. 1844-10, C. Civ. ; L. 235-1, al. 2, C. Com.). La nullité ne peut donc être prononcée que pour la violation d'une disposition légale *et* impérative. Un régime plus restrictif s'applique aux décisions collectives modifiant les statuts dans les sociétés commerciales (art. L. 235-1 al. 1, C. Com.). Outre la nullité fondée sur les principes régissant le droit des contrats, cette dernière ne peut être encourue que si la loi prévoit expressément une telle sanction en cas de violation de la règle en cause.

a. Le critère de la source : pas de nullité pour la violation des règles statutaires

630. Après certaines hésitations, la Cour de cassation considère désormais que la simple violation d'une règle statutaire ne peut entraîner la nullité d'une délibération sociale¹. La seule exception, prévue par le même arrêt, concerne «les cas où il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci»². L'exception est cantonnée³ : la Chambre commerciale ne souhaite sanctionner par la nullité que les règles contractuelles «quasi légales».

631. Cette solution est viable lorsque la loi pose elle-même les règles fondamentales d'organisation de la propriété commune, comme dans la société anonyme. La violation d'une règle statutaire ne peut être que la violation d'une règle à l'importance *secondaire*, ce qui justifie donc l'éviction de la nullité au terme d'un bilan coûts-avantages. Mais le raisonnement ne peut être tenu pour les propriétés communes dans lesquelles l'organisation interne, y compris dans ses traits les plus importants, trouve son origine dans le contrat. L'éviction de la nullité risque alors de provoquer des incohérences manifestes. Par exemple, dans le cas de la SAS, la loi délègue intégralement aux statuts le soin de fixer

1. Cass. Com., 18 mai 2010, n° 09-14855, Bull. Civ. IV, n° 93, *Larzul* ; D. 2010. 2405, note Marmoz ; Rev. Sociétés 2010, p. 374, note P. LE CANNU ; Bull. Joly Sociétés 2010, p. 651, note H. LE NABASQUE ; JCP E 2010. 1562, note A. COURET et B. DONDERO ; RTD Civ. 2010. 553, obs. B. FAGES ; RTDF 2010, n° 2, p. 113, obs. PORRACHIA. L'argument fondé sur la violation de l'article 1134 al. 1, en tant que «loi régissant les contrats» au sens des articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce, n'a pas été retenu.

2. La solution a été étendue à la société civile (Cass. Com., 19 mar. 2013, n° 12-15283, Bull. n° 44, D. 2013. Actu. 834, obs. LIENHARD ; RTD Com. 2013. 530, obs. MONSÉRIÉ-BON ; Rev. Sociétés 2014. 51, note P. LE CANNU ; JCP E 2013. 1289, note B. DONDERO ; Dr. Sociétés 2013, n° 98, note R. MORTIER ; Bull. Joly Sociétés 2013. 402, note F-X. LUCAS, Gaz. Pal. 28-29 juin 2013, p. 31, obs. ZATTARA-GROS.) et au GIE (Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-11427, Bull. n° 77, D. 2014. Actu. 1151 ; Bull. Joly Sociétés 2014. 455, note F-X. LUCAS.). Par exemple, l'article L. 221-6 du Code de commerce pose que les décisions excédant les pouvoirs du gérant sont prises à l'unanimité, mais que «les statuts peuvent prévoir que certaines décisions seront prises à la majorité qu'ils fixent». Dans cette hypothèse, une décision collective qui méconnaîtrait la règle statutaire de majorité pourrait être annulée car l'art. L.221-6 constitue sans nul doute une disposition «impérative» au sens de l'art. L. 235-1 al. 2.

3. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, 21^{re} éd., LGDJ, 2014, n° 2129, p. 408 : «Outre que la qualification d'une pareille situation est loin d'être évidente, le cumul de ces deux paramètres sera rare».

«les conditions dans lesquelles la société est dirigée» (art. L227-5, C. Com). Comme le note le Professeur Le Nabasque, «il est difficilement compréhensible que les clauses que la loi invite à adopter dans la SAS (et qui sont nécessaires au fonctionnement de la société) ne puissent pas être sanctionnées, en cas de violation, avec la même efficacité que celles qui «aménagent» une loi impérative dans d'autres sociétés»¹. La situation est pire dans l'association où la loi est silencieuse. Comme le droit des sociétés a vocation à s'appliquer de manière supplétive, la nullité ne pourrait être encourue que pour la violation d'une règle légale impérative de la loi de 1901 (par transposition de l'article 1844-10, C. Civ.), autant dire presque jamais². Faut-il basculer alors dans l'excès inverse, appliquer le droit du mandat et sanctionner le moindre défaut de pouvoir, la moindre irrégularité par la nullité ?

b. Pour la seule considération du caractère non impératif de la règle violée

632. Le critère de la source n'est peut-être pas le plus déterminant, surtout à l'échelle des propriétés communes. En effet, la loi et le contrat collaborent en général dans la définition des habilitations et dans leur répartition. Le critère devrait être *le caractère impératif* de la règle violée. Si la règle violée n'est pas impérative, alors elle concerne une habilitation entre propriétaires présentant un caractère accessoire, de simple convenance, et causant donc probablement un préjudice minime au regard du coût de la nullité. La responsabilité est alors une sanction plus indiquée. En revanche, la violation d'une règle impérative, même purement statutaire, devrait ouvrir la possibilité d'être sanctionnée par la nullité.

633. La difficulté réside bien sûr dans la définition du mot «impératif». La signification usuelle du droit des contrats, c'est-à-dire faisant référence à une atteinte à l'intérêt général, paraît peu adaptée pour deux raisons³. La première

1. H. LE NABASQUE, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 657. Dans la SAS, la loi prévoit une nullité facultative pour les décisions contraires à l'art. L. 227-9 (organisation des décisions collectives) et une nullité obligatoire pour les cessions opérées contrairement aux clauses statutaires (art. L. 227-15, C. Com).

2. Dans les groupements, la jurisprudence tend à étendre le champ d'application des articles L. 235-1 du Code de commerce. V. en ce sens D. BUREAU, « Nullités sans frontières ? A propos du domaine des articles L. 235-1 s. C. Com. » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 79-99.

3. C'est cependant la conception retenue par la majorité des auteurs. V. M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, 21^{re} éd., LGDJ, 2014,

est qu'il n'existe aucune espèce de consensus sur ce qu'est l'intérêt général. Il existe non seulement des différences d'*appréciation* de cet intérêt au cas par cas, ce qui est encore surmontable, mais surtout il existe un dissensus sur la signification de la notion et son rôle dans les sociétés contemporaines. L'intérêt général est un très mauvais moyen de résoudre des conflits juridiques, car la notion fait elle-même l'objet de conflits irréductibles. Son invocation risque donc d'être généralement incantatoire, chaque partie choisissant la signification de l'intérêt général qui sied le mieux à ses intérêts ou à sa conception du droit. La seconde est que le choix de la sanction ne met en cause que les propriétaires et les éventuels tiers impliqués. C'est une affaire privée devant se régler par la seule considération des intérêts privés en cause.

634. Le caractère impératif doit être ramené à l'organisation de la propriété commune en cause. La règle impérative est celle dont la violation perturbe nécessairement le fonctionnement de la propriété commune. Cela concerne donc les règles suivantes : les règles fixant *le mode de gestion* (gestion concurrente, gestion concertée ou exclusive) pour les actes les plus courants et/ou les actes les plus graves ; les règles de procédure dont la méconnaissance a nécessairement une influence sur la formation de la volonté collective (quorum, seuils de majorité) ; toutes les règles de procédure ou de contrôle concernant les actes les plus graves. Devraient être exclues à l'inverse les règles de procédure de convenance (mode de consultation par exemple) ou les habilitations portant sur des actes mineurs¹. D'autres règles sont plus problématiques, notamment les obligations d'informations. En effet, la violation d'une obligation d'information peut altérer

n° 2129 : sont impératives les règles «qui sont inspirées par le souci d'assurer la suprématie de l'intérêt général sur les intérêts particuliers». ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 463, faisant référence à cette conception mais évoquant également le critère de l'«importance dans le fonctionnement de la société», ce qui est différent et plus exact selon nous.

1. V.Cass. Com., 19 mar. 2013, n° 12-15283, Bull. n° 44, D. 2013. Actu. 834, obs. LIENHARD ; RTD Com. 2013. 530, obs. MONSÉRIÉ-BON ; Rev. Sociétés 2014. 51, note P. LE CANNU ; JCP E 2013. 1289, note B. DONDERO ; Dr. Sociétés 2013, n° 98, note R. MORTIER ; Bull. Joly Sociétés 2013. 402, note F-X. LUCAS, Gaz. Pal. 28-29 juin 2013, p. 31, obs. ZATTARA-GROS. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejette la nullité au seul motif que la règle est statutaire, dans la droite ligne de la jurisprudence *Larzul*. Mais ce rejet pourrait aussi se justifier par le fait que le mode de consultation n'altère pas en lui-même le consentement des associés. La règle violée n'est pas impérative.

le consentement des propriétaires, mais peut provoquer dans d'autres situations un préjudice minime, voire inexistant. La nullité serait alors une sanction inadaptée.

On ne peut donc pas simplement décider de la nullité ou non d'un acte irrégulier seulement au regard de la règle violée. Il est acquis que la violation d'une règle non impérative *ne devrait pas pouvoir* entraîner la nullité. Mais la violation d'une règle impérative ne devrait pas l'entraîner forcément : pour rester efficiente, la nullité devrait être, par principe, facultative.

B. Les irrégularités sanctionnables par la nullité

635. La nullité peut être absolue ou relative ; elle peut être aussi *de droit* ou *facultative*, les deux distinctions étant indépendantes ¹.

En l'état actuel du droit positif, une nullité ne peut être facultative que par exception, c'est-à-dire si la loi le prévoit. En principe, la nullité est de droit ². L'approche pragmatique qui est défendue ici plaide pour une inversion du principe et de l'exception au moins dans le cadre de la propriété commune. Au regard de la complexité des habilitations, la nullité obligatoire risque d'avoir des conséquences plus néfastes qu'en droit des contrats où les causes potentielles de nullité sont plus réduites.

La mouvance actuelle du droit des sociétés est en ce sens. Ainsi l'article L. 225-149-3 du Code de commerce relatif aux irrégularités dans les augmentations de capital pose-t-il depuis la loi du 12 mars 2012 un principe de nullité facultative (al. 3), les cas de nullité de droit étant définis explicitement à l'alinéa 2. Une telle approche pourrait être généralisée aux autres propriétés communes : la nullité facultative constituerait le principe (1) et la nullité obligatoire, l'exception (2).

1. Une nullité absolue peut être facultative, cf. L. 632-2, C. Com (nullités de la période suspecte). V. A. POSEZ, « La théorie des nullités - Le centenaire d'une mystification », *RTD Civ.* 2011, p. 647, n° 70.

2. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 390.

1. Pour un principe de nullité facultative

a. Justification

636. Le choix de la sanction de la nullité ne doit pas se faire uniquement en considération de l'importance de la règle violée, mais aussi de la comparaison entre le préjudice causé par l'acte et le préjudice causé par son annulation. Or, il est souvent difficile de déterminer *a priori* lequel des deux préjudices risque de l'emporter. Pour un grand nombre de règles, il est donc plus utile de laisser le juge apprécier l'utilité de la sanction en fonction des circonstances de l'espèce. Ce pouvoir n'est pas arbitraire, car le juge estime et compare les coûts des deux solutions et choisit la moins coûteuse.

Il est cependant illusoire de croire que le choix se fait seulement au regard d'une balance des intérêts. Dans certaines situations, la nullité peut avoir une *fonction répressive*, dans le but de sanctionner un comportement jugé contraire à l'éthique¹. Le simple critère de la balance des intérêts peut en effet amener les acteurs juridiques à pratiquer des irrégularités répétées au motif que le préjudice sera de toute manière inférieur aux avantages procurés par l'irrégularité. En l'absence de dommages et intérêts punitifs en droit français, le seul moyen de contrecarrer cet *efficient breach of contract* est de prononcer la nullité.

637. La diversité des situations commande donc de laisser au juge une marge d'appréciation pour ne pas sanctionner trop radicalement des irrégularités malheureuses sans grande conséquence et au contraire pouvoir réprimer certains comportements. C'est pour cette raison qu'il peut être dangereux de consacrer des principes généraux, comme «pas de nullité sans grief» ou encore la théorie du vote utile. Il est évident que le juge prend en compte l'étendue du grief dans le choix de la sanction et que dans la grande majorité des cas il tend à refuser de prononcer la nullité en l'absence de véritable grief². Toutefois, ces directives

1. V. par exemple Cass. Com., 6 juil. 1983, n° 82-12910, Bull. n° 206, Rev. sociétés 1984, 76 note Y. GUYON ; D. 1985, Info. Rap. 135, note J.-C. BOUSQUET. (annulation d'une assemblée convoquée quatorze et non quinze jours à l'avance en raison de la «ruse et de l'artifice» déployée à l'encontre de certains actionnaires).

2. La jurisprudence tend cependant à reconnaître ce principe. V. en matière de défaut de convocation aux assemblées, Cass. Com., 7 juil. 2015, n° 14-18705, inédit ; Dr. Sociétés, 2015, n° 11, p. 28, obs. R. MORTIER ; Rev. Sociétés 2016. 237, obs. B. SAINTOURENS. : «l'annulation

ne devraient pas en matière de propriété commune accéder au rang de principes juridiques comme en procédure civile, mais rester dans la sphère de l'argumentation. Le juge est tenu de motiver sa décision, sans que la Cour de cassation puisse exercer de contrôle sur la pertinence des motifs ¹.

b. Domaine

638. Selon l'approche pragmatique de la nullité, le domaine de prédilection de la nullité facultative concerne les irrégularités dont le préjudice peut être variable selon les circonstances. C'est cette variabilité qui empêche toute fixation a priori de la présence ou de l'absence de nullité. Ce critère permet à la fois d'expliquer le droit positif, et dans un second temps, de plaider pour l'abandon de la nullité de droit dans certains domaines.

639. Un premier exemple est fourni par la nullité des conventions réglementées non approuvées dans la société anonyme (L. 225-42, C. Com). Ce qui justifie le choix de la nullité facultative, c'est que cette convention peut très bien organiser un dépouillement de la société au bénéfice d'un dirigeant ou d'un actionnaire majoritaire, mais peut aussi être sans conséquences préjudiciables pour la société, voire être favorable à cette dernière. La loi restreint d'ailleurs la liberté du juge en lui interdisant de prononcer la nullité s'il ne constate pas de conséquences préjudiciables. Pour autant, le juge ne devrait pas être tenu de prononcer la nullité même s'il constate des conséquences préjudiciables ².

des décisions de l'assemblée des associés d'une société civile en raison d'une irrégularité affectant les modalités de convocation des associés est subordonnée à la démonstration d'un grief par celui qui s'en prévaut». V. également pour une SARL, Cass. Com., 10 nov. 2015, n° 14-16022, inédit ; Rev. Sociétés 2016. 366, obs. A. LECOURT ; Bull. Joly Sociétés 2016. 149, obs. M. BUCHBERGER.

1. C'est la solution retenue actuellement pour les nullités facultatives de la période suspecte : Cass. Com., 12 jan. 2010, n° 09-11119, Bull. Civ. n° 5, D. 2010. 204, obs. A. LIENHARD ; *ibid.* 1820, obs. F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *ibid.* 2011. 1509, obs. A. LEBORGNE ; RTD Civ. 2010. 102, obs. B. FAGES, *ibid.* 376, obs. R. PERROT ; RTD Com. 2010. 426, obs. A. MARTIN-SERF.

2. Il est parfois difficile de distinguer la nullité facultative, la nullité de droit sous condition et la nullité facultative sous condition préalable. L'art. L. 225-42 appartient selon nous à la troisième catégorie. Comp. P. RUBELLIN, « Les nullités facultatives » in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 52. en faveur de la seconde.

Pour les actes internes, la nullité facultative concerne aujourd'hui les irrégularités de procédure ne touchant pas la formation directe de la volonté collective. Il s'agit souvent d'irrégularités réalisées en amont de la délibération : formes de la convocation ou délivrance des informations préalables¹. L'absence de convocation et d'information peut en effet être un moyen pour le majoritaire de faire passer en force une décision sociale. Dans ce cas, la nullité devrait être prononcée. Mais l'irrégularité peut être aussi involontaire et bénigne².

Le symbole de l'approche pragmatique de la nullité reste cependant l'art. L. 235-2-1 du Code de commerce considérant que «les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées». La nullité facultative n'existe que depuis une réforme de 2006, une nullité absolue de droit ayant prévalu entre 2003 et 2006. Le choix de la nullité facultative est bienvenu car une irrégularité dans le calcul des droits de vote peut être sans influence sur la prise de décision ou au contraire en avoir. D'autre part, les erreurs peuvent être faites de bonne foi. Pour autant, l'article ne consacre pas la théorie du vote utile : le juge pourrait en principe annuler une décision sociale même si l'erreur n'aurait pas changé le résultat final³.

640. La nullité facultative concerne désormais toutes les irrégularités touchant l'organisation de la gestion concertée, à l'exception des règles définissant la formation directe du consentement : contenu des décisions adoptées, règles de majorité et de quorum. Ce principe devrait s'appliquer à toutes les formes de propriété commune recourant à la gestion concertée, même si l'organisation est

1. V. par exemple L. 223-27 et L. 225-104 (irrégularités dans la convocation), L. 225-114 (feuille de présence), L. 225-115 (informations) L. 225-116 (communication de la liste des actionnaires).

2. Curieusement, l'absence de feuille de présence était auparavant sanctionnée par une nullité de droit, avant que la loi du 22 mars 2012 n'instaure une nullité facultative.

3. En sens contraire, on relève dans l'affaire *Thomson*, où les porteurs de titres hyper-subordonnés n'avaient pu exercer leur droit de vote pour l'approbation d'un plan de sauvegarde, la Cour de cassation a jugé qu'«ayant ainsi considéré, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'irrégularité ayant affecté les modalités du vote des porteurs des titres super-subordonnés lors de l'AUO n'avait eu aucune influence sur le résultat du vote, la cour d'appel *en a exactement déduit* que la nullité de la délibération n'était pas encourue» (Cass. Com., 21 fév. 2012, n° 11-11.693, Bull. n° 45 ; D. 2012. 606, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2012. 1228, note Th. BONNEAU ; Bull. Joly Sociétés 2012. 426, note N. BORGA ; Rev. Sociétés 2012. 450, note B. GRELON.). Le fondement de la nullité n'était cependant pas l'art. L. 235-1 du Code de commerce et ne peut être transposé aux autres groupements.

seulement contractuelle, comme dans la SAS, les syndicats de prêts, éventuellement la tontine. Elle devrait surtout s'appliquer à la copropriété des immeubles qui est encore régie par un principe de nullité automatique des décisions d'assemblée, dès lors qu'est constaté le moindre vice de forme ou de fond, sans que l'absence de grief puisse empêcher le prononcé de la nullité¹. Comme le notait le Professeur Atias, «le nombre considérable des règles à respecter pour parvenir à l'adoption d'une décision majoritaire incontestable ferait attendre des distinctions. De la méconnaissance d'une exigence relative à la constitution de l'assemblée générale, à l'obtention d'une majorité insuffisante ou à l'abus de majorité, la distance paraît considérable»². Le juge serait peut-être le plus à même de déterminer, en fonction des conséquences de chaque alternative, de décider si la nullité est une sanction appropriée ou si une indemnisation ne pourrait pas suffire. Les textes applicables à la copropriété n'étant pas explicitement directifs, la jurisprudence pourrait admettre un principe de nullité facultative pour certaines irrégularités (par exemple pour les articles 11 II, 14, 15 et 17 du Décret du 17 mars 1967).

2. Pour une nullité obligatoire à titre d'exception

641. La nullité obligatoire peut se justifier par deux fondements distincts : (i) l'irrégularité cause nécessairement un préjudice supérieur aux coûts de nullité, (ii) l'irrégularité fait l'objet d'une politique répressive. Si le premier fondement donne aux nullités de droit une certaine stabilité (nullité pour erreur par exemple), le second est plus variable.

1. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 688. V. par exemple Cass. Civ. 3^{ème}, 7 oct. 2009, n° 08-17798, Bull. n° 215, D. 2009. Actu. 2553, obs. ROUQUET ; Loyers et copr. 2010. comm. n° 22. La nullité n'est écartée qu'en cas d'atteinte dérisoire au formalisme protecteur (Cass. Civ. 3^{ème}, 26 mar. 2014, n° 13-10693, Bull. n° 43, D. 2014. Actu. 825. qui refuse la nullité d'une décision d'assemblée au seul motif que le procès-verbal n'avait pas été signé).

2. C. ATIAS, « Le piège de l'illégalité en copropriété immobilière », *D.* 2007, p. 1893, n° 6.

a. Les nullités de droit en raison de la gravité de l'atteinte

642. Les nullités de droit de la première catégorie recouvrent deux hypothèses. Pour les *actes avec les tiers*, il s'agit des actes les plus graves. La catégorie des «actes les plus graves» varie en fonction de chaque propriété commune, mais la sanction est toujours la nullité de droit, quand bien même elle serait relative. Dans la plupart des propriétés communes, il s'agit des actes de disposition ; dans les formes sociétaires, il s'agit des actes de disposition remettant en cause l'objet social et l'engagement du patrimoine commun en garantie de la dette d'autrui. Le cautionnement est en effet un acte «plus grave que l'aliénation»¹.

Ainsi, la nullité est de droit en cas d'aliénation d'un immeuble commun en régime de communauté (art. 1427, C. Civ). La loi ne dit en revanche rien en matière de Pacs et d'indivision conventionnelle. Rappelons qu'en matière de Pacs, à défaut de convention particulière, chacun des partenaires possède les pouvoirs dévolus au gérant de l'indivision conventionnelle (Art. 515-5-3, C. Civ, renvoyant aux articles 1873-6 à 1873-8 du même code). Or les pouvoirs du gérant de l'indivision conventionnelle sont, à défaut, ceux «attribués à chaque époux sur les biens communs» (art. 1873-6). D'où une hésitation en cas de dépassement de pouvoirs : faut-il appliquer le droit de l'indivision, et sanctionner par une inopposabilité partielle, ou bien appliquer le droit des régimes matrimoniaux, et appliquer l'article 1427 ? La jurisprudence ne semble pas s'être prononcée sur la question². Deux raisons militent pour l'application de l'article 1427 du Code civil. D'une part, la sanction de l'inopposabilité partielle trouve sa raison d'être dans le caractère temporaire de l'indivision ordinaire : la nullité est trop coûteuse car elle conduit à anéantir un acte que l'indivisaire aurait pu valablement faire peu de temps après. Mais une telle considération est moins forte dans l'indivision conventionnelle et ne peut pas jouer en matière de Pacs, conclu potentiellement pour une longue durée. D'autre part, quand bien même la masse commune serait indivise, les pouvoirs sont modelés en référence aux pouvoirs des époux. La

1. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière*, 7^e éd., LGDJ-Lextenso, 2013, n° 216.

2. La doctrine est rare sur le sujet. V. cependant W. BABY, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité*, préf. de M. NICOD, Defrénois, 2013, n° 148, p. 189 : «Par parallélisme, on doit certainement considérer comme transposable l'article 1427 du Code civil».

sanction de ces dépassements de pouvoirs, c'est-à-dire l'article 1427, devrait être incluse dans le renvoi opéré par l'art. 1873-6.

643. Pour les *décisions internes*, il s'agit des irrégularités qui, comme en droit commun des contrats, portent directement sur le *consentement* des titulaires et la manière dont ces derniers doivent être agrégés pour que la décision soit prise.

Ainsi, le droit des sociétés prévoit une nullité de droit en cas d'atteinte directe à la formation du consentement¹. Cela concerne donc en premier lieu les règles de compétence, de majorité et de quorum, mais aussi le contenu soumis à approbation². Une telle solution devrait prévaloir dans toutes les formes sociales, mais le dispositif prévu par l'art. L. 235-1 ne le permet pas toujours. En effet, dans un souci de restriction des cas de nullité, l'alinéa 1 subordonne le prononcé de la nullité d'une décision modifiant les statuts à la présence d'une disposition expresse dans la loi prévoyant la nullité. Le problème est qu'une telle exigence suppose que le législateur soit cohérent et rationnel afin qu'il n'y ait pas d'oubli malencontreux. Malheureusement, ce n'est pas le cas : l'art. L. 223-30, relatif aux règles de majorité et de quorum dans la SARL, ne prévoit pas la sanction de la nullité. Par conséquent, une décision prise en violation complète des règles de majorité ne pourrait pas être annulée³. De la même manière, l'absence de

1. La théorie du "vote utile" a été rejetée par la Cour de cassation en cas de participation de non-associés au vote. V. Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juil. 2015, n° 13-27.248, à paraître ; Dr. Sociétés 2015, comm. 189, obs. R. MORTIER ; RTD Com. 2015. 533, obs. A. CONSTANTIN ; Bull. Joly Sociétés 2015. 585, obs. J.-P. GARÇON ; JCP G 2016, doct. 174, n° 1, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. Sociétés 2016. 175, obs. L. GODON.

2. Art. L. 225-121, al. 1, renvoyant à l'art. L. 225-100 al. 2 (rapport annuel à l'assemblée générale ordinaire) et art. L. 225-105 (ordre du jour). V. également pour la SARL l'art. L. 223-43 (règles requises pour la transformation).

3. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer clairement sur la question. Cependant, dans une affaire récente, une décision de «coup d'accordéon» avait été prise par l'actionnaire majoritaire sans respecter la majorité renforcée prévue statutairement. La Cour de cassation refuse la nullité au motif que «l'article L. 223-30 du Code de commerce ne sanctionne pas par la nullité l'inobservation des dispositions statutaires relatives à la majorité applicable aux décisions modifiant les statuts» (Cass. Com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, Bull. civ. IV, n° 111 ; D. 2012. 1581, note B. DONDERO ; ibid. Pan. 2696, obs. HALLOUIN ; ibid. Actu. 1478, obs. LIENHARD ; JCP E 2012. 1525, note ROUSSILLE ; ibid. 1777, n° 1, obs. DEBOISSY et WICKER ; Gaz. Pal. 10-11 août 2012, p. 28, obs. ZATTARA-GROS ; Bull. Joly 2012. 615, note GAUDEMET ; RJ com. sept.-oct. 2012. 37, note MONSÉRIÉ-BON ; RLDA oct. 2012. 10, obs. MOUIAL-BASSILANA ; RTDF 2012, n° 3, p. 93, obs. D. PORACCHIA.). Le problème est que l'article L. 223-30 ne sanc-

rapport du conseil d'administration entraîne une nullité de droit des assemblées ordinaires (art. L. 225-100 al. 2), mais pas des assemblées extraordinaires, faute de disposition expresse¹ !

D'autre part, l'art. L. 227-9 du Code de commerce, applicable à la SAS, prévoit le principe d'une nullité facultative. Au vu de la généralité du texte, le choix est compréhensible. Toutefois, pour des raisons de cohérence, toutes les règles de compétence et de majorité devraient être sanctionnées par une nullité de droit, puisque leur violation atteint le «calcul du consentement»². En revanche, les règles de procédure n'ayant qu'une influence indirecte sur la formation de la volonté collective doivent rester dans le domaine de la nullité facultative. Une telle solution pourrait être appliquée à tous les groupements et permettrait de sortir des impasses provoquées par l'art. L.235-1 du Code de commerce.

b. La nullité répressive

644. Par *politique répressive*, il faut comprendre que le législateur et/ou le juge souhaite que toute atteinte à la règle soit sanctionnée, sans qu'un calcul des coûts puisse se faire. L'objectif est de discipliner les acteurs juridiques en les forçant à respecter cette règle. L'acte n'est pas sanctionné *seulement* au regard de l'atteinte faite à la victime, mais aussi parce qu'il va à l'encontre d'objectifs économiques ou sociaux poursuivis par le législateur ou le juge³.

tionne pas non plus par la nullité la violation des dispositions *légales* relatives à la majorité et au quorum ! En conséquence, la nullité ne pourrait être prononcée, sauf à montrer la fraude ou l'abus de majorité (Cf. en ce sens, B. DONDERO, *D.* 2012, p. 1581, obs. sous Cass. Com. 30 mai 2012. n° 16 et 20.).

1. Cf. Cass. Com., 26 oct. 2010, n° 09-71404, Bull. n° 161, D. 2010. 2947, note A. COURET ; Rev. Sociétés 2011. 494, note I. URBAIN-PARLÉANI ; Bull. Joly 2011. 14, note Ph. MERLE ; JCP E 2011. 1000, n° 4, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; RTD Com. 2011. 126, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; Dr. et Patr. mai 2011. 83, obs. D. PORACCHIA.

2. L'expression vient de J. BUCHANAN et G. TULLOCK, *The Calculus of Consent : Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, 1962. V. pour cette ligne argumentative : «la soumission des conventions à l'autorisation du conseil de surveillance, prévue dans les statuts, fait de cette autorisation un élément constitutif de son consentement, nécessaire à l'émission d'une volonté juridiquement efficace» (CA Paris, 12 juin 2007, JCP E 2007, 2312, note T. BONNEAU ; Bull. Joly Sociétés 2007, p. 1341, note P. LE CANNU.).

3. La politique répressive se rapproche, sans s'y identifier, de la «fonction d'éviction» de la nullité mise à jour par le Professeur Libchaber, «par laquelle le droit français anéantit les contrats dont la structure le heurte. Toutes les fois que l'opération traduit des objectifs contraires à l'organisation juridique, la nullité cesse d'être un moyen pour devenir une fin en soi : il faut qu'un

Ainsi, la nullité de droit peut aider à remplir des objectifs de *corporate governance* ou même sociétaux : contrôle des rémunérations (art. L. 225-44), âge et parité dans les conseils d'administration (resp. art. L. 225-19 et L. 225-18-1). Une incertitude demeure sur la sanction de l'obligation de moyens instituée à l'art. L. 225-17 al. 2 et valable pour toutes les sociétés anonymes : «Le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes». L'absence de toute sanction explicite peut permettre la mise en œuvre d'une politique répressive de la part des juges s'ils estiment que les efforts ne sont pas suffisants. Cette politique pourrait passer par la nullité des nominations des membres masculins en surnuméraire, ouvrant la question du maintien des décisions prises par le conseil ¹. Dans le cas contraire, des dommages et intérêts peuvent se révéler suffisamment incitatifs.

645. Conclusion de la section. La répartition des habilitations opérée au sein d'une propriété commune est souvent complexe. Elle ne peut être efficace que si les actes irréguliers sont susceptibles d'être remis en cause. Toutefois, il n'est pas toujours possible d'annuler ces actes, car dans bien des cas les coûts de la nullité, intégrant les coûts subis par les tiers et les coûts de remise en état, l'emportent sur les coûts du maintien de l'acte. Cette clé de lecture permet de comprendre la complexité et les hésitations du droit positif en matière de sanctions. À cet égard, le droit français est écartelé entre le modèle du mandat (très favorable à la nullité) et le modèle sociétaire (restrictif).

Pourtant, l'approche économique de la nullité, faisant d'elle une sanction non automatique de l'irrégularité d'un acte, permettrait de mieux hiérarchiser les cas de nullité, sans s'attacher à des considérations secondaires, comme la source de la règle violée (légale ou contractuelle) ou la présence d'une dispo-

contrat soit annulé, non parce qu'une quelconque protection individuelle est à ce prix, mais parce que la cohérence du droit français impose d'écarter les modèles déviants, dont le caractère corrosif pourrait être redoutable» (R. LIBCHABER, *Deffrénois* 2007, p. 1731.). À l'inverse, la politique répressive se justifie par la *volonté* du législateur et du juge d'éradiquer un comportement illícite, et non par la *cohérence* du système juridique. La fonction d'éviction est donc beaucoup plus stable qu'une politique répressive, qui peut être temporaire.

1. On peut raisonnablement penser que la disposition de l'art. L. 225-18-1, empêchant d'annuler «les délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé», s'appliquera *a pari*. Sur cette difficulté, v. P. LE CANNU et B. DONDERO, « Les sanctions d'une représentation déséquilibrée des sexes au conseil d'administration », *RTDF* 2011, p. 105.

sition expresse. La nullité ne devrait pouvoir être prononcée que pour l'atteinte à une règle impérative, mais pour *toutes* les règles impératives. Le juge devrait conserver un pouvoir d'appréciation dans le prononcé de la nullité, sauf dans les cas où la nullité est obligatoire en raison de l'importance du préjudice causé par l'acte ou parce que la nullité sert une politique particulière. Cette restriction du domaine de la nullité laisse ouvert le recours à d'autres sanctions, et en premier lieu à la responsabilité.

Section II La responsabilité des titulaires

646. Le droit de la responsabilité est aussi profondément soumis à la contrainte conceptuelle de l'individualisme juridique. Ce droit se construit sur le modèle : *une* victime, *un* responsable. La pluralité est nécessairement perturbatrice, quoique dans des proportions variables selon les hypothèses. Pour la propriété commune, l'hypothèse est celle d'un titulaire, propriétaire ou représentant, commettant une faute dans l'exercice de ses habilitations. La faute peut porter préjudice soit aux autres copropriétaires, soit aux tiers, entendus comme des non-propriétaires. Première différence avec le modèle classique où la personne juridique cause nécessairement un dommage à «autrui», sans qu'il y ait besoin de différencier entre les «autrui». La propriété commune oblige précisément à distinguer : le préjudice causé aux copropriétaires (§1) n'obéit pas au même régime que la réparation du préjudice causé aux vrais tiers (§2).

§ 1. La responsabilité envers les copropriétaires («interne»)

647. Les habilitations sont distribuées afin que la propriété commune puisse être gérée le mieux possible en fonction de ses caractéristiques socio-économiques. Lorsqu'un titulaire commet une faute, il peut causer un préjudice aux autres copropriétaires, un préjudice commun. L'action en responsabilité n'est pas ici dirigée contre l'extérieur, comme dans l'hypothèse classique, elle

sert à régler des comptes au sein de la propriété commune. Cette fonction particulière explique les conditions à laquelle l'action en responsabilité est soumise.

A. La particularité de l'action en responsabilité

648. L'action en responsabilité visant à réparer un préjudice commun, il y a nécessairement dissociation entre le patrimoine bénéficiaire de l'indemnisation et celui des titulaires de l'action. Le terme même de propriété commune permet d'identifier les caractéristiques de cette action : les dommages et intérêts vont nécessairement à la masse commune (1) ; tous les propriétaires, mais seulement eux ou leurs représentants, ont un intérêt à agir (2).

1. La réparation d'un préjudice commun

649. Le préjudice commun s'oppose au préjudice individuel subi par un ou plusieurs propriétaires. Le préjudice commun est celui qui touche la valeur des biens communs : il touche donc *nécessairement* tous les propriétaires. À l'inverse, le préjudice individuel n'atteint pas les biens communs en tant que tels, mais un autre intérêt, propre à un nombre déterminé de propriétaires¹.

Le préjudice commun est cependant un préjudice *personnel*, au sens où l'entend le droit de la responsabilité civile². Si la contrainte conceptuelle tend à faire assimiler individuel et personnel, les deux notions ne sont pas identiques. Tout préjudice touchant la valeur des biens communs est personnel à chacun des propriétaires, qu'il y ait ou non personne morale³. Le préjudice commun diffère ainsi du *préjudice collectif*, qui reflète l'intérêt d'un groupe plus diffus⁴.

1. La distinction a été abordée supra, n° 426.

2. V. en matière de copropriété, Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mai 1982, n° 81-10368, Bull. n° 120 ; Defrénois 1982. 1079, obs. H. SOULEAU : «une atteinte aux parties communes dont chaque lot comprend une part constitue pour le copropriétaire un préjudice personnel l'autorisant à agir en réparation de troubles à la fois collectifs et individuels».

3. En présence d'une personne morale, la rationalité conceptuelle est rétablie, puisque le préjudice est réputé être celui d'un individu, la personne morale.

4. C'est le cas par exemple de l'action en responsabilité exercée par un syndicat professionnel pour la défense des intérêts collectifs de la profession (art. L. 2131-1, C. trav.).

650. Puisque le préjudice est commun, les dommages et intérêts l'effaçant ne peuvent être que communs, quel que soit le demandeur. Le constat vaut pour toutes les propriétés communes, qu'elles soient ou non personnifiées. L'hésitation a pu surgir à propos de la communauté légale, pour des raisons évidentes : étant nécessairement composée de deux personnes, fallait-il considérer que la créance d'indemnisation était commune, ce qui serait revenu à permettre à l'époux fautif de récupérer la moitié de ce qu'il avait versé ? La Cour de cassation l'a admis clairement¹. En effet, le responsable est aussi une victime, et plus exactement une co-victime². La dette est donc personnelle à l'époux fautif, tant au niveau de la contribution que de l'obligation : s'il ne la règle pas par des deniers propres, mais par des deniers communs, il doit récompense à la communauté³.

La solution mériterait d'être étendue dans toutes les formes de propriété commune où un doute peut subsister. Ainsi en est-il dans le régime séparatiste, où la faute d'un époux dans la gestion des biens indivis ou de la société d'acquêts ne peut donner lieu qu'à une créance d'indemnisation de nature elle-même indivise, et non une créance entre époux relevant de l'article 1543 du Code civil. Il en est de même dans le Pacs et dans la société en participation, où la faute du gérant donne nécessairement lieu à une indemnisation commune. Même si la lettre de l'article 1872 du Code civil ne l'évoque pas, la créance de réparation est indivise. Si l'idée de créance indivise est perçue comme gênante, une autre solution est de répartir l'indemnisation entre les associés, à proportion de leurs parts dans la société en participation.

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2012, n° 11-17050, Bull. n° 21 ; AJ fam. 2012. 152, obs. P. HILT ; D. 2012. 2481, obs. V. BRÉMOND ; JCP G 2012, chron. n° 999, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; Defrénois 2012, p. 828, note D. AUTEM, p. 1197, obs. G. CHAMPENOIS ; Gaz. Pal., 16-17 mars 2012, p. 38, obs. J. CASEY. : «la responsabilité d'un époux en raison de ses fautes de gestion ayant causé un dommage au patrimoine commun est engagée, sur le fondement de l'article 1421 du code civil, envers la communauté et non envers son conjoint, de sorte que les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice constituent une créance commune et non une créance personnelle de ce conjoint».

2. Cette hypothèse ne peut être ramenée à celle de la faute de la victime, car la faute de la victime est distincte de la faute du responsable.

3. Cf. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 352.

651. La principale incertitude concerne cependant les fonds communs de placement. Même si l'ordonnance du 1^{er} août 2011 a supprimé l'art. L. 214-28 du Code monétaire et financier, il est acquis que les porteurs de parts peuvent agir en responsabilité contre la société de gestion et le dépositaire, bien que la loi ne soit explicite que dans le second cas (L. 214-11, C. mon. fin.)¹. Le problème est de déterminer si le porteur exerce l'action seulement à titre individuel ou au contraire en réparation du préjudice commun. La seconde solution devrait s'imposer pour trois raisons. La première est que le fonds commun de placement est une propriété commune. Sauf à montrer l'existence d'un préjudice individuel, la simple perte de valeur du fonds est un préjudice commun pouvant être réparé intégralement par l'action d'un seul porteur². La deuxième est que les SICAV admettent l'action sociale *ut singuli* : ce serait donc créer une profonde différence de régime (non justifiée) entre les deux formes d'OPCVM, alors que la tendance est au contraire à la convergence. La troisième est qu'interdire une action en réparation du préjudice commun reviendrait à conférer une surprotection de la société de gestion, qui n'aurait à indemniser que les demandeurs et non l'intégralité du préjudice causé.

2. Les titulaires de l'action

652. Comme pour tout acte concernant les biens communs, la capacité à agir en responsabilité contre les titulaires fautifs fait elle-même l'objet d'une habilitation. Chaque forme de propriété commune prévoit donc les modalités de cette action en justice. En principe, le préjudice étant commun, chaque propriétaire a un intérêt à agir en réparation, étant entendu que la créance de réparation sera nécessairement commune. Ainsi, dans une indivision conventionnelle,

1. L'ancien article L. 214-28 du Code monétaire financier disposait que «la société de gestion ou le dépositaire sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers les tiers ou envers les porteurs de parts, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux fonds communs de placement, soit de la violation du règlement du fonds, soit de leurs fautes».

2. *Contra* A. COURET, H. LE NABASQUE et M.-L. COQUELET, *Droit financier*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 817. qui invoquent «l'absence de renvoi aux textes de droit commun des sociétés». V. également M. STORCK, « La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 399-407, p. 456 : «Le porteur de parts d'un FCP ne peut exercer l'action en réparation du préjudice causé à l'OPCVM : il agit à titre individuel en réparation du préjudice causé par la perte de valeurs de ses parts».

chacun des indivisaires peut engager la responsabilité du gérant, qui «répond, comme un mandataire, des fautes qu'il commet dans sa gestion» (art. 1873-10, C. Civ.). L'action peut viser un autre propriétaire : ainsi en est-il de l'indivisaire ayant commis une faute dans la gestion des biens communs, par exemple en ne respectant pas les habilitations légales, ou encore de l'époux. En principe donc, la faculté d'agir en responsabilité contre un autre propriétaire ou le représentant de ces derniers est soumise à un principe de *gestion concurrente et directe*. Chacun peut agir seul, valablement.

La solution devient plus complexe lorsque la forme de propriété commune fait appel à une gestion déléguée couvrant l'exercice des actions en justice. C'est le cas par exemple des sociétés et de la copropriété des immeubles. Il est acquis dans ce cas que le représentant habilité peut agir en défense des intérêts de la propriété commune, contre un ancien représentant ou contre un propriétaire. Non seulement il le peut, mais à suivre la règle générale, il aurait seul qualité pour agir. En effet, les formes recourant à la gestion déléguée transfèrent définitivement les droits des propriétaires aux représentants. Les propriétaires ne peuvent pas agir eux-mêmes, tout simplement parce que les avantages obtenus par la gestion déléguée seraient annulés¹.

653. C'est sur ce point précisément que le particularisme de l'action en responsabilité s'affirme : *aucune* forme de propriété commune ne dépouille totalement les propriétaires du droit d'agir. La solution inverse serait très dangereuse, puisqu'elle conférerait une immunité aux représentants. Or même dans une société, la valeur des biens communs, à la hausse ou à la baisse, se répercute sur le patrimoine des associés, via leurs droits sociaux. L'existence même de l'action sociale *ut singuli* révèle que malgré la cathédrale de fictions (la personne morale, les droits sociaux distincts des biens communs), les biens de la société appartiennent (indirectement pourrait-on dire) aux associés, quoique le droit répute qu'ils n'en sont pas propriétaires². L'existence même de ces actions montre

1. Sur ces avantages, v. supra, n° 501 et s.

2. Cf. à propos de la *derivative action* du droit anglais des sociétés : GOWER, P. L. DAVIES et S. WOTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 9^e éd., Sweet & Maxwell, 2012, §17-17 : «This reflects the legal position of shareholders generally : the shareholder has an interest in the assets of the company as they stand during his ou her membership».

qu'on ne peut pas considérer la société comme un tiers par rapport à l'associé, dont les biens seraient totalement distincts de ceux de ce dernier. Car si tel était le cas, l'associé n'aurait aucun intérêt à agir.

654. Si toutes les formes de propriété commune admettent que les propriétaires puissent agir contre les autres propriétaires ou leurs représentants, les modalités de cette action sont variables. On peut distinguer trois manières d'articuler les actions. Les propriétaires peuvent agir de manière concurrente avec leur représentant, sans subsidiarité : c'est le cas notamment en matière de copropriété. L'art. 15 al. 1 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit ainsi que «le syndicat a qualité pour agir en justice, tant en demandant qu'en défendant, même contre certains des copropriétaires ; il peut notamment agir, conjointement ou non, avec un ou plusieurs de ces derniers, en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble». Le risque ce système réside dans la coordination des éventuelles actions en justice¹.

Un des moyens d'y remédier est de recourir à la *subsidiarité* : l'action exercée par les propriétaires est subsidiaire à celle exercée par le représentant habilité par la forme à agir en justice. C'est le système reconnu par le droit français des sociétés.

Enfin, un système encore plus restrictif est fourni par le droit anglais des sociétés, qui oblige l'associé à obtenir une autorisation judiciaire préalable avant d'intenter l'action (*Companies Act* 2006, s. 261). Le but est d'éviter des actions ayant pour seul but de perturber le fonctionnement de la société².

655. En matière d'OPCVM, les modalités de l'action à l'encontre du dépositaire sont floues. L'article L. 214-11 du Code monétaire et financier reproduit littéralement l'article 24 de la Directive OPCVM IV, alors que la transposition appelait certainement des précisions³. Il faudrait en effet préciser si l'action des

1. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 300.

2. L'examen est assez sévère. Pour une présentation de la jurisprudence, v. GOWER, P. L. DAVIES et S. WOTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 9^e éd., Sweet & Maxwell, 2012, §17-18 et s.

3. Art. L. 214-11 : «La responsabilité du dépositaire d'un fonds commun de placement à l'égard des porteurs de parts peut être invoquée directement ou indirectement par l'intermédiaire de la société de gestion, selon la nature juridique des rapports existants entre le dépositaire, la

porteurs est subsidiaire par rapport à celle de la société de gestion, que ce soit dans les FCP ou dans les SICAV. La directive incite à prendre ce parti, puisque le nouvel article 24 précise désormais que «les porteurs de parts de l'OPCVM peuvent invoquer la responsabilité du dépositaire directement ou indirectement par le biais de la société de gestion ou de la société d'investissement, pour autant que cela n'entraîne pas la répétition des recours ou l'inégalité de traitement des porteurs de parts» (Directive 2014/91/UE).

B. Les conditions de l'action

656. Parmi les conditions classiques de la responsabilité, seule la faute suscite des difficultés dans le cadre de la propriété commune. Il est en effet plus difficile de déterminer les comportements fautifs et les personnes qui doivent être jugées responsables si l'habilitation a été exercée de manière collective.

1. La nécessité de préciser les comportements fautifs

657. La faute peut être définie «comme la défaillance de l'homme qui n'accomplit pas son devoir, qui ne se comporte pas comme il le devrait»¹. Afin que cette définition ne soit pas tautologique, il faut tenter de préciser quels sont les devoirs des propriétaires ou de leurs représentants dans l'exercice de leurs habilitations.

Un point ne pose aucune difficulté : la violation d'une règle légale ou contractuelle. La faute se confond ici avec l'illicite, et toutes les formes de propriété commune reconnaissent la responsabilité de celui qui méconnaît une règle à laquelle il était tenu. La conclusion d'un acte irrégulier engage donc nécessairement la responsabilité de celui qui le commet, à moins que la nullité de l'acte suffise à réparer l'entier préjudice commun.

La vraie difficulté concerne la faute ne résultant pas de la violation d'un texte, que le droit des sociétés connaît sous le nom de «faute de gestion». La faute ne réside pas dans la violation d'une habilitation mais dans un usage *in-*

société de gestion et les porteurs de parts».

1. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 51.

approprié de cette dernière. L'appréciation de la faute se fait donc dans ce cas au regard d'un standard de comportement dont le responsable s'est écarté. Ce standard ne peut être uniforme pour toutes les propriétés communes, car cela reviendrait à nier leur diversité socio-économique. Bien au contraire, c'est ce profil socio-économique qui doit être utilisé pour construire un standard de comportement approprié. Comme le notait Jean Carbonnier de manière générale, «il serait rationnel que la gestion d'un patrimoine - et, par réduction, celle d'une universalité - fût orientée par des normes différentes en fonction des objectifs que son titulaire se propose»¹. Les idéaux-types qui ont été définis précédemment permettent d'affiner le standard de comportement exigible du titulaire².

a. La faute de gestion dans les propriétés communes domestiques

658. La particularité des propriétés communes domestiques (communauté légale, indivision entre partenaires, copropriété des immeubles bâtis) est qu'elles ne sont pas affectées et qu'elles reposent sur des liens communautaires entre propriétaires. Ces deux traits ont pour conséquence non de chasser la faute, mais de la repousser. Les biens communs ne reçoivent pas d'objectif prédéterminé : les propriétaires en usent de la manière dont ils le souhaitent, sous réserve du respect des droits des autres. La liberté accordée quant à l'usage rend difficile la caractérisation d'une faute car il n'existe pas d'objectif permettant de dire que les moyens utilisés n'ont pas été adaptés. Il faut insister sur cette liberté : les époux peuvent d'un commun accord être totalement dispendieux ou prendre des risques inconsidérés. Ils sont aussi libres à deux qu'ils le seraient seuls. Dans ce contexte, la faute de gestion ne peut être qu'un comportement particulièrement anormal³. À titre d'exemple, le fait pour un époux de conclure un prêt à la

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, p. 1526.

2. Pour rappel : les *propriétés communes domestiques* désignent les formes assurant l'organisation des biens des personnes vivant sous le même toit (communauté, indivision d'acquêts) ; les *propriétés communes de jouissance* désignent celles qui permettent de partager l'usage de biens déterminés ; les *propriétés communes d'alliance* permettent à des professionnels de mettre en commun des ressources en support de leur activité individuelle ; les *propriétés commune d'entreprise* organisent la gestion de ressources en vue de développer d'une activité collective distincte.

3. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 429 : La responsabilité du conjoint «suppose donc une faute d'une certaine gravité, bien qu'elle ne

consommation avec un fort taux d'intérêt, même en l'absence de besoin familial, ne peut constituer une faute ; en conclure vingt-quatre dans le plus grand secret l'est en revanche ¹.

C'est ce standard très compréhensif qui doit être étendu aux relations entre partenaires pour la gestion de l'indivision, et non l'appréciation faite en matière d'indivision successorale, qui est plus restrictive, en l'absence de liens communautaires entre indivisaires.

b. Dans les propriétés communes de jouissance

659. Dans les propriétés communes de jouissance, il est nécessaire de distinguer les cas où la gestion est assurée par les propriétaires eux-mêmes ou confiée à un tiers. Dans le premier cas, en l'absence d'affectation, le standard doit être le même que dans les propriétés communes domestiques. La simple négligence ne suffit pas à engager la responsabilité.

La solution est tout autre dans les OPCVM et les fiducies plurales. En effet, dans ces deux situations, la responsabilité sera dirigée contre un tiers professionnel chargé d'*optimiser* la valeur des biens. La mise en commun a ici une finalité précise. Le standard de la faute s'aligne dès lors sur cet objectif et devient beaucoup plus sévère. L'article L. 214-9 du Code monétaire et financier l'exprime clairement : «Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières, le dépositaire et la société de gestion doivent agir de façon indépendante et dans le seul intérêt des porteurs de parts ou actionnaires». L'expression «seul intérêt» est interprétée de manière stricte par l'Autorité des marchés financiers, qui considère depuis plusieurs années que «n'est pas réalisé au bénéfice exclusif des souscripteurs [...] tout investissement dont il est démontré qu'il a pris en compte un intérêt distinct de celui-ci» (Sanction AMF, 20 mars 2013, Société 123 Venture). Ainsi, «l'intérêt des porteurs doit être l'unique ligne de conduite

s'identifie pas à la faute lourde : les relations entre époux ont leur particularisme». Les travaux préparatoires de la loi de 1965 sont en ce sens (A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, 12^e éd., Litec, 2005, n° 500.). Comp. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Dalloz, 2015, n° 526. : «La nature de la faute - action ou omission - ou sa gravité sont pareillement indifférentes».

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mar. 2012, n° 11-15369, Bull. n° 59 ; D. 2012. 813, obs. V. BRÉMOND ; JCP G 2012, n° 999, n° 10, obs. Ph. SIMLER ; Defrénois 2012, p. 1198, obs. G. CHAMPENOIS.

des sociétés de gestion, à l'exclusion de tout autre intérêt, même de ceux dont la poursuite pourrait paraître honnête et loyale et sembler ne pas porter atteinte à l'intérêt des porteurs»¹. Il est fort probable qu'une conception similaire de la faute serait adoptée en matière de responsabilité civile : le gestionnaire n'est pas seulement tenu d'augmenter la valeur du fonds, il est tenu de le faire de manière optimale, ce qui veut donc dire que seul l'intérêt des porteurs doit être pris en compte, à l'exclusion de toute autre. Le gestionnaire a certes une liberté dans les moyens à mettre en œuvre, mais il n'a aucune marge de manœuvre sur l'objectif final de son action.

c. L'appréciation de la faute dans la gestion entrepreneuriale

660. La question la plus délicate concerne la faute de gestion lorsque la propriété commune a été créée comme ressource en vue d'une entreprise, à but lucratif ou non. Dans ce type de propriété commune, la valeur des biens communs ne se réduit pas à la valeur liquidative de chacun des biens pris un à un, mais intègre également les perspectives de revenus futurs. En matière sociétaire, la responsabilité des dirigeants peut être engagée lorsque la société est *in bonis* au moyen de l'action sociale ou lors d'une procédure collective (responsabilité pour insuffisance d'actifs). Dans les deux cas, le dirigeant est responsable pour sa faute de gestion.

Cette faute ne peut s'apprécier ni comme la faute de gestion en communauté légale, ni comme la faute du gestionnaire d'OPCVM. Elle est en quelque sorte intermédiaire. Contrairement à la communauté légale, la société est une propriété commune affectée à un objectif défini par les associés. Il n'y a donc pas de liberté dans l'usage des biens : les habilitations doivent être exercées de manière à permettre de remplir l'objectif ou de s'en rapprocher. Il s'agit de la fameuse «boussole» de l'intérêt social. Le problème est que l'intérêt social ne se réduit pas à une pure optimisation de la valeur des biens communs ou même à la simple maximisation de l'intérêt des associés. L'intérêt social est le royaume de l'incertitude non seulement quant à sa définition, c'est-à-dire à l'objectif pour-

1. A.-C. ROUAUD, *Bull. Joly Bourse* 2013, p. 296, obs. sous Sanct. AMF, 20 mars 2013, société 123 Venture, n° 7.

suivi, mais aussi quant aux *moyens* permettant de l'atteindre ¹.

661. Le droit des sociétés entend traditionnellement la faute de gestion de manière large, c'est-à-dire comme englobant les faits illicites, notamment la violation des règles légales et statutaires. La difficulté concerne la faute de gestion au sens strict, c'est-à-dire la faute dans la prise de décision, sans qu'il y ait illégalité ou détournement de pouvoirs ². La conduite d'une entreprise se fait en général dans un contexte de forte incertitude et repose sur des prises de risques, qui peuvent s'avérer payantes ou non. En cas d'échec, et notamment de procédure collective, il peut être tentant de déduire la faute de l'existence d'un préjudice, comme c'est parfois le cas dans d'autres domaines de la responsabilité civile. Le standard du «bon père de famille» s'avère en réalité peu adapté : ce modèle a été conçu pour la gestion patrimoniale, visant à conserver et augmenter la valeur. Il peut donc s'avérer pertinent pour la gestion des sociétés civiles immobilières, mais pas pour les sociétés par actions. Il faut trouver un critère prenant en compte cette spécificité.

662. Puisque le capitalisme se définit comme «l'usage d'un compte de capital rationnel» ³, il paraît normal de dire que la faute de gestion réside dans une décision ou une abstention *manifestement irrationnelle*. Qu'entendre par là ? Le dirigeant doit poursuivre des objectifs et met en œuvre des moyens pour les atteindre. L'irrationalité réside dans l'inadéquation manifeste des moyens pour atteindre ces objectifs. C'est le cas par exemple d'un sur- ou d'un sous-investissement, de l'absence de prise d'information, mais aussi de la passivité. Bien entendu, il ne faut pas juger le dirigeant selon le standard de la théorie économique classique : le modèle approprié est celui de la *rationalité limitée*

1. S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. de P. LE CANNU, IRJS, 2009, n° 155 : «La proposition consistant à définir la faute de gestion au regard de l'intérêt social déplace le problème d'un concept flou à un autre concept tout aussi flou».

2. Le droit des sociétés connaît deux régimes de responsabilité, selon que la société est *in bonis* ou en procédure collective (art. L. 651-2, C. Com.). L'ouverture d'une procédure collective paralyse l'exercice de l'action *ut singuli* (le droit spécial prime le droit commun). Pour une critique, v. L. CAMENSULI-FEULLARD, «L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté», *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 66.

3. M. WEBER, *Histoire économique : Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Gallimard, 1992, p. 297.

(H. Simon)¹. Dans ce modèle, l'agent économique ne peut rechercher toute l'information disponible avant la prise de décision : il y a une part d'erreur, de négligence et de prise de risque acceptable. En conséquence, une décision aux conséquences catastrophiques peut ne pas avoir été irrationnelle au regard de l'information qui était disponible au moment de la délibération. C'est le cas notamment pour certains choix d'investissements². Le fort contexte d'incertitude entourant la prise de décision justifie qu'il ne soit tenu que d'une obligation de moyens³. Le critère du comportement manifestement irrationnel permet de laisser passer les simples négligences ou les choix malheureux, tout en sanctionnant les décisions clairement inadaptées⁴.

Au final, une action ou une omission est fautive dans trois cas possibles : elle est contraire à une règle objective (loi, contrat) ; elle est prise pour un motif illicite ; elle est irrationnelle au regard du contexte⁵.

2. L'identification des responsables

663. L'identification du responsable ne pose aucune difficulté en cas de gestion exclusive. Il pose problème en revanche dans les deux autres modes de gestion - gestion concurrente et concertée - du fait de la pluralité de titulaires. Qui est responsable et pour quel type de faute ?

1. Sur ce modèle, v. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2008, n° 106.

2. T. FAVARIO, « La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », *Rev. proc. collectives* 2011, n° 3, étude 15, n° 21 : « Le dirigeant peut s'exonérer en montrant qu'ils obéissaient à des prévisions raisonnablement fondées mais finalement démenties ».

3. S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. de P. LE CANNU, IRJS, 2009, n° 895 et s.

4. Rappr. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n° 1701, qui considère qu'il faut « épargner le maladroit ou le malchanceux, et ne sanctionner que les dirigeants et EIRL malhonnêtes ou gravements fautifs ». V. également M. GERMAIN, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial » in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 243-259, p. 249, qui constate qu'au regard de la fonction normative de la responsabilité, « le juge puisse être conduit naturellement à distinguer les fautes selon leur gravité. Il ne le fait pas directement et expressément. Mais c'est bien ce qui se passe en réalité ».

5. Comp. S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001, qui distingue trois types de fautes de gestion : celles relevant de « l'aventurisme », de la « négligence » ou du « hors-la-loi ».

a. En gestion concurrente

664. Lorsque l'habilitation se trouve être en gestion concurrente, chacun des titulaires a le pouvoir de prendre seul la décision, sous réserve d'un devoir d'information pour les opérations les plus graves et du droit d'opposition des autres titulaires¹. Dans quelles conditions le «cogérant» peut-il être réputé co-responsable des actes d'un autre ?

L'exercice du droit d'opposition devrait permettre de le désengager de toute responsabilité, et ce même si l'opposition, trop tardive, n'a pu empêcher la conclusion de l'acte avec un tiers. Il en est de même si le cogérant ignore que la décision a été prise, sauf si cette ignorance est elle-même fautive et vient d'un défaut d'intérêt pour la gestion. La gestion concurrente suppose en effet une implication active de chacun des cotitulaires, passant par un «devoir de surveillance»². Ce devoir général et actif de surveillance est dû quand bien même les cogérants auraient procédé à un partage des tâches³.

En revanche, à partir du moment où le cogérant connaît l'existence de l'acte fautif et ne s'y oppose pas, il devient coresponsable de cet acte. Dans la communauté légale, cela a pour conséquence que la faute de gestion de l'époux ne concerne que des actes dissimulés au conjoint, quoique la loi ne pose pas cette condition. Il en est de même pour la gestion de l'indivision entre partenaires. Lorsque la gestion est déléguée, comme en matière de sociétés ou d'indivision conventionnelle, le cogérant doit être réputé responsable envers les pro-

1. Sur tous ces points, v. *supra*, n° 555.

2. Pour un exemple, v. Cass. Com., 11 oct. 1971, n° 69-13694, Bull. Civ. n° 235. : «Masquelier a ainsi commis la grave négligence de ne pas remplir les fonctions de gérant pour lesquelles il avait été désigné et de ne pas surveiller la gestion de son cogérant, que si la mauvaise gestion de Besse a mené la société à sa ruine, la carence de Masquelier a favorisé cette mauvaise gestion et, par un lien direct de cause à effet, se trouve à l'origine de l'actuelle insuffisance d'actif».

3. V. CA Paris, 21 jan. 1852, DP. 1852, 2 ; p. 278. qui condamne solidairement le cogérant à la restitution des sommes détournées : «Que, si aucune reproche de fraude ou d'infidélité n'est imputable à Charonnat, on peut toutefois à bon droit lui reprocher d'avoir aveuglément abandonné à son associé la tenue des écritures et le maniement des valeurs sociales sans examen et sans contrôle ; qu'encore bien qu'il s'occupât plus spécialement du placement des marchandises, il était de son devoir de compulser fréquemment les livres, de connaître l'état des créances actives et passives et de veiller à l'emploi des rentrées ; qu'en remplissant ce devoir il n'eût pas tardé à s'apercevoir que sur les livres sociaux figuraient constamment des débiteurs fictifs ou des créances exagérées, et évidemment supérieures au montant des ventes par lui effectuées ; qu'il aurait pu dès lors signaler le mal dans sa source et prévenir tout détournement subséquent».

priétaires¹.

665. Toutefois, au stade de la *contribution à la dette*, la prise en compte de la gravité des fautes respectives devrait entraîner une moindre part de responsabilité que celle de l'auteur même de l'acte fautif. Le cogérant n'est coupable que d'une faute de négligence dans l'exercice de son «devoir de surveillance», et non des actes eux-mêmes. On pourrait même envisager, comme en droit commun, qu'en cas de «disproportion totale des fautes en présence - notamment lorsque l'une d'elles est intentionnelle - tout recours pourrait être refusé à l'auteur de la faute la plus grave»².

b. En gestion concertée

666. Lorsque la décision fautive est prise à l'unanimité des propriétaires, aucune réparation d'un préjudice commun n'est possible. Les propriétaires sont à la fois collectivement les fautifs et les victimes : mais étant propriétaires, ils font ce qu'ils veulent de leurs biens.

Si la décision est prise à la majorité, il faut déterminer qui est responsable. En effet, certains titulaires ont pu s'abstenir ou s'opposer à la décision prise. Dans ce cas, il serait injuste de faire peser sur eux la responsabilité de l'acte dommageable. Seuls les titulaires ayant approuvé la décision fautive engagent leur responsabilité, à l'exception de ceux s'étant opposés ou abstenus. Cette solution est celle généralement retenue en cas d'abus de majorité, que ce soit dans les groupements ou dans la copropriété.

Elle devrait être retenue pour tous les actes dommageables, notamment dans l'indivision en cas d'acte d'administration pris à la majorité des deux tiers. En

1. V. par exemple, Cass. Com., 8 oct. 2003, n° 00-20070, non publié. : «Attendu, qu'après avoir relevé que la cogérante qui a exercé ses fonctions pendant quinze mois durant les années 1992 et 1993 avait commis des détournements de fonds, l'arrêt retient que M. X... s'est désintéressé de la gestion administrative de la clinique malgré ses fonctions de gérant, qu'il s'en est remis sans aucun contrôle à l'autre gérante lui signant même des chèques en blanc qui ont ainsi permis à cette dernière de contourner la règle de la double signature, qu'il a toléré une rémunération excessive de la cogérante malgré la diminution très nette du chiffre d'affaires, et que cette négligence dans la gestion et l'excès de confiance dans les autres responsables avaient contribué à l'insuffisance d'actif».

2. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2011, n° 173, p. 211, et la jurisprudence citée note 4.

copropriété, si le syndicat est reconnu responsable de tous les dommages causés aux tiers ou aux copropriétaires (art. 14, Loi du 10 juillet 1965), les copropriétaires s'étant opposés à la décision collective fautive ne devraient pas être tenus de leur quote-part dans l'indemnité de réparation¹. La charge de l'indemnité devrait être répartie entre les copropriétaires ayant voté la décision.

667. En matière de gestion concertée déléguée, la Cour de cassation a retenu une conception plus exigeante de la responsabilité lorsque la décision est prise par le conseil d'administration d'une société anonyme. Elle considère en effet que «commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise de décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision»².

Même si l'attendu ne vise que le conseil d'administration et le directoire, le fondement de la solution, à savoir le devoir fiduciaire (prudence et diligence) plaide pour une application extensive à tous les organes collégiaux de gestion. La Chambre commerciale retient une conception plus stricte que dans le cas usuel : elle instaure en effet «une obligation de moyens d'empêcher les “prises de décision fautive”, en étant “prudent et diligent”»³. Il n'est donc pas certain que la simple opposition, et encore moins l'abstention, puisse suffire à renverser la présomption de faute individuelle⁴.

668. Conclusion du paragraphe. Puisque tout exercice des habilitations a par définition des répercussions communes, il est normal que les propriétaires ou leurs représentants puissent agir en responsabilité contre les autres propriétaires

1. Depuis une loi du 13 déc. 2000, le copropriétaire victime est dispensé de contribuer à l'indemnité versée par le syndicat (art. 10-1 d/, Loi du 10 juillet 1965). La solution était inverse auparavant (cf. J.-M. LE MASSON, « La responsabilité des copropriétaires en raison de leur vote », *Administrer* nov. 1997, 294, p. 30-41, n° 60.).

2. Cass. Com., 30 mar. 2010, *Crédit Martiniquais*, n° 08-18841, Bull. Civ. n° 69, D. 2010. 1678, note B. DONDERO, 2802, obs. HALLOUIN ; Rev. Sociétés 2010. 304, note P. LE CANNU ; JCP E 2010. 1416, note A. COURET ; Dr. Sociétés 2010, n° 117, note M. ROUSSILLE ; RJ Com. 2010. 263, note MONSÉRIÉ-BON ; Dr. et Patr. mai 2011. 79, obs. D. PORACCHIA.

3. P. LE CANNU, *Rev. Sociétés* 2010, p. 304, note sous Cass. Com. 30 mars 2010. n° 15.

4. P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2016, n° 459.

ou représentants dont les actes fautifs ont causé un préjudice commun. Cette responsabilité *interne*, propre à la situation de propriété commune, engendre toujours un problème d'articulation entre les différentes actions, réglé plus ou moins clairement selon les formes.

Pour autant, cette responsabilité ne se décline pas de la même manière selon le type socio-économique de propriété commune. La «faute de gestion» doit être appréciée de manière différente selon les cas, en fonction notamment de la liberté reconnue aux titulaires ou, au contraire, des devoirs fiduciaires particuliers justifiant une plus grande sévérité.

§ 2. La responsabilité envers les tiers («externe»)

669. La problématique de la responsabilité envers les tiers diffère de la responsabilité interne à la propriété commune. Dans ce dernier cas, la simple atteinte à une habilitation suffit à engager la responsabilité du titulaire pour la réparation du préjudice collectif ou d'un préjudice individuel qui en est distinct.

Dans le cas d'une responsabilité externe, un non-propriétaire subit un dommage qui doit être réparé. Le problème majeur va être d'articuler la responsabilité commune et les éventuelles responsabilités individuelles.

A. La responsabilité commune

670. D'un point de vue libéral et nominaliste, l'idée de responsabilité commune est éminemment suspecte. Elle sous-entend une responsabilité du groupe pris comme une entité distincte de ses membres et donc la présence d'une «conscience collective» dont la teneur ontologique est incertaine. N'y a-t-il pas danger à transposer le régime de la responsabilité construit pour l'individu à un groupe, personnifié ou non ?

Peut-être faut-il hiérarchiser les dangers. Contrairement au droit commun, ce sont les responsabilités objectives qui causent le moins de difficultés pour expliquer que la masse commune ait à répondre d'actes dommageables. Plus délicate est la question de la responsabilité de la masse commune pour faute. Si

l'obstacle «ontologique» peut être facilement levé au prix d'une clarification du vocabulaire¹, les difficultés de régime, elles, demeurent.

1. Les responsabilités objectives

671. Les responsabilités objectives ne causent aucune difficulté lorsque la propriété commune est personnifiée. La personne morale étant propriétaire de la chose ayant causé le dommage, elle en répond sur son patrimoine, c'est-à-dire la masse commune. Il en est de même des dommages causés par les préposés liés par un contrat avec la personne morale. La logique commutative peut s'exercer ici sereinement, bien qu'il s'agisse d'une responsabilité commune.

La contrainte conceptuelle se manifeste en l'absence de personne morale. Toutefois, le droit positif maintient les mêmes solutions. La personne morale, comme toujours, simplifie considérablement les opérations du droit mais n'en change pas le fond.

672. Le dommage causé par le bien commun engage une responsabilité commune, qu'il y ait ou non personnalité morale. La jurisprudence estime en effet qu'en cas de pluralité de propriétaires sur un même bien, ces derniers sont tous gardiens. Ils sont donc tenus *in solidum* envers la victime². La solution est parfaitement conforme au droit commun : un propriétaire ne peut s'exonérer de la qualité de gardien que s'il prouve qu'il ne dispose plus du pouvoir d'usage, de direction et de contrôle. Or dans l'immense majorité des propriétés communes, les propriétaires en commun disposent de pouvoirs minimaux sur les biens et sur les autres titulaires³.

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, p. 733, n° 374 : «La conscience collective, qu'évoque la sociologie durkheimienne, n'est pas un ectoplasme flottant autour du groupe : c'est la partie des consciences individuelles - de la conscience de l'organe (dirigeant et résumant le groupe) qui est collectivisée, adonnée à l'intérêt collectif».

2. À propos d'un bien mitoyen entre deux fonds (un rocher), v. Cass. Civ. 2^{ème}, 21 nov. 1979, n° 78-10082, Bull. n° 274 ; JCP 1980. IV. 49. ; à propos d'un animal faisant l'objet d'une «possession commune» par les époux, v. Cass. Civ. 2^{ème}, 3 jan. 1963, Bull. Civ. n° 6.

3. En revanche, dans une société en participation, l'associé ayant confié au gérant un bien servant à l'exploitation sociale pourrait facilement montrer qu'il y a eu un transfert complet, le gérant de la société en participation étant le fiduciaire des associés. Une telle preuve sera plus complexe si le bien est indivis entre les associés.

Toutefois, au stade des recours entre propriétaires, la charge finale de la dette pourrait être répartie de manière inégalitaire en fonction des habilitations de chacun sur la chose ayant causé le dommage.

673. En matière de responsabilité pour le fait d'autrui, le préposé commun à plusieurs commettants devrait engager leur responsabilité *in solidum*. En l'absence de personne morale, le lien entre un préposé et une pluralité de commettants pour une activité unique ne peut résulter que d'un cocontrat. C'est le cas du salarié tenu envers plusieurs employeurs *de jure* ou du berger gardant les moutons de plusieurs propriétaires¹. Une difficulté est de savoir si la théorie du co-emploi, qui a permis l'extension des obligations du droit du travail, pourrait amener aussi à reconnaître la qualité de «co-commettant» à la société-mère, dès lors qu'est constatée «une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale» de la filiale². Vue l'automatisme avec laquelle la qualité de commettant suit la qualité d'employeur, il est fort probable que l'extension se fasse.

2. La responsabilité pour faute

674. Une propriété commune peut être amenée à répondre des dommages pour faute dans deux hypothèses bien distinctes, selon que l'imputation est directe ou indirecte³. L'imputation directe consiste à engager la responsabilité de la collectivité sans avoir à montrer la faute d'un titulaire en particulier. Même en présence d'une personne morale, ce mode d'imputation est rarement reconnu car il suppose de retenir une faute «collective»⁴.

1. Cf. Cass. Civ. 2^{ème}, 9 fév. 1967, Bull. n° 63 ; Gaz. Pal. 1967. 1. 224.

2. Cass. Soc., 2 juil. 2014, n° 13-15208, Bull. n° 159 ; D. 2014. 1502 ; 2147, obs. P. LE CORRE et F.-X. LUCAS ; Rev. Sociétés 2014. 709, note A. COURET et M.-P. SCHRAMM ; RDT 2014. 625, obs. KOCHER ; RJS 2014. 571, n° 662.

3. La notion d'imputation est ici comprise dans son sens objectif, c'est-à-dire comme la désignation du responsable (plus exactement du patrimoine responsable) en cas de faute. Pour une distinction avec les autres sens du terme imputabilité, v. P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité » in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511-527, pp. 513-514.

4. Le seul arrêt retenant clairement une imputation directe est Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juil. 1967, Bull. n° 261, RTD Civ. 1968. 149, obs. G. DURRY. : «une personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, lesdits organes pris comme préposés».

675. La seconde hypothèse, l'imputation indirecte, est la manière classique d'engager la responsabilité commune. Un titulaire identifiable a commis personnellement une faute ; toutefois, c'est le patrimoine commun qui répond du préjudice. L'acte délictueux doit simplement avoir été commis dans l'exercice des habilitations, ce qui est plus ou moins restrictif selon les propriétés communes. Dans la communauté conjugale, tous les actes des époux relèvent de la communauté : par conséquent toutes les dettes de responsabilité civile, quelle que soit la cause, peuvent être exécutées sur les biens communs, à charge de récompense pour la communauté contre l'époux fautif. Dans les sociétés, tous les actes accomplis *ès qualités* par les associés ou leurs représentants engagent en principe la responsabilité du patrimoine commun, à charge pour la société de se retourner en interne contre les titulaires fautifs¹. Enfin, dans la copropriété, le syndicat semble devoir répondre des dommages causés aux tiers par l'un quelconque des organes. La solution est acquise pour les décisions collectives de l'assemblée, même si la décision n'est qu'une autorisation donnée à un copropriétaire d'effectuer des travaux qui s'avèreront ensuite dommageables (notamment pour un locataire ou un voisin)². Sur le fondement du mandat, la jurisprudence estime que le syndicat répond également des faits du syndic, son mandataire, dès lors que celui-ci a commis une faute «dans l'exercice de ses fonctions»³.

L'indivision a suscité moins de contentieux, mais il faut espérer que les lectures individualistes de l'institution ne triompheront pas. L'acte fautif accompli par le gérant *ès qualités* entraîne une responsabilité *in solidum* des indivisaires, à charge pour eux de se retourner contre le gérant en interne.

676. Comment justifier que la masse commune supporte le poids de la dette, alors que la faute est individuelle ? Comment une personne morale peut-elle être considérée comme pénalement responsable des actes accomplis par ses organes ?

1. Malgré l'existence de textes spéciaux, la jurisprudence fait encore référence à l'art. 1384 al. 5. V. par exemple Cass. Civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, n° 06-22171, RTD Civ. 2008. 680, obs. P. JOURDAIN.

2. Sur ces hypothèses, v. J.-M. LE MASSON, « La responsabilité des copropriétaires en raison de leur vote », *Administrer* nov. 1997, 294, p. 30-41, n° 21 et s.

3. V. pour une responsabilité envers les copropriétaires, considérés comme des tiers pour cette question, Cass. Civ. 3^{ème}, 15 fév. 2006, n° 05-11263, non publié ; Loy. et Copr. avril 2006, p. 20, obs. G. VIGNERON ; Gaz. Pal. 18 août 2006, p. 7, note P-L. NIEL.

Une première vision consiste à dire que la faute du titulaire *est* également une faute commune, car ce dernier n'est que *l'instrument* de la propriété commune ou du mandant. Sans forcément que cela soit conscient, la théorie de l'organe emprunte les mécanismes et le vocabulaire du régime des actes accomplis par les esclaves ou les fils en droit romain. Eux aussi étaient «transparents» : leurs actes, juridiques ou matériels, s'imputaient directement sur leur père/maître. La différence est cependant sensible : le titulaire n'est ni dénué de personnalité juridique ni susceptible de faire l'objet d'un abandon noxal. C'est un sujet de droit susceptible d'être responsable personnellement. Il faut donc expliquer autrement que la masse commune ait à répondre des actes de l'individu.

677. Il est illusoire de chercher un fondement unique. La responsabilité commune, comme les responsabilités du fait d'autrui, découle de la convergence entre plusieurs politiques juridiques¹. Faveur envers la victime, sans doute, qui peut être désintéressée par la masse commune en plus du patrimoine individuel du fautif ; théorie du risque-profit : puisque le titulaire enrichit la propriété commune par ses actes, cette dernière doit supporter les coûts qui peuvent en découler. L'analyse économique du droit permet d'identifier une autre raison : faire supporter à la propriété commune le poids d'une éventuelle dette de responsabilité a un très fort effet prophylactique, en ce qu'elle incite les copropriétaires à faire en sorte que chacun ne cause pas de dommage aux tiers. Voilà pourquoi les responsabilités pour autrui exigent en général qu'il existe un lien de contrôle voire de subordination entre le fautif et le responsable. En l'absence d'un tel lien, la responsabilité pour autrui perd sa *raison d'être au niveau social* : inciter ceux qui contrôlent à surveiller au maximum les personnes agissant pour leur compte.

En tout état de cause, cette responsabilité commune, comme toutes les formes de responsabilité objective, relève de la *justice distributive* et non de la *justice corrective* (responsabilité pour faute)². La justice corrective repose sur l'idée que le fautif a injustement appauvri la victime par sa faute : il doit donc

1. V. également en *common law*, J. FLEMING, *The Law of Torts*, 10^e éd., Thomson Reuters, 2011, p. 410 : «Vicarious liability cannot parade as a deduction from legalistic premises, but should be frankly recognised as having its basis in a combination of policy considerations».

2. Pour la distinction de ces deux fondements en droit de la responsabilité civile, v. CLERK et LINDSELL, *Torts*, 21^{re} éd., Sweet et Maxwell, 2014, § 1-15.

rééquilibrer en opérant une restitution (l'indemnisation). La responsabilité pour faute sanctionne un «appauvrissement sans cause», phénomène inverse de l'enrichissement sans cause¹. La justice distributive consiste à opérer *ex ante* une allocation des risques entre les membres de la société. C'est la logique des responsabilités objectives (responsabilité du fait des choses, du fait d'autrui, etc.) : les parents répondront de tous les faits dommageables de leurs enfants, les fabricants des dommages causés par leurs produits. Il existe une différence de nature entre la responsabilité pour faute et la responsabilité objective : chaque domaine a sa logique propre. La justice distributive ne se limite pas à imposer des responsables non fautifs, elle peut aussi *immuniser* les fautifs, toujours au nom d'une allocation sociale des risques.

B. La responsabilité individuelle des titulaires envers les tiers

678. Dans ce paragraphe il ne sera abordé que la responsabilité individuelle des titulaires, propriétaires ou représentants, *envers les tiers*. Est donc laissée de côté la responsabilité individuelle envers la propriété commune pour une faute «interne»². À cet égard, il faut préciser que si la victime peut se désintéresser sur la masse commune au titre d'une responsabilité indirecte, le titulaire fautif peut être condamné à rembourser la propriété commune au titre de sa faute de gestion. C'est par exemple ce qui se produit automatiquement en matière de communauté légale : la dette de responsabilité de l'un des conjoints est nécessairement propre au stade de la contribution. Si elle a été réglée avec des deniers communs, cela ouvre droit à une récompense envers la communauté (art. 1417, C. Civ.).

Si on pouvait trouver une assez grande homogénéité entre les propriétés communes en ce qui concerne la responsabilité interne, la question de la responsabilité individuelle des titulaires est marquée par une opposition nette entre les formes personnifiées et les formes non personnifiées. La jurisprudence confère en effet dans le premier cas une *immunité* aux titulaires lorsque ces derniers n'ont pas commis de «faute séparable de leurs fonctions». Cette disparité des régimes

1. Sur le lien entre les deux institutions, v. N. JANSEN, « The Idea of Legal Responsibility », *Oxford Journal of Legal Studies* 2014, 34, 2, p. 221–252.

2. Le régime de cette responsabilité a été traité *supra*, n° 647 et s.

paraît difficilement justifiable par le seul critère de la personnalité morale (1) ; aussi essaiera-t-on de lui substituer un critère plus juste (2).

1. Une immunité non justifiable par la seule personne morale

679. En droit positif, l'immunité du titulaire fautif envers les tiers est soumise à deux conditions : (i) le titulaire opère dans le cadre d'une personne morale¹ (ii) la faute n'est pas séparable de ses fonctions. Jusqu'à récemment, on aurait dû rajouter que le titulaire était un représentant de la personne morale. Toutefois, la Cour de cassation a accueilli la théorie de la faute détachable alors que la faute résidait dans l'adoption d'une décision collective². L'immunité partielle concerne donc non seulement le dirigeant, mais aussi l'associé³. La responsabilité devient *alternative* : soit la faute n'est pas «séparable des fonctions», et dans ce cas seule la responsabilité commune est engagée ; soit la faute est séparable des fonctions, et dans ce cas seul le titulaire est personnellement responsable⁴.

Dans les autres propriétés communes, le titulaire est personnellement responsable. La solution n'appelle guère de justification puisque ce qui doit être justifié n'est pas la responsabilité de celui qui commet la faute, mais celle de celui qui ne la commet pas.

1. La théorie de la faute détachable s'applique dans l'association (v. Cass. Civ. 2^{ème}, 7 oct. 2004, n° 02-14399, Bull. n° 439 ; D. 2004. 2792 ; Rev. Sociétés 2005. 225, note D. RANDOUX.), mais pas dans la société en participation (v. par exemple Cass. Com., 4 fév. 2014, n° 13-13386, Bull. n° 32, Bull. Joly Sociétés 2014. 435, note B. DONDERO ; Dr. Sociétés, avril 2014, p. 30, obs. R. MORTIER ; LPA 26 mars 2014, p. 10, obs. J-F. BARBIÉRI ; RDC 2014. 372, obs. G. VINEY.).

2. Cass. Com., 18 fév. 2014, n° 12-29752, Bull. n° 40, D. 2014. 764, note T. FAVARIO ; JCP E 2014. 1160, note B. DONDERO ; Bull. Joly Sociétés 2014. 382, note B. FAGES ; RDC 2014. 372, obs. G. VINEY.

3. Le principe d'une responsabilité de l'associé envers les tiers est récent. Pour une critique, v. M. CAFFIN-MOI, « La responsabilité pour faute de l'associé, une évolution à fronts renversés » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 201-222, spéc. n° 10 et s.

4. Toutefois, dans ce dernier cas, la responsabilité commune pourrait être engagée de manière directe, à charge pour la victime de montrer l'existence d'une faute collective (dysfonctionnement, défaillance du contrôle) ayant entraîné la commission de l'acte fautif. La faute séparable n'exclut pas totalement la responsabilité de la société, mais elle oblige la victime à prouver un fait générateur distinct de cette faute personnelle. Comp. en faveur d'une coexistence des responsabilités : D. PORACCHIA, « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant «séparable de ses fonctions» commise à l'occasion des fonctions » in *Mélanges P. Le Canu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 377-389.

680. Un meilleur examen révèle cependant que le véritable critère de l'immunité ne passe pas par la présence d'une personne morale. En effet, dans deux cas, la jurisprudence écarte l'immunité emportée par la théorie de la faute détachable alors même qu'il existe une personne morale. Le premier cas concerne la copropriété des immeubles bâtis, ou malgré quelques essais, la jurisprudence n'admet pas que le tiers ait à prouver la «faute détachable» du syndic pour engager sa responsabilité personnelle¹. Le second cas, peut-être encore plus parlant, concerne les sociétés civiles professionnelles. Bien qu'il s'agisse de sociétés dotées de la personnalité morale, la loi déclare que «chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine, des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui des conséquences dommageables de ces actes» (art. 16 al. 1, Loi 29 nov. 1966). Le droit français est ainsi très proche du *partnership* anglais puisque dans les deux cas le professionnel commettant une faute dans l'exercice de son activité engage toujours sa responsabilité personnelle et la responsabilité commune².

Ces exemples font suspecter que la personne morale n'est pas le véritable critère. La jurisprudence souhaite accorder une immunité partielle aux titulaires dans les *propriétés communes d'entreprise*, et pas dans les autres formes de propriété commune³. Comme toutes les propriétés communes d'entreprise sont personnifiées, on peut croire que c'est la personne morale qui est la justification. Mais la personnalité morale n'est qu'une technique permettant de simplifier les opérations du droit : l'immunité ne peut se justifier que par un profil sociologique et économique particulier de la propriété commune en cause.

2. La justification de l'immunité de certains titulaires

681. Tous les droits occidentaux se montrent rétifs à prononcer la responsabilité personnelle des dirigeants envers un tiers tant que la société est solvable. Une solution est de limiter les faits générateurs de responsabilité. Par exemple, le droit allemand ne retient la responsabilité personnelle des dirigeants qu'en

1. Cf. P. CAPOULADE, C. GIVERDON et F. GIVORD, *La copropriété*, Dalloz Action, 2012/2013, n° 1064, et les références citées.

2. La règle révèle aussi la «transparence» de la personne morale dans les propriétés communes d'alliance. V. *supra*, n° 387.

3. Sur la distinction des différents types de propriété commune, v. n° 179.

cas de faute relevant du §823 al. 1. En revanche, la simple faute, notamment dans l'exercice du devoir de diligence, peut engager leur responsabilité envers la société mais non envers les tiers¹. La solution est la même en droit suisse².

En droit français, la généralité de l'article 1240 (anc. art. 1382) empêche toute limitation sur le fait générateur en se fondant sur les textes³. La seule solution pour la jurisprudence fut alors de décréter un peu abruptement une immunité partielle en distinguant les fautes «séparables des fonctions» de celles qui ne le sont pas⁴. À cet égard, le critère tend à se subjectiviser ces dernières années : «La Cour de cassation s'appuie sur des critères plutôt subjectifs tirés de la gravité du comportement du dirigeant et non sur la finalité de l'acte dommageable ou des liens objectifs qu'il entretient avec les fonctions de dirigeant»⁵. Au final, «les droits français et allemand parviennent à des résultats assez similaires, tout en ayant des points de départ très différents»⁶.

682. Comment justifier cette immunité partielle ? Tout droit de la responsabilité arbitre entre les intérêts de ceux qui mènent une activité potentiellement risquée et les intérêts de ceux qui vont en subir les effets néfastes. En effet, si le seuil de responsabilité est trop favorable aux victimes, les agents sont incités à ne plus prendre aucun risque, voire à abandonner leur activité⁷. C'est pour cette raison que le droit français impose la caractérisation d'une faute pour engager la responsabilité d'un médecin. L'activité médicale, socialement utile, génère des

1. Les articles 93 et 116 AktG ne sont pas considérés comme des lois de protection au sens de l'art. 823 al. 2 BGB. Seules les normes pénales le sont.

2. M. BAUEN, R. BERNET et N. ROUILLER, *La société anonyme suisse*, Bruylant - LGDJ - Schulthess, 2007, n° 616.

3. Les textes spéciaux ne distinguent pas non plus (art. L. 225-251 et L. 223-22, C. Com).

4. Sur la théorie de la faute détachable, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 307 et s.

5. M. BACACHE-GIBEILI, *La responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Economica, 2012, n° 193, p. 219. Pour un aperçu de l'évolution, v. N. EMERIC, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. Sociétés* 2013, p. 535. *Adde*, particulièrement net de la tendance, Cass. Com., 9 déc. 2014, n° 13-26298, non publié ; Bull. Joly Sociétés 2015. 134, obs. Ph. DUPICHOT.

6. J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, préf. de M. GERMAIN, LGDJ, 2010, n° 181. Les incertitudes doctrinales et jurisprudentielles sont toutes aussi importantes outre-Rhin qu'en France (op. cit., n° 152 et s.).

7. Le problème se rencontre également en *common law* où on l'on distingue les activités soumises au standard de la *strict tort liability* et celles soumises au standard de la *negligence*.

risques : retenir une responsabilité objective n'inciterait pas à l'exercice de la profession.

Une propriété commune d'entreprise, par définition, cherche à déployer une activité nouvelle, intéressée ou non. Le dirigeant est donc amené à faire des choix et à prendre des décisions *dans un fort contexte d'incertitude*. Son métier est de prendre des risques, pas de gérer en bon père de famille un patrimoine ou même d'exercer un métier. Si le dirigeant était personnellement responsable des moindres fautes ou négligences commises, il adopterait un comportement beaucoup plus prudent. Or si l'aversion au risque est trop importante, ce sont les actionnaires qui risquent d'en pâtir.

Voilà pourquoi les actionnaires acceptent en général que la société assume le coût des fautes usuelles des dirigeants¹. C'est en réalité une stratégie rationnelle de leur part : le coût de ces fautes sera compensé par les bénéfices obtenus ensuite grâce à des stratégies risquées². Économiquement, tout se passe comme si la société *assurait* elle-même le tiers pour les fautes usuelles de son dirigeant³. Faut-il s'étonner dès lors que c'est «le caractère intentionnel ou non qui est aujourd'hui l'élément décisif pour départager les fautes jugées séparables des fonctions de celles qui ne le sont pas»⁴ ?

On ne peut donc faire découler l'immunité de la simple présence d'une personne morale, au motif qu'il s'agit désormais de «ses» dettes. L'immunité s'ap-

1. Il est rare que la société condamnée pour la faute du dirigeant exerce un recours contre ce dernier en interne.

2. Cf. R. KRAAKMAN, « Economic policy and the vicarious liability of firms » in *Research Handbook of the Economics of Torts*, Edward Elgar, 2013, p. 234–261, p. 240 : «Accordingly, shareholders generally approve of exempting directors from liability for grossly negligent decisions and of providing these directors with personal liability insurance on the corporation's tab. Firms and shareholders benefit from shifting the risk of tort liability off the shoulders of corporate managers because, by hypothesis, shareholders are less costly risk bearers (and because holding managers liable for negligent decisions would almost certainly result in unwanted risk aversion)».

3. Le rapprochement entre l'assurance et les responsabilités objectives est courant dans l'analyse économique du droit. V. par exemple, à propos des produits défectueux, E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2008, n° 1236 : «L'effet du régime de responsabilité sans faute est donc d'associer aux produits de manufacture une assurance obligatoire implicite assumée par le fabricant et dont la prime est incorporée dans le prix d'achat de l'objet».

4. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 857, p. 1160.

parente plus fondamentalement à un transfert des risques imposé par le droit objectif sur la masse commune. La seule question est de savoir si cette quasi-assurance est économiquement et sociologiquement plus efficace que le maintien d'une responsabilité personnelle du titulaire (actionnaire ou dirigeant) envers les tiers.

Les conséquences pratiques de cette théorie sont les suivantes : (i) l'immunité ne doit concerner que les membres des propriétés communes d'entreprise, c'est-à-dire les sociétés (hors sociétés civiles professionnelles) et les associations, (ii) elle ne devrait pas concerner les autres propriétés communes, y compris les GIE, dans lesquels les propriétaires et les représentants répondent de leurs fautes, seuls ou solidairement avec la masse commune.

683. Conclusion de la section. La responsabilité est un mécanisme essentiel pour assurer le respect de la répartition des habilitations. Il faut cependant distinguer la responsabilité interne et la responsabilité externe : les deux institutions n'ont ni la même logique, ni le même régime.

La *responsabilité interne* vise à protéger la propriété commune des agissements fautifs des titulaires, propriétaires ou représentants. N'importe quelle faute peut déclencher une responsabilité qui vise à réparer un préjudice commun. Cette action en responsabilité interne est exercée par le titulaire habilité, mais le droit objectif permet systématiquement à n'importe quel propriétaire d'agir, même de manière très subsidiaire. Toute autre solution viendrait interdire à un propriétaire de venir sanctionner des atteintes faites à ses propres biens, quoique ces derniers soient communs avec d'autres.

La *responsabilité externe* vise à réparer les dommages causés aux tiers dans l'exercice des habilitations concernant la propriété commune. En général, la masse commune doit répondre envers les tiers des agissements causés par les titulaires, sans préjudice d'éventuels recours internes. Le titulaire fautif doit en principe répondre personnellement de ses actes. Toutefois, dans les propriétés communes d'entreprise, le droit objectif préfère transférer tous les risques sur la masse commune en accordant au titulaire une immunité à l'encontre des tiers.

Conclusion du chapitre

684. La violation des habilitations, ou du moins l'exercice fautif de ces dernières, n'entraîne pas des sanctions différentes de celles du droit commun. Toutefois, la structure particulière de la propriété commune appelle une adaptation de ces sanctions dans leur mise en œuvre. L'objectif de ce chapitre était de montrer ces adaptations et de les expliquer.

Sauf dans le cas de l'unanimité, les actes passés pour le compte d'une propriété commune le sont au moyen d'une représentation objective (gestion directe concurrente) ou subjective (gestion déléguée). L'omniprésence de la représentation augmente le risque d'irrégularité, si bien que les propriétés communes ont été obligées de cantonner le domaine de la nullité. La structure particulière de la propriété commune révèle ainsi le pragmatisme qui régit le droit de la nullité, phénomène sans doute moins visible en droit commun des contrats. De manière normative, la spécificité de la propriété commune plaide pour une hiérarchisation plus rationnelle des sanctions applicables aux actes irréguliers.

Le droit de la responsabilité civile joue deux rôles distincts dans une propriété commune. La responsabilité «interne» vise à faire respecter le bon fonctionnement de la propriété commune : c'est un droit fondamental des propriétaires. Tant la violation des habilitations que leur mauvais usage constitue un fait générateur. À l'inverse, la responsabilité «externe» doit articuler la responsabilité individuelle du titulaire et la responsabilité commune. L'écart par rapport au modèle individualiste classique est visible : non seulement le droit instaure une responsabilité de la propriété commune pour le fait des titulaires, mais il peut même instaurer une immunité, du fait de la particularité des propriétés communes d'entreprise.

Les conséquences pratiques des sanctions usuelles du droit civil sont toujours prises en compte ; si elles s'avèrent trop perturbatrices pour le fonctionnement général de la propriété commune, elles sont écartées ou adaptées. La logique de la propriété commune domine toujours.

Conclusion du Titre

685. Comment gérer un ensemble de biens lorsqu'il existe une pluralité de propriétaires ? La seule manière est de définir et de répartir des habilitations à ces derniers ou leurs représentants. Chaque forme de propriété commune doit donc élaborer une clé de répartition permettant de résoudre le problème d'allocation. Cette clé de répartition ne se déduit pas conceptuellement de principes abstraits, mais trouve sa raison d'être dans les configurations économiques et sociologiques des propriétés communes. À chaque profil correspondent des modes de gestion plus ou moins efficaces. La tâche du droit est double : maintenir l'efficacité de la répartition et cantonner les risques suscités par elle.

Mais définir des habilitations engendre une nouvelle difficulté. Que faire lorsque les habilitations n'ont pas été respectées ? Les remèdes classiques du droit privé, à savoir la nullité ou la responsabilité, suscitent des difficultés d'application dans le champ des propriétés communes. Ici encore, les sanctions sont loin d'être automatiques : elles s'adaptent en fonction de nombreux critères, notamment extrajuridiques.

La gestion d'une propriété commune est complexe et suppose une adaptation des mécanismes classiques du droit privé. Cette adaptation ne débouche cependant pas sur des solutions arbitraires ou sur une casuistique dépourvue de logique. Certes, le régime ne se déduit pas du concept. Mais il s'explique par les profils sociologiques et économiques des propriétés communes.

Il est ainsi possible de respecter et d'expliquer la diversité des propriétés communes tout en montrant la nécessité de les appréhender dans un cadre commun.

Titre II

Jouer des biens communs

686. Tout titulaire d'un droit réel dispose de prérogatives économiques sur le bien objet de son droit. Il en va de même pour un propriétaire en commun, même si les prérogatives reçues sont très variables. L'extrême diversité des manières de répartir les habilitations juridiques se retrouve dans le domaine économique. Cette diversité n'est que le reflet des usages variés des propriétés communes.

Toutefois, la position de propriétaire en commun ne confère pas que des droits et des pouvoirs. Comme toute position juridique, elle confère aussi des devoirs et des obligations. Être propriétaire en commun, c'est obtenir le droit de recevoir une part de la richesse commune (Chapitre 1), mais être tenu également d'assumer une part des dettes communes (Chapitre 2).

Chapitre 1

Partager la richesse commune

687. Le terme de “richesse commune” est très large. Il renvoie aux effets économiquement bénéfiques de la position de propriétaire en commun. Deux grandes catégories de prérogatives peuvent être distinguées : le droit de profiter individuellement des utilités économiques engendrées par les biens communs (section 1) et le droit à recevoir une part des biens communs, lorsque la propriété commune prend fin (section 2).

Section I Partager les utilités économiques

688. Les émoluments classiques de la propriété sont synthétisés depuis des siècles par trois mots latins : *usus*, *fructus* et *abusus*. Ces trois prérogatives économiques sont évidemment transformées par le caractère commun de l’appropriation : la manière de profiter économiquement des biens est marquée le profil sociologique de chaque propriété commune. Ce ne sont pas les mêmes paramètres qui entrent en ligne de compte selon les prérogatives.

Certaines formes de propriétés communes retirent aux propriétaires le droit d’usage. Ce retrait se justifie en général par *l’affectation* des biens mis en commun à une activité particulière. L’usage des biens communs ne concerne donc que les propriétés communes non affectées : la communauté, les indivisions,

certaines sociétés civiles immobilières (§1).

Toutes les formes de propriété commune donnent aux propriétaires le droit de bénéficier des fruits et revenus produits par les biens commun (§2). Les associés sont «propriétaires» en ce sens, car ce sont eux qui ont vocation à recevoir les revenus résiduels produits par l'activité commune.

Enfin, le droit de disposer est nécessairement atteint dans sa double dimension matérielle et juridique. On ne peut admettre généralement que chaque propriétaire puisse individuellement disposer des biens communs : ce pouvoir est donc souvent dévolu à la collectivité (§3).

§ 1. Partager l'usage (*usus*)

689. Dans les formes de propriété commune non affectées, tous les propriétaires ont *vocation* à user des biens communs de manière concurrente. Pour certains actes d'usage, cette concurrence peut être *simultanée* : c'est notamment le cas des droits de chasse ou de pêche sur un terrain commun¹. Toutefois, dans la majorité des cas, l'usage ne peut être simultané : si l'un des propriétaires use du bien, il empêche un autre de le faire.

L'usage concurrent fait donc surgir un *problème d'allocation* : il faut déterminer qui peut faire quoi et dans quelles conditions. En règle générale, ce problème d'allocation peut se régler en aménageant la concurrence des droits (A). Dans d'autres cas, il est nécessaire de conférer une jouissance privative à l'un des indivisaires, ce qui ouvre droit à une indemnité au profit de la propriété commune (B).

A. L'aménagement de la concurrence

La vocation de tous les propriétaires à user du bien nécessite de définir en interne les droits de chacun. Cet aménagement est nécessaire quand bien même les propriétaires n'auraient pas conclu de convention à ce sujet (1). Mais la signature d'une convention permet cependant une meilleure répartition (2).

1. H. CAPITANT, « L'indivision héréditaire », *Rev. crit. leg. jur.* 1924, p. 34.

1. En l'absence de convention

690. Lorsque la propriété commune est adossée à des relations communautaires préexistantes, ce sont en général ces normes communautaires qui déterminent comment se répartit l'usage des biens communs. La jouissance en commun relève alors du non-droit. Si le nombre de propriétaires est réduit (comme dans la communauté conjugale ou dans l'indivision d'acquêts), la répartition sera implicite.

En revanche, les règles de fonctionnement devront être de plus en plus explicites lorsque le nombre de propriétaires en commun augmente et/ou que les liens communautaires s'affaiblissent. La coordination suppose dans ce cas l'établissement d'une référence commune, voire même l'établissement d'une gestion déléguée afin de réglementer la jouissance entre les propriétaires. Sous l'Ancien Régime, les «communautés d'habitants» (ancêtres des communes) se créèrent spontanément ainsi afin de régler l'utilisation et la jouissance des biens communaux¹. Encore aujourd'hui, si les municipalités ont reçu un monopole de gestion, les communaux relevant d'une section de commune sont cogérés par la municipalité et une «commission syndicale» représentant la communauté d'habitants ayant des droits sur ces biens (art. L. 2411-2, CGCT)².

691. En droit privé, les formes de propriété commune sont en général très peu normatives sur l'organisation de cette jouissance en commun. Dans l'indivision et dans la copropriété, la jouissance ne peut se faire qu'en respectant la «destination» des biens communs et les droits des autres copropriétaires (art. 815-9, C. Civ ; art. 9, Loi du 10 juillet 1965.). Cette formulation est issue de l'ancien article 1859 2° du Code civil relatif à la société.

Conformément au droit de la gestion concurrente, tout indivisaire peut s'opposer à l'usage irrégulier d'un bien commun. La Cour de cassation l'a explici-

1. Cf. R. DARESTE, *Nouvelles études d'histoire du droit*, Larose, 1906, p. 313 : «La communauté rurale n'est pas une institution factice créée, à un moment donné, par la volonté du législateur. Elle a existé de tout temps, par la force des choses. Partout où il y a eu des biens communaux ; or les communaux suppose l'existence de la communauté, comme la propriété suppose un propriétaire. Aussi, la règle fondamentale de notre ancien droit public, portant qu'aucun corps ne peut exister légalement s'il n'est autorisé par des lettres patentes, n'a jamais été appliquée aux communautés d'habitants». Cité par M. BOURJOL, *Les biens communaux*, LGDJ, 1989, n° 28.

2. J.-G. SORBARA, « Les biens communaux », *RD publ.* 2008, p. 1023.

tement affirmé dans le cas de l'indivision : «Tout copropriétaire est en droit de faire cesser les actes accomplis par un autre indivisaire, qui ne respectent pas la destination de l'immeuble ou qui portent atteinte à ses droits égaux et concurrents sur la chose indivise et d'agir à cet effet, ainsi que pour obtenir réparation du préjudice consécutif auxdits actes, sans attendre le partage»¹. Cet attendu, repris dans plusieurs arrêts, appelle trois remarques.

D'abord, le terme de destination renvoie ici à l'*usage normal* du bien et il doit être distingué de la notion d'affectation, qui vise dans son sens restrictif un *usage spécifique*². Si les indivisaires ont décidé d'affecter leurs biens à un usage spécifique, c'est cette affectation qui doit servir de modèle pour apprécier les modalités de la jouissance. Sinon, le juge doit simplement retenir l'usage habituel du bien en cause. De la même manière, dans la copropriété, la destination renvoie à l'usage habituel de l'immeuble. Les clauses relatives à l'usage des parties communes doivent être *compatibles* avec cette destination : ainsi n'est-il pas possible d'interdire l'apposition de plaques professionnelles dans un immeuble où l'exercice des professions libérales est autorisé³.

Une question plus délicate concerne l'étendue des droits à la jouissance lorsque les indivisaires n'ont pas la même quote-part dans la propriété commune. Le droit à la jouissance se partage-t-il par parts viriles dans tous les cas ou selon l'étendue des quotes-parts ? La question est d'importance lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 815-9 afin de régler l'exercice de ce droit de jouissance. La Cour de cassation italienne a retenu un partage par parts viriles : les indivisaires ont toujours un droit égal à l'usage des biens communs, quand bien même leurs droits sur les biens seraient inégaux⁴. La Cour de cassation française ne semble pas avoir traité de la question, mais l'expression utilisée par la loi («droit égal et concurrent») laisserait présager une identité de solution⁵.

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 15 avr. 1980, n° 78-15245, Bull. Civ. n° 109 ; D. 1981. 101, note A. BRETON, IR 231, obs. A. ROBERT ; Defrénois 1981. 112, art. 32520, note BRETON ; RDI 1980. 406, obs. J-L. BERGEL ; RTD Civ. 1981. 173, obs. GIVERDON.

2. Sur ce point, v. supra, n° 341 et s.

3. V. CA Paris, 8 fév. 2001, Loyers et copr. 2001, comm. 189 ; D. 2001. somm. 3582, obs. C. ATIAS.

4. V. F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, t. 2 : *Proprietà et diritti reali*, Giuffrè, 2007, pp. 235-236.

5. Comp. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 181-3, plaidant pour un partage soit selon

Enfin, lorsque le coindivisaire exerce une action en responsabilité, il faut différencier la réparation des préjudices communs de celle des préjudices individuels. Dans l'immense majorité des cas, le préjudice sera commun (mauvaise utilisation des biens) et l'indemnité devra être commune. Le seul cas où un indivisaire pourrait revendiquer un préjudice individuel serait un comportement discriminatoire : l'indivisaire fautif le prive *spécifiquement* de la jouissance d'un bien commun.

2. Les aménagements contractuels

692. Les propriétaires ont toujours la possibilité de répartir entre eux les modalités d'usage du bien par un contrat. Ils peuvent notamment prévoir un *partage temporel* de cet usage, sauf lorsque la nature du bien commun l'interdit¹. Cette rotation constitue le mécanisme fondamental des sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé (Loi n° 86-18 du 6 janvier 1986)². Toutefois, les propriétaires peuvent également recourir à un partage matériel lorsque la masse indivise est composée de plusieurs biens.

Le contrat organisant la jouissance ne peut attribuer aux indivisaires que des droits personnels³. Comme tous les contrats organisant une propriété commune, des hésitations peuvent survenir sur la durée de cette convention en l'absence de terme certain. La Cour de cassation a ainsi considéré que le droit d'occuper privativement un logement « jusqu'au partage » constituait un engagement à durée indéterminée, résiliable unilatéralement par l'un quelconque des indivisaires⁴. En toute rigueur, il est vrai que le partage n'est pas un événement dont

les quotes-parts, soit selon les besoins.

1. C'est le cas dans la copropriété des immeubles bâtis et de certaines indivisions forcées lorsque l'accès aux parties communes est nécessaire au bon usage des parties individuelles. La jouissance alternative d'un bien par voie de convention a longtemps été vue comme incompatible avec la qualification de société, puisqu'il n'y avait pas de « bénéfice commun ». L'élargissement du domaine de la société au XX^e siècle a rendu le débat caduc (v. F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes - Bénéfices, économies et pertes », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 15-10, 2015, n° 12 et s.).

2. Cette forme de propriété commune, construite par hybridation des mécanismes de la société civile et de la copropriété des immeubles bâtis, ne confère qu'un droit personnel à l'associé sur son lot et sur sa période (art. 1 de la loi), exactement comme un indivisaire.

3. C. ATIAS, « Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle : l'accord de l'article 815-9 et la jouissance privative d'un coindivisaire », *JCP G* 1979, I 2937, n° 7.

4. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, n° 07-21294, non publié, AJDI 2009. 470.

la survenance est certaine (on peut imaginer que jamais personne ne demande le partage). Toutefois, il est probable que les parties aient entendu considérer le partage comme un événement certain. Il serait donc préférable de garantir le droit de l'occupant jusqu'au partage effectif, d'autant plus que chaque indivisaire est en possibilité de le provoquer¹. Si la convention ne prévoit aucun terme, elle devrait être réputée conclue pour la durée de l'indivision. En effet, les contrats-organisation sont *accessoirés* aux propriétés communes qu'ils organisent ; leurs durées sont donc identiques en l'absence de clause contraire².

693. En l'absence d'accord sur l'usage, il est possible d'avoir recours au juge qui déterminera une répartition provisoire entre les propriétaires. La possibilité est mentionnée dans l'indivision (art. 815-9, C. Civ.). Quand bien même le droit de l'indivision n'est pas applicable à la tontine, la jurisprudence devrait permettre un recours au juge en cas de désaccord entre tontiniers. Rappelons cependant la différence de fondement à cette action : l'art. 815-9, applicable à l'indivision, se fait *en la forme des référés*. En revanche, dans la tontine et dans les autres propriétés communes innommées assurant une jouissance en commun des biens, le juge ne peut être saisi que par référé (art. 808 et 809, C. proc. civ.). Les conditions sont donc plus restrictives dans le second cas³.

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'allocation des droits sur les biens entre les indivisaires. Il peut notamment assurer une jouissance privative à un ou plusieurs indivisaires contre une indemnité qu'il fixe. En revanche, il est plus douteux qu'il puisse attribuer à un seul indivisaire les fruits d'un bien indivis en le dispensant de les rapporter à l'indivision⁴.

1. Dans l'arrêt précité, une demande en partage avait été faite. L'occupant plaidait, de manière quelque peu désespérée, que l'absence de terme rendait son droit d'usage et d'habitation viager. La Cour de cassation répond donc à cette branche du pourvoi.

2. La même difficulté est survenue à propos de la durée des pactes d'actionnaires. V. Cass. Com., 6 nov. 2007, n° 07-10620, non publié ; D. 2007. 1024, note B. DONDERO ; JCP G 2008 I 136, n° 8, obs. A. CONSTANTIN ; JCP E 2008. 1280, n° 5, obs. J-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

3. Cf. *supra*, n° 590.

4. Cf. C. WATINE-DROUIN, « Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis », *RTD Civ.* 1988, p. 267, p. 282. : cette mesure étant « gravement attentatoire à l'égalité des indivisaires, à la fois dans leurs droits et dans leurs pouvoirs sur la chose, il semble difficile de concevoir qu'elle relève de la compétence du président du tribunal, ici juge des référés ».

B. Le paiement d'une indemnité en cas de jouissance privative

694. Dans la copropriété, le règlement peut permettre à un copropriétaire ou un tiers d'user d'une partie commune de manière exclusive. La jurisprudence a entendu protéger ce droit en le qualifiant de droit réel perpétuel ¹. De la même manière, l'époux possède un droit d'usage exclusif sur ses biens professionnels, quoique ces derniers soient communs (art. 1421 al. 2).

Dans l'indivision, la jouissance exclusive constitue une exception. Elle peut résulter soit d'un accord contractuel, soit d'une décision judiciaire, soit du simple fait. Dans tous ces cas, l'art. 815-9 al. 2 précise que «l'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité». Tant le domaine de cette jouissance privative que la nature de cette indemnité posent des difficultés.

1. La notion de jouissance privative au sens de l'art. 815-9 al. 2.

695. La formulation du Code civil peut induire en erreur. La simple jouissance privative ne donne pas droit au versement d'une indemnité. En effet, l'indemnité «est fondée, non sur l'usage procuré à l'un des indivisaires, mais sur la privation de l'usage globalement attaché à l'indivision» ². Pour qu'il y ait indemnité, il faut que la jouissance privative porte effectivement atteinte à l'usage potentiel du bien des autres indivisaires.

Un arrêt récent illustre très bien ce point. Dans une indivision forcée (cour commune), des indivisaires avaient construit un poulailler et un jardin potager. Les coindivisaires demandaient paiement d'une indemnité d'occupation. Une telle indemnité est refusée car le coindivisaire «ne démontrait pas que le jardin et le poulailler diminuaient ou entravaient de quelque manière que ce soit son propre usage de la cour commune, notamment pour la circulation et le stationnement de ses chevaux et de ses véhicules ou encore pour l'entreposage du matériel

1. V. *supra*, n° 583.

2. C. ATIAS, *Droit civil - Les Biens*, 11^e éd., Litec, 2011, n° 203.

nécessaire aux travaux de rénovation par elle entrepris»¹. La Cour de cassation subordonne donc le paiement de l'indemnité à l'existence d'un *préjudice* des coindivisaires, que les juges du fond doivent effectivement qualifier au regard de l'usage habituel de la chose commune.

Certes, le texte ne comporte pas cette condition. Mais elle est nécessaire : le paiement de l'indemnité n'est pas la contrepartie de la jouissance, même privative, comme dans un bail². En effet, l'indivisaire a un droit à la jouissance par sa seule qualité d'indivisaire. L'indemnité vise à compenser l'éventuelle privation de l'usage concurrent du bien.

696. L'indemnisation due en cas de jouissance privative se retrouve par analogie dans toutes les formes de propriété commune où les propriétaires ont une vocation concurrente à user des biens communs. La jurisprudence a ainsi estimé que l'indemnité d'occupation était due dans la tontine, non sur le fondement de l'art. 815-9 du Code civil, puisque la tontine n'est pas une indivision, mais en vertu des «règles régissant la clause d'accroissement»³.

2. La nature de l'indemnité : un quasi-loyer ?

697. L'indemnité vise à compenser la perte de la jouissance. Cette jouissance se décompose dans le droit d'usage du bien (dans tous les cas) et dans les fruits et revenus produits par le bien (seulement pour les biens frugifères). Une jurisprudence constante établit que l'indemnité couvre à la fois l'usage et les fruits : on ne peut donc pas demander à l'occupant privatif une seconde indemnité au titre des fruits et revenus⁴. Toutefois, l'indemnité est due même si

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2014, n° 13-11304, à paraître au Bulletin ; Defrénois 2015. 258, note Ph. COLLET ; RDC 2015. 359, obs. P. BERLIOZ.

2. Selon une jurisprudence constante, l'indemnité est donc due quand bien même l'indivisaire n'occuperait pas les lieux. V. récemment Cass. Civ. 1^{ère}, 29 jan. 2011, n° 10-20229, non publié ; Defrénois 2012. 82, obs. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS.

3. Cass. Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2013, n° 12-15453, Bull. n° 168 ; RDC 2014. 425, obs. S. PELLET ; RTD Civ. 2014. 407, obs. W. DROSS ; LPA, 14 mai 2014, note G. MAHINGA ; RLDC 2014/3, n° 113, p. 56, obs. A. PAULIN. : «une indemnité d'occupation est due à la partie cotitulaire du droit de jouissance par celle qui a la jouissance exclusive du bien».

4. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 587, p. 481 et les références citées note 1.

le bien n'est pas frugifère : dans ce cas, l'indemnité ne vient que compenser la privation de l'usage subie par les autres propriétaires ¹.

Pour établir l'indemnité, la valeur locative sert en général de référence. En effet, c'est cette valeur locative qui quantifie le manque à gagner pour l'indivision : la créance d'indemnité est donc commune. L'indivisaire occupant en récupérera donc une partie au moment du partage, mais la solution est logique puisqu'il avait vocation à l'usage du bien.

Toutefois, son droit étant plus fragile que celui d'un locataire ou d'un fermier, l'indemnité est en général minorée par rapport à cette valeur ². Le phénomène se constate à la fois dans l'indivision et dans l'allotissement des biens communaux ³.

698. Même si l'indemnité n'est pas un loyer et que l'indivisaire occupant privativement un bien n'est pas un locataire, la jurisprudence n'hésite pas à appliquer par analogie certaines règles tirées du bail.

Ainsi, l'indivisaire ne payant pas l'indemnité peut se voir contraint de libérer les lieux comme le serait un locataire ne payant pas son loyer. La contrainte peut passer par une astreinte ⁴. Reste à savoir si une procédure d'expulsion serait envisageable (art. L411-1 et s., C. proc. civ. exec.), ce qui serait remarquable puisque l'occupant n'est pas sans titre. Toutefois, la Cour de cassation a refusé qu'un tiers (le liquidateur) demande l'expulsion du coindivisaire en liquidation en invoquant l'irrégularité d'une jouissance privative ⁵. La jouissance privative

1. Cf. Cass. Civ. 1^{ère}., 12 mai 2010, n° 09-65362, Bull. n° 116 ; D. 2010. 1346 ; JCP 2010, n° 1162, §11, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; RTD Civ. 2010. 587, obs. T. REVET ; Defrénois 2010. 2077, obs. N. PIERRE, ibid. 2387, obs. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; RLDC 2010/75, n° 3984, obs. B. PARANCE. : « [L'article 815-9 al. 2] n'exige pas, pour l'attribution de l'indemnité qu'il prévoit, qu'il soit établi que le bien indivis ait été productif de revenus ».

2. Cf. M. DAGOT, « Le bail du bien indivis », *JCP G* 1985, I 3178, n° 90, note 162 : « l'intérêt fondamental de ce texte (l'art. 815-9) est au contraire de permettre d'échapper aux divers statuts des baux : la jouissance du bien indivis par un coindivisaire échappe aux statuts locatifs, si les indivisaires le désirent. Rien ne leur en fait obligation : ils peuvent aussi bien se placer sous le régime locatif ».

3. M. BOURJOL, *Les biens communaux*, LGDJ, 1989, n° 386 et 387.

4. Cass. Civ. 1^{ère}., 26 oct. 2011, n° 10-21802, Bull. n° 183, D. 2011. 2729 ; JCP G 2012., doct. 999, obs. A. TISSERAND-MARTIN et doct. 465, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; Defrénois 2012. 84, obs. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; Gaz. Pal. 18 nov. 2011, p. 47, obs. J. CASEY.

5. Cass. Civ. 1^{ère}., 25 nov. 2009, n° 08-15090, non publié ; RTD Civ. 2010. 356, obs. T. REVET. La jouissance n'était que factuelle, car elle n'avait été autorisée ni par le juge ni par les

est une régulation *interne* à la propriété commune, seuls les propriétaires en commun peuvent agir.

D'autre part, la créance d'indemnité est garantie par le *privilège du bailleur* (art. 2332, C. Civ). Après avoir retenu une interprétation restrictive du domaine de ce privilège, la Cour de cassation estime que le privilège s'applique «à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit»¹.

§ 2. Partager les revenus (*fructus*)

699. La plupart des propriétés communes génèrent des revenus qui ont vocation à être partagés entre les propriétaires. Le régime de ces revenus dépend de leur origine (A) et leur distribution suit une procédure spécifique (B).

A. Les sources des revenus

700. On distingue usuellement trois types de revenus : le revenu du capital (intérêts, dividendes, etc.), le revenu du travail (salaires et assimilés) et les «revenus mixtes» ou «revenu entrepreneurial». Cette dernière catégorie vise les revenus des entrepreneurs individuels qui émanent de leur travail et de leur capital (artisans, commerçants, professions libérales).

Il est possible d'utiliser cette typologie dans le cadre restreint des propriétés communes. Comment une propriété commune s'enrichit-elle ? Par les revenus tirés des biens communs ? Par la force de travail des propriétaires ? Par du travail s'exerçant sur les biens communs ?

L'examen des formes du droit positif montre que s'il existe des propriétés communes «capitalistiques» et d'autres fondées sur le travail (1), la plupart des propriétés communes s'enrichissent grâce à des revenus mixtes (2).

autres indivisaires.

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 oct. 2011, n° 10-25257, Bull. n° 171, D. 2011. 2653, obs. A. LIENHARD ; Banque et droit, nov-déc. 2011, p. 53, obs. F. JACOB. En l'espèce, il s'agissait d'une indemnité d'occupation due par un occupant sans titre sur un terrain indivis. La généralité de l'attendu ne laisse pas de doute quant à son applicabilité à l'indemnité due par un indivisaire.

1. Les revenus du capital et du travail

701. Même s'il existe plusieurs définitions économiques de ce qu'est le capital, on peut recourir à la définition simple suivante : «ensemble des actifs non humains qui peuvent être possédés et échangés sur un marché»¹.

Les revenus du capital désignent donc des revenus tirés de ces biens sans intervention d'une force de travail : il s'agit principalement des intérêts, des dividendes et des loyers. Ils correspondent donc aux fruits civils (art. 584 C. Civ.), à l'exception des dividendes qui posent une difficulté particulière de qualification juridique². *Économiquement*, cependant, le dividende est considéré comme un revenu du capital. En effet, le titre social est un bien dont émane un revenu sans que le titulaire ait à exercer sa force de travail.

Les revenus du travail posent un moindre problème de qualification, puisque juridiquement ils correspondent aux «gains et salaires» au sens où l'entend le droit des régimes matrimoniaux.

Même si les deux types de revenus peuvent potentiellement augmenter la masse commune, ils ne possèdent pas le même degré d'importance. Alors que *toutes* les propriétés communes croissent grâce aux fruits communs, seules quelques formes admettent une croissance grâce aux gains et salaires des propriétaires.

a. Les fruits communs

702. La notion économique de revenu trouve son équivalent en droit sous la notion de *fruit*. Les définitions sont d'ailleurs identiques : «les fruits sont des biens produits par un autre bien sans diminuer ni altérer sa substance»³. Il est d'ailleurs fort probable que la notion de fruit ait été construite en prenant en compte des considérations plus économiques que juridiques. La notion de «fruit civil» (art. 584, C. Civ.) plaide en ce sens. En effet, *juridiquement*, il n'est pas évident d'associer sous une même notion les revenus «naturels» produits par

1. T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, Seuil, 2013, p. 82. La définition exclut donc le «capital humain», qui peut être à la rigueur «loué» temporairement sur le marché, mais pas possédé par une autre personne, sauf dans les sociétés esclavagistes.

2. V. infra, n° 721 et s.

3. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 123.

les cultures et le bétail avec la contrepartie versée au propriétaire par le tiers jouissant de la chose¹. En revanche, économiquement, l'assimilation prend tout son sens : elle permet de couvrir tous les revenus que peut espérer obtenir le détenteur d'un capital, *de manière directe ou indirecte*. Telle est l'unité de la notion sur le long terme, que l'on peut préserver².

703. Certaines formes de propriété commune sont clairement «capitalistiques» au sens où les revenus communs sont *principalement* des revenus du capital : il s'agit principalement des établissements de crédit, des sociétés immobilières (non familiales), des OPCVM et des copropriétés de navire. Le revenu commun provient des dividendes ou de la mise en location des biens communs.

b. Le rôle résiduel des gains et salaires

704. En droit positif, seules deux formes de propriété communes admettent que la force de travail des propriétaires puisse être "commune" : la communauté légale et certaines sociétés si un associé fait un apport en industrie³. Bien au contraire, la tendance est plutôt d'*exclure* les gains et salaires de la masse commune afin de préserver la liberté économique réelle des individus.

Il s'agit d'une différence importante entre la communauté et l'indivision d'acquêts. L'art. 515-5-2 du Code civil dispose en effet que restent «la propriété exclusive de chaque partenaire : 1°les deniers perçus par chacun des partenaires [...] 2°les biens créés et leurs accessoires». La volonté du législateur a été de ne pas permettre que les produits tirés de la force de travail puissent être communs, qu'ils s'agissent des gains et salaires ou plus directement des biens "créés"⁴.

1. Sur ce particularisme des fruits civils, v. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 15-1.

2. V. LABBÉ, S. 1878, 1. 5, obs. sous Cass. Req. 14 mars 1877, p. 7 : «Donc le caractère essentiel des fruits étant de constituer pour l'homme un revenu, une ressource périodique et renouvelée, un moyen de satisfaction, pour les besoins renaissants de l'existence humaine, partout où l'homme aménage ses ressources de manière à percevoir un revenu, il donne le caractère de fruits aux émoluments périodiques qu'il se procure».

3. Sur tous ces points, v. *supra*, n° 198 et s.

4. I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 4^e éd., LGDJ, 2015, n° 735 : «Que faut-il entendre d'abord par "biens créés" ? Les créations visées sont certainement celles qui résultent de l'industrie de l'un ou l'autre des partenaires. Outre les fonds de commerce, sont vraisemblablement visées les clientèles civiles et artisanales, les exploitations ou fonds agricoles, les œuvres littéraires et artistiques...»

Comme l'indivision successorale, l'indivision d'acquêts est une masse strictement capitalistique : sa valeur ne peut augmenter que par l'ajout de nouveaux biens ou par les fruits émanant du capital indivis (art. 815-10, C. Civ.)¹.

Toutefois, cette volonté de séparer travail et capital se heurte à toutes les situations où la force de travail est exercée sur des biens communs. Les revenus sont alors dits mixtes, puisqu'ils résultent de l'alliance indissoluble d'un capital et d'un travail (indépendants et professions libérales).

2. Le travail sur les biens communs (revenus mixtes)

705. Les revenus mixtes forment un point aveugle du droit civil. Il faut comprendre les origines de cette difficulté pour tenter de la lever.

a. Histoire d'un oubli

706. Il existe une forte affinité entre l'esprit du Code civil de 1804 et les conceptions des Physiocrates². Pour ces derniers, seule l'agriculture constitue une activité productive. La création de valeur provient exclusivement de la terre et de l'accroissement naturel³. Cette valeur transite ensuite dans l'économie via le commerce et l'industrie, mais ces activités sont «stériles», puisqu'elles ne font que transformer une matière déjà existante⁴. Ces idées font écho à l'insistance du Code sur les fruits naturels, distingués des fruits industriels, alors même que les premiers pourraient être assimilés aux seconds⁵. Elles expliquent également

1. S. GAUDEMET, « PACS et principe participatif » in *Quelle association patrimoniale dans le couple ?*, Dalloz, 2010, p. 95–110, p. 101 : «L'indivision optionnelle du PACS s'accroît des seuls investissements, non des revenus qui restent personnels à celui qui les perçoit».

2. Il est cependant difficile de tracer un lien de causalité, car les travaux préparatoires n'en font pas explicitement mention.

3. Il faut distinguer entre les positions de Quesnay et Mirabeau, d'une part, et celle de Turgot, d'autre part, le second étant plus nuancé. Quesnay distinguait trois ordres dans la société : les propriétaires (terriens), les producteurs (fermiers) et la classe «stérile» (tout le reste). Turgot évolua vers une distinction plus prometteuse entre capitalistes et salariés (v. sur tous ces points, C. JESSUA, *Histoire de la théorie économique*, PUF, 1991, p. 62 et s., spéc. p. 66, 89 et 104.)

4. F. QUESNAY, « Dialogue sur les travaux des artisans (1767) » in *François Quesnay et la Physiocratie*, PUF-Ined, 1958, p. 892. : «L'origine, le principe de toute dépense et de toute richesse est la fertilité de la terre, dont on ne peut multiplier les produits que par ces produits mêmes». La circulation des richesses fut formalisée par Quesnay dans son fameux Tableau.

5. Art. 583, Code civil : «Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. Les fruits industriels

le silence assourdissant autour de la richesse produite par l'artisanat ou par les "arts libéraux", qui n'est pas analysée comme émanant d'un capital productif, et partant comme relevant du droit des biens. Pour le Code civil, comme pour tout l'Occident avant le XIX^e siècle, il n'est de richesse que de terres¹.

Malheureusement, la suite de l'histoire devait donner tort aux Physiocrates. La production agricole vit sa part dans la production nationale chuter à la fin du XIX^e siècle : la valeur fut créée par l'industrie et par le développement des services. Affirmer que seule l'activité agricole puisse dégager des profits devient intenable. D'une évidence à l'autre : il n'est de richesse que d'*entreprises*. La valeur est créée par une alliance entre capital et travail permettant la production et la vente de biens sur un marché. La logique touche désormais toutes les activités productives, y compris les plus anciennes. La création du fonds agricole sur le modèle du fonds de commerce ou la question de la participation de "capitalistes" dans les sociétés d'exercice de professions libérales sont autant de symptômes de ce mouvement.

707. Comme les entreprises sont souvent organisées sous forme sociétaire, les revenus communs sont généralement des revenus mixtes². On aurait pu alors s'attendre à ce que la notion de fruit soit profondément remaniée, mais il n'en fut rien. La raison tient à l'explosion du salariat et par voie de conséquence à la dissociation juridique entre le capital et le travail au sein de "l'entreprise". Le capital va être l'affaire du droit des sociétés ; le travail va être l'affaire du droit social. L'un des symboles les plus frappants du «tournant capitaliste» du droit des sociétés est l'éviction de l'apport en industrie. Pour un juriste du XVIII^e

d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture». Les deux types de fruits nécessitent pourtant l'intervention de la force de travail (cf. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3 : *Les Biens*, LGDJ, 1926, n° 777 : «Cette distinction ne sert à rien».).

1. Cf. la remarque pénétrante de Hume : «Je n'ai pas souvenir d'un seul passage, chez les auteurs anciens, où l'essor d'une cité soit attribué à l'établissement d'une manufacture» (D. HUME, *Du nombre des hommes dans les nations anciennes in Essais moraux, politiques et littéraires*, t. 2, Vrin, 2009, p. 173.).

2. C'est le cas dans les propriétés communes d'alliance ou dans les propriétés communes d'entreprise. La différence entre ces deux idéaux-types vient de l'origine du travail : dans les propriétés communes d'alliance, le travail provient des propriétaires eux-mêmes. Dans les propriétés communes d'entreprise, le travail est généralement salarié. Les petites entreprises familiales marquent la transition, avec souvent un cumul de salariés et de l'industrie personnelle du gérant.

siècle, il est *naturel* qu'un associé travaille à l'entreprise commune (sauf s'il est commanditaire)¹. L'entreprise, point de rencontre entre le marché de capitaux et le marché du travail, cherchera à retrouver une unité juridique tout au long du XX^e siècle - sans véritablement y parvenir. La conséquence de cette dissociation est qu'*au niveau individuel*, soit l'on est salarié (et il s'agit d'un revenu du travail), soit l'on est actionnaire (et il s'agit d'un revenu du capital).

708. Les revenus mixtes ne vont plus concerner que la minorité des indépendants. Or ces derniers sont soumis à des hésitations importantes quant à la qualification de leur activité.

Prenons le cas de l'indivision d'acquêts, dans laquelle les acquêts sont communs mais où tous les fruits du travail restent propres. Le travail exercé sur un bien acheté et ayant conduit à sa transformation suffit-il à le rendre propre² ? Le fonds de commerce acquis pendant la durée de l'indivision et exploité par un seul partenaire est-il un acquêt indivis ou un bien propre³ ?

Le problème se rencontre également dans les indivisions post-communautaires. L'hypothèse type est celle du travail d'un indivisaire sur un bien indivis (fonds de commerce, clientèle civile) ayant entraîné une plus-value de ce dernier⁴. Les indivisaires n'étant pas ou plus des époux, leur force de travail n'est pas "commune"⁵. Reste à déterminer comment rémunérer ce travail. Faut-il considérer que leur travail s'assimile à une *dépense d'amé-*

1. Le retour de l'apport en industrie au début du XXI^e est la marque de l'essoufflement du capitalisme industriel et du renouveau des formes sociales fondées sur l'implication active des détenteurs du capital.

2. Comp. sur le problème du "bien industriel" en régime de communauté, S. BECQUET, *Le bien industriel*, préf. de T. REVET, LGDJ, 2005, n° 160 : «A la différence de la simple plus-value, extension du bien préexistant - et elle-même propre, par interprétation a fortiori de l'article 1406 -, le bien industriel résultant de la spécification puise sa cause décisive dans l'industrie d'un époux, et non dans la chose qui a concouru à sa fabrication».

3. I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 4^e éd., LGDJ, 2015, n° 735, en faveur de la qualification de propre.

4. La plus-value est «un accroissement de la chose, mais à la différence des fruits, c'est un supplément de valeur qui n'a pas d'existence propre : elle peut être définie comme la constatation comptable d'un supplément de capital» (A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM, 1999, n° 38.)

5. Cf. J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois* 1975, p. 145-202, p.166 : «Le débat se situe à un moment où, s'il est vrai que ceux-ci [les revenus du capital] accroissent encore à la masse, ceux du travail ne tombent plus en communauté et ne sont pas davantage susceptibles de tomber en indivision».

lioration du bien commun (art. 815-13, C. Civ), ce qui permet de revendiquer l'intégralité de la plus-value ? Ou s'analyse-t-il comme la *gestion* d'un bien indivis, lui donnant seulement droit «à la rémunération de son activité» (art. 815-12, C. Civ) ? Après avoir hésité, la Cour de cassation s'est ralliée à la seconde solution¹. La solution est conforme à la lettre des textes. Pourtant, elle aboutit à rendre commune la force de travail puisque la plus-value créée par son travail est commune. Économiquement, l'indivisaire est en réalité traité comme un salarié de l'indivision : il a droit à une rémunération, mais toute la valeur ajoutée produite par son travail ira à son "employeur", la masse commune. N'est-ce pas une situation un peu trop "communautaire" pour une indivision ?

Il existe donc une difficulté dans l'appréciation par le droit civil des revenus mixtes, c'est-à-dire des revenus produits par une alliance entre travail et capital. En effet, le Code civil ne peut penser un partage de la plus-value entre le capital et le travail. Les articles 570 et 571 en témoignent : si l'industrie s'exerce sur une matière dont on est pas propriétaire, le bien formé va au propriétaire de la matière (à charge pour lui de payer le prix de la main d'œuvre). L'autre solution est de prouver que la main d'œuvre était déterminante, ce qui permet de rendre le bien propriété du travailleur, à charge pour lui de payer le prix de la matière. Cette doctrine est binaire et rudimentaire : toutes les situations sont ramenées à une forme de salariat (art. 570) ou de vente (art. 571). Elle continue à empêcher un véritable partage de la plus-value entre l'individu et la masse commune lorsqu'un propriétaire travaille sur un bien commun.

Cette difficulté doit être levée.

b. Pour un nouveau régime des fruits et plus-values industrielles

709. Le droit civil connaît pourtant une institution rendant compte des richesses produites par une alliance entre capital et travail : le fruit industriel. Malheureusement, cette notion est aujourd'hui inadaptée, tant pour rendre compte

1. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 jan. 1994, n° 91-18104, Bull. n° 10 ; D. 1994. 311, note R. CABRILLAC ; Defrénois 1994. 430, art. 35761, obs. AYNÈS ; JCP 1994. I. 3785, n° 3, obs. Ph. SIMLER ; RTD Civ. 1994. 642, obs. F. ZENATI ; RTD Civ. 1996. 231, obs. B. VAREILLE. : «L'indivision post-communautaire s'accroît de la plus-value du droit de présentation sous réserve de l'attribution de son travail, conformément à l'article 815-12 du code civil».

des revenus engendrés par les entreprises que pour les plus-values créées par un indépendant sur son fonds.

Les bénéfices d'une société commerciale peuvent difficilement être qualifiés de fruits industriels, car dans l'optique du Code civil le fruit industriel reste une émanation d'un capital naturel¹. D'autre part, les bénéfices ne résultent pas de la seule production des biens, mais surtout de leur vente. Le marché n'est plus un simple moyen de faire circuler les richesses, il est un facteur de richesses. Afin de prendre en compte cette dimension essentielle dans les économies contemporaines, le Professeur Revet a proposé le vocable de «fruit néo-industriel», qui permet à la fois de se rattacher à l'article 583 et de s'en distancer². Dans les propriétés communes d'entreprise, les revenus communs sont donc des fruits «néo-industriels» dans leur immense majorité.

710. La notion de plus-value industrielle désigne la plus-value engendrée par le travail d'un indépendant sur un fonds. L'indépendant «cultive» son fonds, qu'il soit agricole, de commerce ou civil. Il est d'ailleurs tenu économiquement (et parfois juridiquement) de l'exploiter³. Puisque la plus-value trouve sa source à la fois dans le capital et dans le travail, alors elle doit être partagée entre le capital et le travail, selon la part de chacun des éléments dans l'élaboration de cette plus-value. L'indivisaire exploitant qui a développé pendant l'indivision post-communautaire son fonds a droit à une part de cette plus-value, estimée par

1. Cf. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 123 : «Juridiquement, la cause éminente des fruits industriels n'est pas moins la terre. Aussi décisif que puisse-t-il être *in concreto*, le travail ne fait pas de ces fruits des biens qui auraient une origine et une nature mixtes».

2. Cf. T. REVET, *RTD Civ.* 2007, p. 149, obs. sous Cass. Com. 28 nov. 2006, p. 154 : «Organisation productive, l'entreprise reproduit le schéma de la fructification industrielle, mais dans l'ordre des sources artificielles de richesses : elle est un ensemble de moyens agencés (et non pas donnés) afin de produire des biens, sans diminution ni réduction de leur source, étant précisé que, dans une économie de marché, la commercialisation est incluse dans la production : l'échange des biens et services constitue le stade ultime de leur création, le but vers lequel elle est entièrement tendue. Dans ces conditions, ne s'impose-t-il pas de considérer que les sommes obtenues en contrepartie de cet échange participent substantiellement, de la nature des fruits industriels, puisqu'elles sont le résultat de la mise en œuvre d'un capital productif - des "néo-fruits industriels"- ?». Comp. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3 : *Les Biens*, LGDJ, 1926, n° 777, note 2 : «il faut bien se garder de considérer comme fruits industriels les revenus d'une usine qui sont des fruits en argent provenant de vente».

3. Cf. C. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.* 2014, p. 795.

le juge, et non à la simple rémunération de son travail. Est-ce si contraire à l'art. 815-12 ? Le texte vise la gestion des biens indivis : le but est d'éviter l'abandon des biens¹. Le texte n'entendait pas couvrir les cas de l'exploitation professionnelle d'un fonds. Or l'exploitation n'est certes pas un impense au sens de l'art. 815-13, mais est beaucoup plus qu'une simple «gestion» au sein de l'art. 815-12 du Code civil. Le juge devrait se sentir libre d'attribuer à l'indivisaire exploitant un pourcentage de la plus-value générée à titre individuel, en récompense de son travail qui n'appartient pas (ou plus) à la propriété commune.

711. Au final, peut-être faudrait-il mieux distinguer des types d'industrie dans l'indivision. Le travail de gestion courante relève de l'art. 815-12 du Code civil et ouvre droit à une rémunération «simple» ; l'exploitation professionnelle d'un bien ouvre droit à un partage de la plus-value entre la masse commune et le travailleur².

Reste le cas de «l'amélioration» d'un bien au sens de l'art. 815-13 du Code civil. L'amélioration d'un bien n'est pas son exploitation : une amélioration est toujours facultative et ne peut viser un travail professionnel³. Il s'agit d'un *investissement spécifique* visant à augmenter la valeur patrimoniale d'un bien particulier. C'est donc plus qu'une simple gestion (art. 815-12), visant en priorité à préserver la valeur des biens. Il n'existe aucun obstacle à ce que le travail constitue une telle amélioration⁴. La Cour de cassation l'a d'ailleurs reconnu avant de

1. Cf. supra, n° 498.

2. Comp. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM, 1999, n° 811 et s. qui distingue le sort du fonds de commerce et du fonds libéral. Dans un fonds de commerce, «pour lesquels les éléments “matériels” sont tout aussi déterminants que le facteur “humain”, il devrait y avoir *présomption de gestion* de la part de l'indivisaire qui en poursuit l'exploitation» (n° 859). En revanche, dans un fonds libéral, l'indivisaire «conserve tous les revenus tirés du bien mais doit verser une indemnité de jouissance exclusive et ne peut prétendre à aucune rémunération au titre de “gérant” d'un bien indivis» (n° 861).

3. Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 1996, n° 94-14632, Bull. n° 222, JCP N 1997. II. 702, note J. PIÉDELÈVRE ; JCP 1996. I. 3968, n° 4, obs. R. LE GUIDEC ; ibid. 3972, n° 11, obs. PÉRINET-MARQUET ; ibid. 1997. I. 4008, n° 17, obs. TISSERAND ; RTD Civ. 1997. 713, obs. J. PATARIN ; RDI 1996. 535, obs. J.-L. BERGEL. (l'exploitation d'une pharmacie ne peut entraîner l'application de l'art. 815-13).

4. Il faut cependant tenir compte des éventuels matériaux achetés en commun. Dans cette situation, «pour liquider loyalement la plus-value industrielle procurée par le bénévole, la seule façon correcte de faire eût été de mesurer d'abord par soustraction la plus-value globale que les travaux ont occasionnée à l'immeuble, puis d'apprécier la proportion que la main d'œuvre y a prise par rapport au prix des matériaux achetés en commun, et enfin d'appliquer ceci à cela» (B.

se rétracter¹. Il est étrange que celui qui fait une dépense en argent ait droit à la plus-value, alors que celui qui travaille n'y a *officiellement* pas droit².

De même que la communauté devrait être fondée à demander récompense à l'époux pour le travail sur ses propres, l'indivisaire travailleur devrait être fondé à invoquer le "profit subsistant" lorsqu'il améliore un bien indivis. Tout simplement parce que la force de travail "appartient" à la communauté légale, alors qu'elle n'appartient pas à l'indivision.

712. En résumé, les plus-values et les fruits industriels pourraient obéir selon nous au régime suivant :

(i) Le fruit industriel est commun (resp. individuel) si à la fois la force de travail et les biens sont communs (resp. individuels)³.

(ii) Si la force de travail est commune, le travail d'amélioration effectué sur un bien individuel devrait donner lieu à récompense (communauté)⁴.

(iii) Si la force de travail est individuelle et qu'elle s'exerce sur un bien commun, alors il faut distinguer selon le type de travail : un travail de gestion donne lieu à rémunération, la plus-value et les fruits étant communs ; un travail d'exploitation devrait donner lieu à un partage des fruits et de la plus-value entre masse commune et travailleur ; un travail d'amélioration doit permettre l'attribution de toute la plus-value au travailleur (art. 815-13, C. Civ.).

VAREILLE, *RTD Civ.* 2007, p. 801, obs. sous Cass. Civ1. 13 mars 2007.).

1. Il s'agissait dans les deux espèces de travaux réalisés par des concubins sur l'immeuble indivis. Pour l'application de l'art. 815-13, v. Cass. Civ. 1^{ère}., 13 mar. 2007, n° 05-13320, Bull. n° 109 ; JCP 2007. I. 197, n° 4, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; LPA 19 mars 2008, obs. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; Defrénois 2008. 1093, note D. FIORINA ; RTD Civ. 2007. 801, obs. B. VAREILLE. En sens contraire, v. Cass. Civ. 1^{ère}., 23 juin 2010, n° 09-13688, Bull. n° 146, D. 2010. Actu. 1708 ; Defrénois 2010. 2380, obs. D. FIORINA ; JCP N 2011, n° 1001, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; RLDC 2010/74, n° 3945, obs. POULIQUEN.

2. *Officiellement*, car rien n'empêche le juge d'évaluer souverainement la «rémunération» du travailleur à hauteur de la plus-value engendrée. Il ne s'en prive pas, d'ailleurs (cf. D. FIORINA, Defrénois 2010, p. 2380, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 23 juin 2010.)

3. L'expression «force de travail commune» est une facilité de plume. Est visé le cas où les fruits du travail sont automatiquement communs (v. supra, n° 196 et s.).

4. La jurisprudence est contraire. V. supra, n° 202 et s.

B. La distribution des fruits et revenus

713. Les revenus peuvent être consommés ou épargnés. Dans une propriété individuelle, la volonté du propriétaire individuel suffit à opérer le choix. Dans une propriété commune, il est nécessaire de prévoir une habilitation permettant d'exercer ou non cette option. Les propriétaires en commun peuvent en effet souhaiter consommer les revenus accumulés durant une période ou bien les épargner afin d'augmenter la masse commune.

Par défaut, les revenus communs vont à la masse commune. Cependant, la plupart des formes de propriété commune ouvrent la possibilité d'opérer une distribution périodique des revenus par une décision libre (1). Économiquement simple, l'opération pose néanmoins un certain nombre de difficultés juridiques notamment quant à la qualification de la somme ainsi distribuée (2).

1. Distribution et partage

714. Afin de permettre une éventuelle consommation des fruits et revenus par les propriétaires en commun, la plupart des formes prévoient la possibilité de distribuer ces fruits et revenus. Cette opération de distribution a en général un régime beaucoup moins restrictif qu'une opération de partage. Le partage, même partiel, porte atteinte au capital, tandis que les distributions ne concernent que les gains. Dans l'esprit patrimonial du Code civil, le capital doit être préservé : seuls les fruits et revenus ont vocation à être consommés. C'est ainsi qu'agit le « bon père de famille »¹. Au sein de la propriété commune, la différence entre *distribution* et *partage* n'est que le reflet d'une tendance lourde du droit civil.

715. L'opération de distribution est toujours une *faculté*, et non une obligation. Le point mérite d'être souligné, surtout dans le droit des sociétés². Rappelons en effet qu'un associé - et *a fortiori* un actionnaire - ne s'enrichit pas

1. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. « Quadrige », PUF, 2004, n° 722, p. 1621 : « L'idée générale est que les fruits ont physiquement moins de consistance économique, moins de valeur que le capital ; que socialement ils sont destinés à être dépensés périodiquement pour faire face aux besoins continus de l'ayant droit, qu'il est dès lors difficile de suivre leur emploi à la trace ».

2. T. MASSART, « La société sans dividendes » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 525-542.

seulement par le versement de dividendes. Il s'enrichit également par la prise de valeur de ses titres sociaux, ce qui est une forme de «partage des bénéfices» (art. 1832, C. Civ.). Or la valeur des titres est globalement corrélée à la valeur de l'actif net, nonobstant les aléas boursiers (bulles) et les anticipations de croissance.

L'existence même des OPCVM de capitalisation montre que la distribution de dividendes n'est pas une nécessité. Dans les sociétés ordinaires, le fait de ne pas distribuer de dividendes, même durant une longue période, n'a jamais caractérisé *en soi* un abus de majorité. L'abus n'est caractérisé que si les bénéfices sont thésaurisés en vue de favoriser les majoritaires¹. Ainsi, s'il existe indubitablement au sein des grandes sociétés une «contrainte du dividende», cette contrainte est d'ordre économique et financière, et non juridique².

Dans l'indivision, chaque indivisaire a également le droit de demander sa part annuelle dans les bénéfices (art. 815-11, C. Civ.). Toutefois, en cas d'opposition des autres indivisaires, le juge est libre de refuser cette distribution³.

716. La différence nette de régime entre distribution et partage oblige à définir un critère précis de chacune des opérations. A priori, les choses devraient être simples : si les propriétaires en commun reçoivent du capital, c'est un partage ; si ce sont des fruits et revenus communs, c'est une distribution. Le problème est que s'il était aisé de différencier la récolte (le fruit) du champ (le capital), il est nettement plus difficile de tracer une séparation entre un revenu monétaire et un capital monétaire⁴.

1. V. la jurisprudence citée par F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes - Bénéfices, économies et pertes », *J-Cl. Sociétés*, fasc. 15-10, 2015, n° 56 et s.

2. Sur le phénomène, v. A. COURET, « La contrainte du dividende dans les sociétés par actions » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 239-270.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mar. 1999, n° 97-11972, Bull. n° 99 ; JCP 1999. I. 175, obs. H. PÉRINET-MARQUET, *ibid.* 278, n° 5, obs. LE GUIDEDEC ; RTD Civ. 1999. 887, obs. J. PATARIN.

4. En réalité, les difficultés dans la distinction fruit/produit existent déjà à propos des arbres. V. par exemple l'art. 594 du Code civil qui attribue les arbres fruitiers arrachés par accident à l'usufruitier. Comme le note François Dagognet : « Nous entrons dans des discussions interminables et minimes, mais répétons qu'on réglera les problèmes les plus aigus de la vie moderne par référence à ces bases de sylviculture sur lesquelles nous allons revenir ; on calque donc le nouveau sur cet ancien : ainsi les fruits de l'arbre deviennent le loyer ou le dividende de tel ou tel titre (fiduciaire). Et si une société distribue à ses actionnaires une partie de ses réserves, il s'agit alors d'une opération qui ne se confond pas avec celle qui consiste à la réception annuelle des bénéfices - on retrouve alors la distinction entre les "produits" et les "fruits" - : le fisc taxera davantage l'une que l'autre, bien qu'elles soient toutes deux de même nature » (F. DAGOGNET,

Deux raisons à cela : d'abord, le revenu étant de même nature que le capital, il faut établir une comptabilité afin de ne pas "distribuer" en réalité du capital. Que ce soit dans l'indivision ou dans les sociétés, l'établissement d'un bilan comptable est donc une nécessité¹. Ensuite, il est difficile de dire si un revenu non distribué conserve sa nature de revenu distribuable ou se capitalise. Cette difficulté est très importante dans les propriétés communes et aucune forme ne la règle de manière satisfaisante.

717. Dans l'indivision, la loi ne dit rien sur le statut des bénéfices annuels non distribués. Trois solutions sont possibles : (i) lecture littérale de l'article 815-11 du Code civil : seule la part «annuelle» des bénéfices peut être demandée. Par conséquent, un bénéfice annuel non distribué se capitalise et devient non distribuable (ii) les bénéfices annuels restent distribuables, mais la prescription de l'article 815-10 al. 3 a vocation à s'appliquer. On en déduit que les bénéfices non distribués se capitalisent au bout de cinq ans² (iii) les bénéfices non distribués ne se capitalisent pas, ils restent toujours distribuables³. Il existe de bons arguments juridiques en faveur des trois solutions, sans qu'aucun de ces arguments apparaisse définitif.

718. Le droit des sociétés peut-il aider ? Les bénéfices non distribués sont inscrits dans un compte de réserve, qui reste distribuable. Pour autant, les ambiguïtés ne sont pas éteintes. En effet, un fort courant doctrinal considère que la mise en réserve opère capitalisation. L'enjeu apparaît en cas de démembrement de titres sociaux : si les réserves sont qualifiées de capital, c'est le nu-propriétaire qui doit en bénéficier⁴. En revanche, si les bénéfices non distribués ont conservé

Philosophie de la propriété, PUF, 1992, p. 154.). Sur le problème très actuel de la qualification des distributions de réserves, v. *infra*, n° 718.

1. Ainsi, en matière d'indivision, la jurisprudence subordonne la distribution des bénéfices annuels à l'établissement d'un compte de gestion (Cass. Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1993, n° 91-15476, non publié ; Defrénois 1994. 433, obs. L. AYNÈS.).

2. C. WATINE-DROUIN, « Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis », *RTD Civ.* 1988, p. 284.

3. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 185-2, qui fait remarquer que la déchéance de l'article 815-10 al. 3 n'est peut-être pas applicable à cette question.

4. V. en ce sens Cass. Civ., 5 fév. 1890, D. 90. 1. 300 ; S. 93. 1. 471. : les réserves, « n'ont pas le caractère de dividendes distribuables aux associés suivant un compte spécial ouvert à leur crédit, mais bien celui d'une épargne sociale régulièrement employée par la société à l'amélioration

leur nature de fruits, c'est l'usufruitier qui doit les percevoir¹. Le statut juridique des réserves est en réalité *intermédiaire* entre le capital social au sens strict, ne pouvant être distribué que par réduction de capital, et les bénéfices de l'exercice en cours. Le problème est que le droit des sociétés ne connaît que deux régimes : la réduction de capital (assimilable théoriquement à un partage partiel) et la distribution des fruits et revenus. D'où un régime ambivalent : les réserves sont distribuables aussi facilement que les bénéfices (art. L232-11 al. 2, C. Com.), mais sont néanmoins considérées comme des produits (et non comme des fruits) par la Cour de cassation. Elle considère en effet dans un arrêt de principe que c'est le nu-propiétaire qui a droit à ces réserves, et non l'usufruitier².

719. Le sort des primes d'émission est encore plus ambigu. La prime d'émission est en général assimilée à un apport complémentaire, ce qui donc la range du côté du capital³. Toutefois, la jurisprudence admet depuis longtemps que ces primes d'émission sont distribuables. La solution, bien qu'ancienne, suscite la perplexité : si la prime d'émission est assimilée à un apport, comment pourrait-elle suivre le régime des bénéfices et réserves⁴ ? Un rapide examen des

de son propre fonds ; [...] elles ne peuvent être considérées comme des fruits civils revenant à l'usufruitier des actions, en vertu de l'article 586 C. Civ., indépendamment de toute distribution régulièrement convenue et effectuée, mais au contraire comme un accroissement de l'actif social revenant en principe aux propriétaires des actions».

1. En faveur du droit de l'usufruitier sur les réserves, v. R. MORTIER et Y. KERAMBRUN, « Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul ! », *JCP N* 2009, 1264. Comp. A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. de T. REVET, Dalloz, 2013, n° 179, p. 195, qui distingue selon que la distribution se fait en numéraire ou par l'émission de nouvelles parts sociales.

2. Cass. Com., 27 mai 2015, n° 14-16246, FS P+B+R+I, *JCP G* 2015 767, p. 1279, note A. TADROS ; *JCP E* 2015, n° 29, note H. HOVASSE ; *LPA* 13 juillet 2015, p. 9, note P.-L. NIEL. : « Attendu que dans le cas où la collectivité des associés décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-propiétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution revenant aux parts sociales grevées d'usufruit, de sorte que l'usufruitier se trouve tenu, en application du premier des textes susvisés, d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit et qui, prenant sa source dans la loi, est déductible de l'actif successoral lorsque l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ».

3. La jurisprudence la qualifie de « supplément d'apport » (Cass. Com., 9 juil. 1952, *JCP* 1953 II. 7742.).

4. Le droit fiscal ne s'y trompe d'ailleurs pas, puisqu'il analyse la distribution d'une prime d'émission non comme un revenu distribué, mais comme un remboursement d'apport (art. 112, CGI). On ne saurait cependant considérer que la mention de l'opération par le droit fiscal implique sa régularité. En effet, la notion fiscale de « revenu distribué » couvre également les distri-

droits européens montre que la difficulté est sérieuse : les droits français, italien et espagnol autorisent la distribution des primes d'émission ; le droit allemand l'interdit dans les AG, mais l'autorise dans les GmbH¹ ; le droit anglais l'interdit dans toutes les sociétés depuis 1948 (la distribution d'une prime d'émission ne peut se faire que par réduction de capital)². Quant à la seconde Directive (2012/30/UE), elle choisit de ne pas aborder la question³.

720. Ces exemples montrent que la distinction capital/fruit, née dans le monde agricole où elle renvoie à une réalité physique tangible, n'est peut-être pas adaptée à un univers monétaire où se pose nécessairement la question du statut des fruits et revenus non distribués. Rappelons qu'historiquement, la société se caractérise par le fait que les apports ne peuvent pas être récupérés par les associés avant la dissolution. La société permet, contrairement aux autres formes de propriété commune, de «verrouiller» la masse commune (*lock-in*). Mais est-il bien raisonnable de réduire le capital «verrouillé» au capital nominal, alors qu'aujourd'hui la valeur nominale du capital social n'a quasiment plus aucune signification économique ? Est-il vraiment justifié de permettre une libre distribution des primes d'émission, sans accorder la moindre protection aux créanciers sociaux⁴ ?

butions irrégulières (cf. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 5^e éd., LGDJ, 2014, n° 304.).

1. T. BACHNER, *Creditor Protection in Private companies : Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2009, p. 110.

2. À propos de la solution antérieure (qui est celle du droit français) : GOWER, P. L. DAVIES et S. WOTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 9^e éd., Sweet & Maxwell, 2012, §11-6 : «This was, of course, a ridiculous rule, except on the basis that it might be an indirect way of getting subverting the capital-based distribution rules». Cette opinion doctrinale n'est cependant pas majoritaire : lors de la réforme de 2006, un retour au principe de libre distribution fut demandé.

3. L'art. 15 interdit de distribuer les réserves non-distribuables sans passer par les formalités de réduction de capital, mais la Directive laisse les États libres de décider si le compte des primes d'émission est une réserve distribuable ou non.

4. Ces derniers ne bénéficient pas des protections offertes par les réductions de capital non motivées par des pertes (art. L. 225-205, C. Com.). Les porteurs de titres donnant accès au capital sont un peu mieux protégés puisque les distributions de primes d'émission sont assimilées à des distributions de réserves (d'abord par la jurisprudence, puis par la loi, cf. art. L. 228-99 al. 1, C. Com.).

2. L'analyse juridique de la somme reçue : la part, bien frugifère ?

721. La décision de distribution se fait selon les formes prévues par l'habilitation. Dans les sociétés, elle procède obligatoirement de l'assemblée générale, par un «acte juridique unilatéral»¹. Par cette décision, les fruits et revenus communs sont donc partagés entre les propriétaires. Du point de vue individuel, la position d'associé ou d'indivisaire ouvre une possibilité de recevoir une part des bénéfices communs. Il s'agit simplement d'une possibilité : les fruits et revenus communs vont par principe à la masse commune. La distribution doit être décidée et on ne saurait instaurer un droit *individuel* sur les bénéfices communs tant que cette décision n'a pas été prise. Le propriétaire a tout au plus une *vocation* à recevoir les bénéfices communs ; il n'a pas de droit direct sur eux. Dans le cas contraire, les fruits communs restent soumis aux règles de gestion de la propriété commune en cause (indivision, société, etc.). Cet acte juridique n'est cependant pas un *partage*, car les propriétés communes distinguent précisément ce qui relève du partage (touchant le capital) et ce qui relève de la distribution (touchant les revenus produits par la masse commune).

722. Cette description assez simple va être fortement perturbée en droit des sociétés. En effet, lorsque la jurisprudence eut à déterminer les droits des associés sur les bénéfices non distribués, notamment à l'occasion de cessions de droits sociaux, elle crut que la réponse allait se trouver dans la nature des fruits (civils ou industriels). Malheureusement, le problème n'est pas là : l'établissement du droit individuel d'un propriétaire en commun sur les fruits ne dépend pas de la nature de ce fruit, mais simplement de la forme de propriété commune. La jurisprudence a donc très justement abandonné cette discussion pour affirmer simplement que l'associé n'a pas de droit acquis sur les bénéfices non distribués².

1. Cf. Cass. Com., 12 fév. 2008, n° 05-17.085, Bull. n° 33, Dr. Sociétés 2008, n° 5, p. 43, obs. J-L. PIERRE ; JCP N 2008, n° 16, p. 36, obs. H. HOVASSE ; D. 2008. 1113, note D. R. MARTIN ; Bull. Joly 2008. 338, note A. COURET ; RTD Civ. 2008. 325, obs. T. REVET. qui exclut la qualification de contrat et donc de «transmission de propriété à titre onéreux».

2. Cass. Com., 23 oct. 1990, n° 89-13999, Bull. n° 247 ; D. 1991. 173, note Y. REINHARD ; JCP N 1991. II. 97, note MARTEAU-PETIT ; RTD Civ. 1991. 361, note F. ZENATI. V. également Cass. Com., 5 oct. 1999, n° 97-17377, Bull. n° 163 ; Gaz. Pal. 2000. Somm. 396, note D. GUÉVEL ; D. 2000. 552, note G. MORRIS-BECQUET ; JCP E 2000. 612, note R. BESNARD-

Pour tenter de justifier cette séparation entre droit individuel et droit collectif, l'idée fut de dire que si les bénéfices émanent de la masse commune (l'actif social), le dividende lui émane du titre social¹. Avec tout de même une difficulté sérieuse : si le titre social est un bien parfaitement autonome et distinct de la masse sociale, comment un bénéfice émanant de l'actif social peut-il se transformer en émanation d'un autre bien ? Comme l'a noté un auteur, c'est de «l'alchimie»².

723. Cette alchimie ne peut se comprendre qu'eu égard à la structure particulière des droits sociaux. En effet, le titre social est un bien fictionnel issu d'une réification des droits, devoirs et pouvoirs attachés à la position d'associé³. Or, la position d'associé ouvre une vocation à une part des bénéfices (le dividende). Cette vocation au dividende fait partie du contenu du titre. Par conséquent, rien n'empêche de pousser la fiction de la réification jusqu'au bout et de dire que le titre social est frugifère⁴. Après tout, du point de vue de l'associé, c'est exactement ce qui se passe : la titularité/propriété des droits sociaux

GOUDET ; JCP 2000. I. 205, n° 2, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSIN ; Bull. Joly 1999. 1104, note A. COURET ; Rev. sociétés 2000. 286, note H. LE NABASQUE ; Defrénois 2000. 40, note P. LE CANNU. : «Les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, soit en vertu des statuts, soit après décision de l'assemblée générale, réparties entre les actionnaires, participent de la nature des fruits». L'arrêt vise de manière malheureuse l'article 586 du Code civil, relatif aux fruits civils, ce qui est propre à entretenir des hésitations (v. en ce sens, H. LE NABASQUE, *Rev. sociétés* 2000, p. 286, obs. sous Cass. Com. 5 oct. 1999.).

1. On ne peut en effet considérer que l'associé n'a qu'un droit de créance à l'encontre de la société pour le versement de son dividende. En effet, il est réputé être propriétaire de son dividende dès la décision de l'assemblée générale (A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. de T. REVET, Dalloz, 2013, n° 33.).

2. T. REVET, *RTD Civ.* 2007, p. 149, obs. sous Cass. Com. 28 nov. 2006.

3. Sur cette conception des titres sociaux, v. *supra* n° 403 et s.

4. Le dédoublement opéré par la distinction bénéfice/dividende n'est ainsi qu'une conséquence du dédoublement initial opéré par les parts lorsqu'elles sont réifiées. Comme le note le Professeur Revet, «c'est la même richesse nouvelle, le résultant excédentaire de l'exploitation de l'actif social, qui appartient à la personne morale quand il est bénéfice distribuable, et aux associés quand il est dividende (bénéfice distribué) ! Cette manière de schizophrénie n'est que la conséquence de ce que, fondamentalement, la personne morale et les associés sont une même réalité dédoublée» (T. REVET, *RTD Civ.* 2007, p. 152.). On observera que fiscalement les bénéfices non distribués sont immédiatement comptabilisés au titre de l'impôt sur le revenu des associés (M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 39^e éd., LexisNexis, 2015, n° 742.).

lui procure un revenu allant directement dans son patrimoine personnel¹. C'est ainsi qu'il faut interpréter l'expression du dividende comme «participant de la nature des fruits» : c'est un fruit fictionnel².

Toute fiction a cependant ses limites : la distinction faite entre les fruits de la masse (bénéfices) et les fruits de la part (dividendes) ne vaut que pour régler les droits de chacun en cas de cession de droits sociaux. La réalité est que les fruits communs appartiennent aux propriétaires dès leur naissance même s'ils n'ont pas encore de droit individuel et direct sur eux. Par conséquent, si un époux possède des parts dans une société, la part dans les réserves de la société est commune, en tant que fruit des propres. Si cet époux reçoit des parts sociales au moyen d'une augmentation de capital par incorporation de réserves, la communauté a droit à récompense. La Cour de cassation a pourtant jugé l'inverse, au motif qu'aucune somme n'a été prélevée sur la communauté³.

1. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004, §728, p. 1631 : «Néanmoins, c'est du côté de l'associé, surtout de l'actionnaire, et de sa psychologie, qu'il convient de se placer : pour lui les dividendes représentent un revenu, comparable à celui qu'il tire de ses obligations, même si le montant en est variable, voire aléatoire. Après tout, il n'en va pas autrement de ces fruits incontestables que sont les moissons ou les vendanges».

2. Comp. A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. de T. REVET, Dalloz, 2013, n° 185, qui recourt au terme de fruits *artificiels* : «Les titres sociaux sont donc des choses artificielles au sens où ils résultent de la technique humaine et non de la nature. Si les titres sociaux ont une capacité à produire des fruits, cette capacité ne peut donc être qu'artificielle». Nous préférons le terme fictionnel, car les titres sociaux ne sont pas *seulement* artificiels : ils constituent une réification des prérogatives attachées à la qualité de propriétaire en commun (associé). Le droit transforme la qualification originaire en lui en substituant une autre pour des motifs pratiques, ce qui est le rôle classique des fictions juridiques. Il en va de même pour les dividendes envisagés comme fruits émanant de ses titres.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2006, n° 04-20663, Bull., n° 536 ; Bull. Joly Sociétés 2007, p. 363, note Th. REVET ; Defrénois 2008, p. 310, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP E 2007, 1877, n° 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER. Pour une critique de la solution, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 362. V. également M. GERMAIN et A. KARM, « Distributions des bénéfices et augmentation de capital : Variations autour des fruits ou revenus et des propres par accroissement », *Defrénois* 2015, p. 1041, p. 1056, qui notent le risque d'«une instrumentalisation de la personne morale afin de frustrer la communauté de sa vocation aux bénéfices».

§ 3. Partager le droit de disposer (*abusus*)

724. On distingue traditionnellement deux sens au droit de disposer : la disposition matérielle et juridique. Pour une partie de la doctrine, ces deux droits sont de nature différente : la disposition matérielle serait un émolument de la propriété, une utilité dont bénéficie le propriétaire, alors que la disposition juridique est un attribut de la personnalité¹. Une autre partie de la doctrine préfère cependant associer les deux types de prérogatives².

L'hésitation en doctrine vient sans doute de la différence de point de vue. D'un point de vue objectif, l'acte de disposer matériellement est d'une nature distincte de la disposition juridique. En revanche, la conception unitaire se comprend du point de vue du propriétaire : pour lui, la disposition matérielle ou économique se traduit toujours par la perte de son bien³. Reconnaître la propriété commune comme une véritable propriété suppose de rompre avec une approche strictement individualiste⁴. On différenciera donc les deux aspects, qui, de fait, suivent des régimes différents. Car si la pluralité de propriétaires oblige structurellement à évincer le droit de disposer matériellement des biens (A), le droit individuel de disposer juridiquement des biens peut être maintenu dans certaines formes (B).

1. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 210. V. aussi C. LARROUMET, *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006, n° 244, qui distingue la disposition du droit (disposition juridique) et la disposition de la chose (disposition matérielle). Dans le même sens, v. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 126. ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, 1^{re} éd., LGDJ, 2016, n° 43.

2. Cf. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les Biens*, 2^e éd., 2010, n° 83 : «Le pouvoir de libre disposition est celui d'accomplir discrétionnairement tous les actes juridiques ou matériels entraînant pour le propriétaire la perte de tout ou partie de son bien». V. également P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 433.

3. Cf. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 23 : «Le droit de disposer n'est pas une composante du droit de propriété. Il ne fait qu'exprimer, sous l'angle subjectif et individualiste qui caractérise la pensée occidentale moderne, l'utilité dérivée des choses, qui est de pouvoir servir d'instrument d'échange».

4. V. *supra*, n° 143 et s.

A. La restriction du droit de disposer matériellement des biens

725. Le droit de disposer matériellement de son bien, c'est-à-dire de le transformer ou de le détruire, est la marque distinctive de la propriété par rapport aux autres droits réels. Le mot *abusus* renvoie originellement à ce pouvoir, même si le terme n'était pas lié à la propriété en droit romain et avait souvent une connotation négative¹.

Le lien entre *abusus* et propriété mérite cependant d'être précisé : l'*abusus* est lié à la propriété non de manière générale, mais à sa conception moderne et individualiste (1). Par conséquent, la situation de propriété commune oblige à limiter le droit d'*abusus* matériel sans pour autant le supprimer (2).

1. L'*abusus*, symbole de la conception moderne et individualiste de la propriété

726. Contrairement à la propriété moderne, la propriété coutumière «est immergée dans le lacs des rapports juridiques et sociaux. En un mot, elle ne donne pas à son titulaire le droit d'utiliser son bien comme il l'entend, elle ne confère pas d'*abusus*»². L'histoire de la propriété moderne peut donc se suivre à travers le prisme de l'histoire de l'*abusus* en droit savant, qui passe, en deux siècles, du statut de la simple «spéculation doctrinale» à l'élément central et distinctif de la propriété³. Signe de ce destin lié, le droit discrétionnaire de laisser dépérir, de détruire ou simplement de ne pas user de son bien constitue une cible de choix des critiques de cette conception de la propriété, comme Duguit ou aujourd'hui le mouvement des «communs»⁴. Et même si le droit positif a conservé le principe,

1. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges Gilles Goubeaux*, Dalloz - LGDJ, 2009, n° 425 : « Bien que d'origine romaniste, ce concept existait déjà à Rome où il avait une signification non attachée spécifiquement à la propriété. Il recouvre l'idée de suppression partielle ou totale de la jouissance de la chose, celle de perte, de dissipation d'un bien, voire celle d'une manière d'user qui fait disparaître la chose ». Sur cette connotation négative, v. P. GARNSEY, *Penser la propriété*, Les Belles Lettres, 2013, p. 131.

2. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 72.

3. *Ibid.*, n° 92.

4. Cf. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, 1912, p. 21 : « La propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur de la richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale

un nombre croissant de lois et règlements sont venus limiter ce droit discrétionnaire du propriétaire s'il porte atteinte aux intérêts collectifs économiques (obligation d'exploiter), sociaux (logements vacants) ou environnementaux¹. Ces limites ont vocation à s'appliquer à toutes les propriétés privées, qu'elles soient individuelles ou communes.

727. Mais l'*abusus* revêt souvent une dimension supplémentaire, celle d'être la marque de la puissance de l'individu s'exprimant dans les choses². Mais avons-nous besoin de cette théorie de la «*Willensmacht*», née dans le pandectisme allemand au XIX^e siècle, et qui survit toujours dans nos conceptions de la propriété ? Pourquoi ne pas simplement dire que le droit reconnaît des sphères d'autonomie plus ou moins importantes aux individus et aux groupes d'individus ? L'*abusus* n'est pas l'affirmation du sujet face au monde et dans le monde, c'est une liberté, individuelle ou collective, plus ou moins étendue selon les domaines. Si l'*abusus* matériel doit être limité dans une propriété commune, il n'est pas pour autant absent.

à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination». Sur le mouvement des "communs", v. supra, n° 9.

1. Sur ces limites, v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 291-2. Sur la transformation de la conception classique de la propriété en droit rural depuis 1945, v. P. OURLIAC, « Propriété et droit rural : l'évolution du droit français depuis 1945 », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1976, p. 723-752, spéc. p. 731 : «Entre 1945 et 1960, la situation de l'exploitant a été consolidée jusqu'à équivaloir à un véritable domaine utile ; à partir de 1960, la directe de l'Etat s'est imposée aux propriétaires et aux fermiers avec une précision et une force que n'avait jamais eues l'ancienne directe universelle du roi».

2. Cf. G. CORNU, *Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 27. : «c'est dans cet attribut que la propriété se manifeste, de façon éclatante, comme une petite souveraineté. [...] Maître chez lui, le propriétaire trouve virtuellement dans son pouvoir de disposition, tous les moyens d'assouvir, sur sa chose, sa volonté de puissance».

2. Les limites de l'*abusus* matériel dans la propriété commune

728. Le problème de l'*abusus* matériel dans la propriété commune est simple. Le propriétaire individuel peut bien transformer, négliger ou même détruire son bien, il ne porte atteinte qu'à lui-même de manière immédiate¹. Dans une propriété commune, toute atteinte aux biens communs est une atteinte aux autres propriétaires. Par conséquent, aucune forme de propriété commune n'admet le droit pour un copropriétaire de détruire seul un bien commun. De manière plus positive, toutes les formes luttent contre le risque d'abandon des biens communs, notamment en recourant à une représentation obligatoire².

La difficulté est plus grave lorsqu'il n'existe pas de représentant et que la valeur des biens communs dépend du pouvoir d'un seul copropriétaire. Le droit admet alors des correctifs pour éviter que la passivité de l'un ne rejaillisse sur les autres. L'indivision successorale et la communauté illustrent deux manières différentes de régler cette difficulté³.

Dans la communauté, la négligence patrimoniale peut entraîner un *transfert de pouvoirs*. L'article 1426 du Code civil permet ainsi à un époux d'être investi des pouvoirs de son conjoint notamment en cas «d'inaptitude» dans la gestion de la communauté. De manière encore plus radicale, l'article 1429 lui permet d'exercer les actes d'administration et de jouissance des propres de son conjoint si ce dernier les laisse «déperir». C'est bien l'existence de la communauté qui justifie une telle immixtion, puisque cette disposition n'existe pas en régime séparatiste. La communauté ayant droit aux fruits des propres, ces propres sont dans l'orbite de la propriété commune, ce qui restreint nécessairement le pouvoir de chaque époux sur ses biens personnels.

Dans l'indivision successorale, le problème de la négligence apparaît lorsqu'un des héritiers est par ailleurs gratifié d'un don ou d'un legs. L'institution du rapport et de la réduction en valeur permet alors de contourner le risque de déperissement du bien : en effet, l'héritier gratifié est redevable de la valeur du

1. Il peut aussi porter atteinte aux intérêts plus généraux de la collectivité, ce qui légitime donc l'intervention du droit objectif. V. *supra*, n° 727.

2. Sur ces dispositifs, v. *supra*, n° 497 et s.

3. A. SÉRIAUX, « "Nul n'est tenu de s'enrichir". Une analyse économique du droit de propriété » in *Mélanges J-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 703-729, n° 5.

bien en tenant compte de son état au jour de la donation ou de l'ouverture de la succession, la règle de la subrogation réelle étant écartée si la dépréciation du bien subrogé était «inélucltable au jour de son acquisition» (art. 860 ; art. 924-2, C. Civ.). Le cohéritier a ici toute licence pour laisser dépérir le bien légué ou donné : mais il devra en assumer les conséquences auprès de l'indivision.

Dans autres propriétés communes, notamment les innommées, c'est la responsabilité civile qui a vocation à s'appliquer dans ce cas. La généralité de l'article 1240 (anc. art. 1382) du Code civil permet sans difficulté d'obtenir une indemnisation en cas de comportement négligent, si du moins ce comportement négligent n'émane pas de l'intégralité des propriétaires. Dans ce cas, on considérera sans doute qu'il y a eu acceptation du dommage de la part des "victimes".

En définitive, la pluralité de propriétaires instaure bien souvent une obligation minimale de gestion qui n'existe pas dans la propriété individuelle, et qui découle du devoir civil plus général de ne pas nuire à autrui.

729. Est-ce à dire alors que l'*abusus* matériel n'existe pas dans la propriété commune ? On comprend l'enjeu : si tel n'est pas le cas, la propriété commune ne peut que difficilement être qualifiée de forme de propriété privée. Pourtant, l'*abusus* matériel existe : *ensemble*, c'est-à-dire à l'unanimité, les propriétaires peuvent faire ce qu'ils veulent de leur bien. C'est le cas dans la communauté, dans l'indivision, dans l'œuvre de collaboration ou dans la copropriété quirataire par exemple. Il en est de même pour la personne morale qui est réputée être seule propriétaire des biens, bien que les dirigeants doivent nécessairement agir dans le respect de l'objet social et de l'intérêt social. Toutefois, dans les sociétés de petite taille, rien ne semble empêcher la collectivité des associés de négliger l'activité sociale et les biens sociaux, tant que la société reste *in bonis*. En conséquence, toute propriété commune admet l'*abusus* matériel sur les biens communs, à condition que ce droit soit exercé à l'unanimité. La disposition juridique des biens communs est également aménagée, mais de manière moins coercitive.

B. L'aménagement du droit de disposer juridiquement des biens

730. L'historiographie a depuis longtemps remarqué les liens entre l'importance du commerce dans une société et l'insistance des juristes sur le droit de disposer¹. Avec le développement de l'économie de marché, le droit de disposer juridiquement des biens est une nécessité : le propriétaire s'enrichit par la vente et la revente de son bien autant que par l'usage qu'il en retire. Comment cette «valeur d'échange» est-elle appréhendée dans le cadre des propriétés communes² ?

La difficulté pour toute propriété commune est claire : n'étant pas des biens de mainmorte, faire fructifier la valeur de la masse commune suppose de disposer des biens communs. Mais les actes de disposition sont des actes graves : ils sont donc en général soumis à une gestion collective (1), tandis que le droit *individuel* à la valeur d'échange se reporte en général sur la part (2).

1. Le contrôle par la collectivité des actes de disposition juridique sur les biens communs

731. Dans la plupart des cas, un propriétaire ne peut seul effectuer d'acte de disposition sur la chose commune. L'acte est en général considéré comme trop grave pour permettre qu'il soit exercé de manière concurrente. Par conséquent, deux grandes solutions sont aujourd'hui utilisées.

La première est de soumettre l'acte à une décision collective des propriétaires. La règle de l'unanimité n'est cependant pas une nécessité conceptuelle : certes elle reste de principe dans l'indivision, mais la loi du 23 juin 2006 a admis que certains actes de disposition puissent être passés à la majorité des deux tiers sans autorisation judiciaire préalable (art. 815-3 3°, C. Civ.). La solution n'est pas vraiment nouvelle : ainsi le navire en copropriété peut être licité à la majo-

1. Cf. J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2010, n° 237 : «aux époques de prédominance commerciale, l'élément essentiel est l'abusus juridique, qui permet d'obtenir un prix de vente : c'est la façon de "réaliser", selon l'expression usuelle, un bien, de tirer en une seule fois un profit complet de celui-ci».

2. Sur la distinction entre «valeur d'usage» et «valeur d'échange», inspirée d'Aristote, v. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 8 et s.

rité en valeur (art. L. 5114-49, C. transp.) et hypothéqué à la majorité des trois quarts des intérêts (art. L. 5114-34, C. transp.). Il n'existe donc aucun principe fondamental en la matière qui découlerait de la nature de la propriété commune : le contrat organisant une propriété commune peut donc être libre de fixer les modalités des actes de disposition sur les biens communs¹.

732. La difficulté pratique engendrée par les décisions collectives est leur lenteur. D'où une seconde solution : confier au représentant le droit de disposer des biens lorsque la gestion de la propriété commune suppose de conclure un grand nombre d'actes. Pourtant, le droit français contient un obstacle de taille : l'article 1988 du Code civil, qui exige un mandat exprès pour les actes de disposition. Seule une habilitation légale peut donc permettre de conférer un mandat général couvrant les actes de disposition : c'est le cas dans l'indivision conventionnelle - à des conditions restrictives -², et c'est le cas dans les sociétés en l'absence de clause statutaire contraire.

Dans les sociétés, ce pouvoir de disposition n'est cependant pas sans limite : il est soumis au double contrôle de l'objet social et de l'intérêt social. L'objet social permet de mesurer un éventuel *dépassement de pouvoirs* ; l'intérêt social un éventuel *détournement de pouvoirs*. La première question concerne surtout les cessions massives d'actifs sociaux, tandis que la seconde concerne essentiellement les sûretés conclues en garantie de la dette de tiers³. Concernant la cession, le dirigeant peut en principe céder l'actif principal de la société tant que cela n'entraîne pas une modification ou une extinction de l'objet social. Il en résulte une jurisprudence subtile, se fondant sur la rédaction de cet objet⁴. Mais l'objet social étant en général rédigé de manière large, les dirigeants disposent d'une grande marge de liberté.

1. À moins que la loi n'en dispose autrement. V. par exemple pour l'indivision conventionnelle l'art. 1873-6 du Code civil qui répute non écrite «toute clause extensive des pouvoirs du gérant».

2. L'art. 1873-6 du Code civil dispose que le gérant «ne peut disposer des meubles corporels que pour les besoins d'une exploitation normale des biens indivis, ou encore s'il s'agit de choses difficiles à conserver ou sujettes à déperissement».

3. La question des sûretés pour autrui a été traitée supra, n° 397.

4. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 294.

733. Il en résulte un hiatus profond entre les propriétés communes soumises au droit du mandat, où l'agent commun ne peut pas disposer des biens sauf mandat exprès, et les groupements où les dirigeants peuvent aliéner l'intégralité des biens communs, sans réel contrôle autre que l'objet social et l'intérêt social.

On peut s'interroger sur un tel écart et sur sa légitimité. Le dirigeant n'est que le *représentant* des associés : ces derniers sont les propriétaires économiques des biens de la société, quand bien même la personne morale est réputée être le propriétaire juridique. La justification de la gestion déléguée est de permettre la rapidité dans l'action juridique : or si on comprend que la cession d'un bien isolé doive se faire rapidement, la décision d'une cession globale de l'actif est une opération lourde, nécessitant de la préparation. Au vu de sa gravité, elle relève selon nous du «domaine réservé» aux propriétaires : elle devrait être autorisée par la collectivité des associés¹.

En droit positif, seule la *soft law* conseille de consulter les actionnaires avant de décider toute opération concernant «une part prépondérante des actifs ou des activités du groupe» (art. 5.2, Code Afep-Medef)². Les droits étrangers ont recours en général au droit dur : les associés doivent obligatoirement se prononcer en cas de cession importante, que ce soit dans les seules sociétés cotées (Royaume-Uni) ou dans toutes les sociétés (c'est le cas dans le Delaware, de l'Allemagne et des Pays-Bas)³. Cette solution est également proposée par la doctrine française⁴.

1. Sur la notion de «domaine réservé», v. supra, n° 518.

2. L'autre disposition existante, de «droit dur», prévoit que si la société cédante est contrôlée par un actionnaire au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, ce dernier doit déposer une offre publique de retrait aux actionnaires minoritaires (art. L. 236-6, Régl. AMF).

3. P.-H. CONAC, « Rapport sur les cessions d'actifs significatifs par des sociétés cotées », *Rev. Sociétés* 2015, p. 263.

4. V. A. GAUDEMET, « La cession du principal actif d'une société cotée » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 343–352, spéc. n° 21 et s. ; P.-H. CONAC, « Rapport sur les cessions d'actifs significatifs par des sociétés cotées », *Rev. Sociétés* 2015, p. 263. Par ailleurs, une proposition de loi déposée en juin 2014 par le sénateur Marini prévoit plutôt d'obliger le cessionnaire à lancer une OPA sur le cédant.

2. Un correctif : le droit de disposer de sa part

734. Seules les propriétés communes domestiques admettent un droit individuel de disposer des biens communs. Ce droit est néanmoins limité aux biens meubles dans le régime de communauté (art. 1421) et admet de nombreuses exceptions (art. 1422 à 1424, C. Civ.)¹. Dans l'indivision d'acquêts, le droit de disposer des meubles existe également, mais est soumis à la limitation de l'art. 1873-6 du C. Civ («exploitation normale» ou «chose sujettes à déperissement»), par renvoi de l'art. 515-5-3. Pour autant, l'indivision d'acquêts peut s'émanciper de l'indivision conventionnelle classique par deux moyens : d'abord parce que l'art. 515-5-3 réserve expressément la possibilité d'une clause contraire, qui peut donc être extensive de pouvoirs ; ensuite parce que dans les relations avec les tiers de bonne foi, l'art. 515-5 al. 3 instaure une présomption de pouvoirs pour tous les actes de disposition sur les meubles qu'il détient². Il est donc tout à fait possible d'aligner l'indivision d'acquêts sur la communauté légale en matière d'actes de disposition.

735. En dehors des propriétés domestiques, les formes de propriété commune ne reconnaissent pas de droit individuel à disposer des biens communs. Le correctif usuel est de réifier la part et de permettre au propriétaire d'accomplir des actes de disposition. À défaut de céder les biens communs, on cède sa position juridique dans une propriété commune.

L'histoire du droit confirme sans difficultés qu'il existe un lien fonctionnel et économique très fort entre l'autonomie de la masse commune et la faculté de céder les «parts», c'est-à-dire les positions dans une propriété commune³. Ainsi,

1. On notera une exception contestable au principe de disposition des meubles en régime de communauté : le transfert de meubles dans un patrimoine fiduciaire en garantie de la dette personnelle d'un époux est soumis à la règle de la cogestion, du fait de la généralité de l'article 1424 al. 2 du Code civil. En revanche, l'époux peut valablement constituer seul une sûreté réelle classique (gage, nantissement) en garantie de sa propre dette. La différence est difficile à justifier : la propriété-sûreté renforce les prérogatives du créancier, mais elle ne fait pas courir un plus grand risque à la communauté, qui ne risque dans les deux cas que la perte du bien commun si la dette est impayée.

2. Comp. avec l'article 222 du Code civil qui ne vise que les «meubles corporels». Il est probable que cet article ne puisse être étendu aux meubles incorporels (I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 4^e éd., LGDJ, 2015, n° 121.).

3. Cf. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN et R. SQUIRE, « Law and the Rise of the Firm »,

la cession de positions dans certaines propriétés communes s'est développée à partir du XIII^e siècle alors même que la personnalité morale ne leur était pas reconnue¹. Les titres sociaux ont été inventés pour permettre aux associés de disposer d'une valeur cessible dans leur patrimoine personnel, puisqu'ils n'avaient plus le droit de céder les biens apportés dans la masse commune. Ensuite, tout ceci a été rationalisé avec l'idée que l'apport est translatif de propriété et que l'associé reçoit «en échange» des titres. Le bricolage de la pratique commerciale a pu ainsi se fondre dans les cadres rassurants du droit civil.

En droit positif, le fait que la disposition de la part soit un correctif de l'absence de droit de disposer des biens se manifeste notamment dans l'indivision. Lorsqu'un indivisaire dispose seul d'un bien indivis, on considère qu'il dispose en réalité de sa quote-part, que ce soit en matière de cession ou d'hypothèque, ce qui permet de valider l'opération².

Pour autant, ce correctif n'est pas parfait. Il n'est pas équivalent, par exemple, de constituer un nantissement sur les parts d'une société détenant un immeuble et une hypothèque sur l'immeuble lui-même. Certes, la constitution est plus simple pour le créancier mais sa garantie est incertaine : les parts sont moins liquides que l'immeuble³, et l'assiette de sa sûreté peut être fragilisée, soit parce que les associés décident de vendre l'immeuble et de distribuer le prix sous forme de dividendes, soit plus radicalement en cas de dissolution de la société et de disparition corrélative des parts⁴. Le droit sur la part ne peut donc pas se substituer totalement au droit direct sur les biens.

Harvard Law Review 2006, 119, 5, p. 1333–1403, p. 1350 : «It is therefore not surprising that, though forms with freely tradable shares have sometimes lacked limited liability, it appears that they have always strong entity shielding».

1. Le phénomène toucha essentiellement les mines et les moulins partout en Europe. Cf. J. BARRON BASKIN et P. J. MIRANTI JR, *A History of Corporate Finance*, Cambridge University Press, 1999, p. 60.

2. V. supra, n° 615 et s.

3. V. Y. CHARTIER, « L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières », *Rev. Sociétés* 1993, p. 1, qui distingue diverses configurations types pour le calcul de la décote : la société familiale avec un grand nombre d'associés («cinquantaine de cousins et petits cousins»), la société familiale classique et la SCI à deux personnes.

4. V. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. de M. GRIMALDI, *Economica*, 2015, n° 476, qui plaide pour un report de l'assiette sur l'éventuel boni de liquidation.

736. Conclusion de la section. Le partage des utilités économiques tirés des biens communs devrait être une opération simple. Pourtant, cette répartition suscite des difficultés car ces opérations s'insèrent parfois difficilement dans les cadres civilistes classiques.

La répartition de l'usage oblige bien souvent à attribuer des sphères de jouissance privative à certains propriétaires. Cette jouissance privative, institution spécifique à la propriété commune, ne s'identifie pas à un bail, mais elle en emprunte partiellement le régime, par analogie.

Les fruits, plus-values et revenus tirés des biens communs concentrent l'essentiel des difficultés. Les revenus non distribués sont-ils du capital ou encore des fruits ? Le professionnel travaillant sur un fonds incorporel commun a-t-il droit à une simple rémunération ou à la plus-value ? La propriété commune révèle les limites de ces institutions classiques et invite donc à les repenser.

Enfin, le droit de disposer matériellement ou juridiquement des biens, caractéristique de la propriété privée individuelle est nécessairement aménagé dans le cadre commun. Ce droit ne peut être exercé que de manière collective, le plus souvent à l'unanimité. *Individuellement*, chaque propriétaire ne peut disposer matériellement des biens communs mais peut disposer juridiquement de sa part, à titre de correctif. Ce correctif est cependant imparfait : pour profiter totalement de la valeur d'échange de sa part dans les biens communs, le propriétaire en commun doit dès lors provoquer le partage, s'il le peut.

Section II Partager les biens

737. La vision française du partage est la manifestation la plus explicite du refoulement dont a fait preuve la propriété commune à partir du Code Napoléon. La propriété commune étant «par nature» temporaire, le partage est vu comme une prérogative fondamentale, voire comme un droit reconnu constitutionnellement.

Pourtant, l'évolution du droit positif montre que le partage n'est qu'un mode d'extinction des propriétés communes. Il s'agit d'une *manière parmi d'autres* pour le propriétaire en commun de recevoir une part de la richesse commune,

aux côtés du retrait, de la cession de part ou de l'accroissement. Tant que dure la propriété commune, le propriétaire a un droit *sur les biens* ; il peut aussi avoir un droit *aux biens* par le droit de demander le partage. Il convient donc de resituer le droit au partage comme étant un simple mode d'organisation (§1) avant d'étudier la mise en œuvre des opérations de partage (§2).

§ 1. Le partage, simple mode d'organisation d'une propriété commune

738. La thèse de la relativité du droit au partage paraît recevoir une objection fondamentale : la protection de la liberté individuelle du propriétaire. L'argument pourrait être formulé ainsi : «Si le propriétaire en commun ne peut pas recevoir sa part dans une propriété commune, alors il est obligé de subir la présence des autres propriétaires en commun. Cette dépendance est une atteinte à sa liberté individuelle : c'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel a élevé la faculté de demander le partage à un rang constitutionnel. La propriété *individuelle* est protégée en elle-même : toute acceptation de propriétés communes permanentes nous ferait revenir au Moyen Âge».

La réponse à cet argument commence par une concession : il existe effectivement un lien entre la liberté individuelle et le droit de recevoir une partie des biens. Toutefois, ce lien ne suffit pas à ériger le droit au partage en principe fondamental des propriétés communes (A). Il oblige seulement à prévoir des correctifs lorsque ce droit est atténué voire paralysé (B). C'est une affaire de pesée et d'équilibre entre les institutions, et non une affaire de principes.

A. Droit au partage et liberté individuelle

739. Il ne suffisait pas que le droit de demander le partage prévu à l'article 815 al. 1 du Code civil soit d'ordre public et imprescriptible¹. Il lui faudrait de

1. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 564 et les références citées.

surcroît une onction constitutionnelle, qui lui aurait été attribuée par la décision du 9 novembre 1999 relative au Pacs¹.

Pourtant, il est très douteux que le droit au partage doive être reconnu constitutionnellement (1) et même qu'il constitue une nécessité économique dans tous les cas (2).

1. Un droit de nature constitutionnelle ?

740. Une partie de la doctrine a fait de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel une lecture maximaliste : cette réserve «confère *urbi et orbi* un caractère fondamental au droit de demander le partage»². Il est cependant possible de retenir une conception plus réduite de la décision du Conseil constitutionnel, notamment en prenant en compte les particularités de la propriété commune en cause, à savoir l'indivision d'acquêts. Dans cette optique, le droit au partage *n'est pas* un droit fondamental, il *peut* l'être dans certaines circonstances.

Il ne faut pas confondre la protection supralégislative de la *propriété privée* et la protection de la *propriété individuelle*³. La protection de la propriété privée vise les cas d'expropriation et de nationalisations : elle protège le(s) propriétaire(s) contre les ingérences des non-propriétaires, en général l'État⁴.

En revanche, la propriété individuelle ne serait pas protégée *en elle-même*, mais seulement dans la mesure où elle participe à la liberté individuelle. C'est d'ailleurs dans ce sens-là qu'il faut comprendre la rédaction des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme : «en 1789, la propriété est conçue comme le corollaire de la liberté»⁵. Le droit au partage, ou le droit à la propriété individuelle, ne serait donc protégé constitutionnellement que s'il existe un risque *concret et sérieux* d'atteinte à la liberté individuelle. En revanche, dès

1. Cons. Const., 9 nov. 1999, Décision n° 99-419, PACS ; JCP G 2000 I 210, note N. MOLFESSIS ; RTD Civ. 2000. 870, obs. T. REVET.

2. T. REVET, RTD Civ. 2000, p. 870, obs. sous Cons. Const. 9 nov. 1999, obs. préc., p. 872.

3. La propriété privée englobe selon nous la propriété individuelle et la propriété commune. V. *supra*, n° 144 et s.

4. V. *supra*, n° 137.

5. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, sous la dir. de G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 347.

lors que cette liberté individuelle est préservée par d'autres mécanismes juridiques ou que l'atteinte à la liberté n'est pas significative, il n'y aurait plus de problème constitutionnel.

741. La réserve d'interprétation faite par le Conseil constitutionnel à propos du Pacs est compatible avec une telle approche. Si l'indivision d'acquêts n'avait pas été partageable avant l'extinction du contrat, les partenaires auraient subi une atteinte concrète à leur liberté individuelle. En effet, contrairement aux autres propriétés communes non partageables (sociétés notamment), les partenaires ne peuvent céder leur position ou opérer un retrait. Et contrairement aux indivisions forcées et aux tontines, la masse commune concernait une part essentielle de leur patrimoine, et non un bien déterminé. Reste la comparaison avec la communauté, qui forme aussi une masse commune importante non partageable unilatéralement : comment peut-on juger constitutionnelle l'impossibilité de demander unilatéralement le partage de la communauté, alors que la même règle serait inconstitutionnelle dans le cas du Pacs ? Un immeuble commun entre époux peut être soumis à cogestion pendant plusieurs décennies sans heurter le droit de propriété, mais s'il est indivis, ce serait inacceptable ? La seule manière de justifier - éventuellement - cette différence vient de ce que le Pacs est une forme d'union voulue comme plus individualiste et moins contraignante que la communauté légale. Or l'ancienne présomption d'indivision aboutissait à créer une masse commune très importante, alors même que les partenaires n'entendaient pas s'engager de manière aussi communautaire. L'atteinte à la liberté individuelle pouvait donc être caractérisée par la conjonction entre les présomptions d'indivision et la présence d'une masse impartageable.

Mais si cette analyse est correcte, alors la réforme du Pacs opérée en 2006 a fait perdre au droit au partage son caractère fondamental. En effet, contrairement au régime initial et à la communauté légale, l'indivision d'acquêts résulte désormais d'un *choix conscient*. Par conséquent, il devient plus difficile de caractériser une atteinte à la liberté individuelle dès lors qu'il y a eu choix communautaire ¹.

1. Le Conseil constitutionnel intégrait aussi la considération du libre choix des partenaires dans l'appréciation de l'atteinte à la propriété. Cf. §88 : «qu'en toute hypothèse, les partenaires, s'ils veulent éviter les effets juridiques attachés au régime de l'indivision et, en particulier, les difficultés de gestion auxquelles il peut conduire, pourront librement choisir, dans les conditions

Depuis la réforme de 2006, il n'est donc pas certain que les partenaires puissent librement opérer des partages en cours de Pacs sans changement de régime patrimonial¹. Quatre régimes possibles sont envisageables : (i) l'indivision d'acquêts est encore soumise à l'article 815² (ii) la clause de la convention entre partenaires interdisant le partage en cours de durée du Pacs est valable (iii) les partenaires ne peuvent demander le partage de manière supplétive, mais la clause contraire est possible³ (iv) immutabilité de l'indivision d'acquêts interdisant toute forme de partage anticipé⁴. De droit fondamental, le droit de demander le partage pourrait devenir facultatif, voire impossible⁵. Car depuis 2006, le partage n'est plus une mesure de protection de la liberté individuelle des partenaires ; en revanche les effets perturbateurs du partage anticipé, eux, demeurent.

742. Même si on admet qu'il n'existe pas un droit fondamental au partage, on peut défendre le principe du partage pour des raisons économiques. Une propriété commune ne peut être que *temporaire*, non par nécessité juridique, mais par nécessité économique. Il n'est pas certain que cet argument soit plus convaincant. Pour le montrer, nous prendrons l'exemple le moins favorable *a priori* à notre propos : l'indivision successorale.

précédemment exposées, de soumettre à un autre régime l'ensemble des biens qu'ils viendraient à acquérir à titre onéreux après la conclusion du pacte».

1. Les partenaires peuvent en effet revenir au régime séparatiste par une convention modificative enregistrée (art. 515-3-1. al. 2). Ce changement de régime suit un formalisme beaucoup moins lourd que celui prévu entre époux à l'article 1397 du Code civil.

2. En ce sens, I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 4^e éd., LGDJ, 2015, n° 770.

3. Pour des arguments convaincants en ce sens, v. D. AUTEM, « Quel(s) partage(s) pour l'indivision des acquêts des partenaires ? », *Defrénois* 2014, p. 1155.

4. On peut objecter que l'indivision entre époux séparés de biens est partageable de manière anticipée. Mais le régime séparatiste est *séparatiste* précisément ; ici les partenaires ont choisi de se placer dans un régime quasi communautaire.

5. Il va de soi que les créanciers personnels des partenaires conserveraient leur droit de demander le partage ; la solution contraire reviendrait à autoriser les partenaires à créer une masse autonome. Or cette possibilité n'est pas admise en principe en dehors des cadres légaux (v. supra n° 382).

2. Une nécessité économique ? L'exemple de l'indivision successorale

743. Il faut revenir aux origines de l'article 815 du Code civil pour comprendre la signification du droit au partage. Lorsque les codificateurs affirment que «nul ne peut être contraint à rester dans l'indivision», ils ne déduisent pas la règle de la nature de la propriété. Ils ne font que reprendre l'ancienne règle romaine interdisant les indivisions successorales perpétuelles, soit par décision des héritiers, soit de manière encore plus grave par volonté du testateur. Cette règle romaine fut transmise par le droit savant durant le Moyen Âge ; mais la pratique tenta de la contourner afin de protéger l'intégrité des patrimoines¹, si bien que le rappel de la règle était périodiquement nécessaire. Lors de la codification, cette tradition savante ininterrompue fut donc reprise. Les travaux préparatoires révèlent cependant que l'article 815 n'a pas été mis en relation avec le respect du droit de propriété : la prohibition est justifiée en premier lieu par la tradition et en second lieu par un argument économique². L'idée que l'article 815 assure «un droit fondamental inhérent au droit de propriété» est une rationalisation doctrinale récente³.

744. Interdire les indivisions successorales perpétuelles est une chose ; déterminer les limites de la liberté contractuelle en est une autre.

Une première spécificité du droit français au regard des pays de tradition romaine vient de la faculté pour le testateur d'interdire le partage. Il n'est pas certain que le droit français l'admette, alors même que la faculté semble accordée dans tous les autres pays européens sans discussion⁴. Il est vrai que le mandat

1. V. par exemple un testament italien de 1424 portant interdiction «jusqu'à l'éternité de vendre, de gager ou d'aliéner les biens immeubles», cité par I. CHABOT, « "Biens de famille". Contrôle des ressources patrimoniales, *gender* et cycle domestique (Italie, XIIIe - XVe siècles) » in *The Household in late medieval cities, Italy and Northwestern Europe compared*, Garant, 2001, p. 97.

2. Cf. le discours de Siméon au Corps législatif : «On ne peut pas même s'obliger à demeurer dans l'indivision. Une société éternelle n'est pas compatible avec la mobilité de nos intérêts» (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Videcoq, 1836, p. 238.).

3. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 403.

4. Une profonde division existe en doctrine et parmi les juges du fond sur ce point (v. M.-C. FORGEARD, « Le droit au partage et ses limites après la réforme du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1146, n° 18 et les références citées.). Le seul arrêt de la Cour de cassation sur ce point est restrictif, même si aucune indication n'est fournie sur la formulation de la clause testamentaire en l'espèce (Cass. Civ. 1^{ère}, 5 jan. 1977, n° 75-15199, Bull. n° 15, D. 1977. 173.).

à effet posthume permet sans doute de suspendre le partage, mais les conditions sont un peu plus restrictives¹.

La seconde spécificité tient à la durée maximum de maintien forcé dans l'indivision. L'Ancien Droit autorisait un tel maintien pendant plusieurs décennies dès lors qu'un terme ou une condition était fixée. Ce ne fut pas le choix opéré au moment de la codification, puisque la limite de cinq années fut retenue à ce moment-là². Cambacérès s'étonna d'ailleurs de cette courte durée, qu'il jugeait «arbitraire», et ce fut par son intervention que la faculté de renouvellement fut explicitement insérée dans le Code³. Un rapide tour d'horizon des droits européens actuels révèle d'ailleurs la spécificité française. La durée maximum des indivisions successorales est en effet de dix ans en Espagne (art. 400 et 401, CC) et en Italie (art. 1111, CC), trente ans en droit allemand (§2044 2, BGB), cinquante ans en droit suisse (art. 650 al. 1). Le record semble être détenu par la province espagnole de Navarre avec une indivision pouvant durer 99 ans⁴... Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà ?

Dire que l'indivision est "par nature" un «état provisoire» peut donc s'entendre de deux manières. Si provisoire signifie «non-perpétuel», l'assertion est juste mais n'a guère de signification pratique et théorique, dès lors que le partage pourrait être valablement suspendu pendant plusieurs décennies. Si l'on veut dire plus restrictivement que l'indivision ne peut durer que «quelques années», alors le constat est démenti tant historiquement que par une perspective comparative. La précarité de l'indivision vient de contingences historiques du droit français ; ce n'est ni une nécessité économique ni une manifestation du primat de la pro-

1. L'art. 812-1-1 du Code civil limite le mandat à effet posthume à deux années (prorogeable par décision judiciaire) ou cinq années s'il est nécessaire de «gérer des biens professionnels».

2. La limitation se trouve aujourd'hui à l'article 1873-3 du Code civil. Même si le Code ne le précise pas à la différence des droits italien et suisse, la convention d'indivision conclue pour une durée supérieure n'est pas nulle mais doit être réduite à cinq ans. V. en ce sens H. MAZEAUD et al., *Leçons de droit civil, Biens : Droit de propriété et ses démembrements*, par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, p. 44.

3. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Videcoq, 1836, p. 61.

4. M. J. REYES LÓPEZ, « La acción de división en la comunidad de bienes. Análisis de los arts. 400 a 401 CC » in *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 323. Le juge navarrais est cependant autorisé à prononcer une déchéance du terme «en la falta de utilidad de la indivisión» (Ley 374 II CDFN). Le droit italien contient aussi un mécanisme similaire (art. 1113-3, C.C.it).

priété individuelle ¹.

L'article 815 ayant été remis en perspective, il est plus facile de comprendre un paradoxe déjà évoqué du droit français : le droit au partage solennellement proclamé a été atténué voire écarté tout au long des deux siècles qui ont suivi par la loi et la jurisprudence ². Il n'en effet pas adapté dans un grand nombre de cas, par exemple lorsque les propriétaires souhaitent mettre en place une collaboration durable ³.

745. En résumé, le droit de recevoir une part des biens communs n'est donc pas de l'essence de la propriété commune : il s'agit d'un droit que l'on trouve dans certaines formes, mais pas dans d'autres. Même dans le domaine des indivisions successorales, une approche historico-comparative montre que la situation française est particulière. Reste à déterminer pour quelles raisons le droit au partage est écarté dans certaines formes de propriété commune.

B. Le refus d'un droit au partage

746. Certaines formes de propriété commune n'accordent pas de droit à recevoir une part des biens lorsque la protection de l'intégrité de la masse est impérieuse (1). Cette paralysie oblige le droit à développer des correctifs afin de ne pas trop atteindre la liberté individuelle des propriétaires (2).

1. La cause : la protection de l'intégrité de la masse

747. Le droit de demander le partage est paralysé lorsque les propriétaires le veulent ainsi. La société est par excellence la forme de propriété commune assurant le maintien des biens communs dans un patrimoine autonome. Ni les créanciers personnels, ni les propriétaires ne peuvent les récupérer avant la dissolution de la société. L'affectation des biens à l'objectif commun est ainsi garantie.

1. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 403 : «le droit de demander le partage a pour objet de rétablir le *jus excluendi* dans toute sa plénitude».

2. V. supra, n° 65 et s.

3. Pour un exemple contemporain, v. A. ROBIN, « La copropriété intellectuelle à l'épreuve des logiciels » in *Mélanges A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 653–671, spéc. 663–664.

La paralysie n'est pas en principe perpétuelle, puisque la dissolution de la société entraîne son partage et que les sociétés sont nécessairement à durée déterminée. D'autre part, les associés ont toujours la possibilité de provoquer la dissolution par un vote majoritaire (art. 1844-7, 4°, C. Civ.). Il n'y a donc pas éviction totale du droit au partage, mais un aménagement : le droit de recevoir sa part est soumis dans la société à une gestion concertée alors qu'il est mis en gestion concurrente dans l'indivision. En pratique cependant, les sociétés par actions sont quasi perpétuelles du fait de termes extinctifs très longs et de la possibilité de renouvellement. En revanche, les sociétés à risque illimité ont une durée de vie plus courte : le partage n'est pas une simple possibilité théorique mais peut survenir effectivement. Cette différence au sein des sociétés a des conséquences sur les correctifs accordés aux associés (v. infra, n° 751).

748. En dehors des groupements, le droit au partage ne peut être paralysé perpétuellement qu'en cas d'affectation permanente des biens à un usage commun. Cette affectation peut être naturelle : c'est le cas des parties communes dans l'immeuble en copropriété et des murs mitoyens. Le bien par sa structure même ne peut être que d'un usage commun : la propriété commune est donc perpétuelle¹.

La difficulté est ailleurs : peut-on affecter perpétuellement un bien à un usage commun, alors que le bien commun pourrait être autonome ? La jurisprudence est difficile à interpréter et reflète des hésitations structurelles sur cette question, puisque deux solides traditions françaises viennent en opposition : la méfiance envers les propriétés communes et le respect de la volonté des parties. Le droit suisse est plus clair sur ce point : le droit individuel au partage est paralysé dès lors que l'objet en copropriété «est affecté à un but durable» (art. 650 al. 1), ce qui veut dire que «le but poursuivi par la constitution de la copropriété ne peut être atteint que par le maintien de celle-ci»².

1. V. à propos des marais salants, CA Rennes, 27 oct. 1998, D. 2001. 1498, note E. LE CORNEC. L'arrêt consacre la pratique séculaire en considérant que seuls les œillets (lieu de récolte du sel) font l'objet d'une propriété privative ; en revanche, tous les autres éléments des marais sont communs et font l'objet d'une indivision forcée. En effet, «le découpage foncier des structures salicoles rend difficile un autre mode d'organisation juridique que celui de l'indivision forcée» (E. Le Cornec, note préc.).

2. P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, 5^e éd., Stämpfli, 2012, n° 1183.

La seule certitude est qu'une telle affectation perpétuelle ne saurait avoir lieu *en l'absence de convention*, et ce quelle que soit la destination des biens communs¹. En revanche, une convention entre propriétaires peut parfaitement réaliser une affectation du bien à un usage commun et, ce faisant, paralyser le partage (clause d'indivision forcée). Récemment, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir «exactement retenu que le droit au partage ne s'applique pas aux biens qui, par l'effet d'une convention, sont affectés à titre d'accessoires indispensables à l'usage commun de deux ou plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents»². Une propriété commune peut être un «accessoire indispensable» du fait de la nature du bien commun, mais elle peut l'être aussi parce qu'une convention a déclaré que c'était le cas.

L'incertitude vient du maintien d'un critère objectif : il est probable que la jurisprudence ne souhaite paralyser le partage que s'il existe objectivement un lien d'accessoire entre le bien commun et les fonds des propriétaires. L'accessoire doit alors se comprendre non dans le sens de bien «nécessaire» au principal, mais simplement «utile»³. En d'autres termes, un bien commun est non partageable dans deux situations : soit parce qu'il est objectivement «nécessaire» à l'usage commun, soit parce qu'il est objectivement «utile» à cet usage commun *et* que les parties ont entendu le rendre «nécessaire» par convention⁴.

749. La volonté des parties peut également paralyser le droit au partage *sans que le bien commun soit affecté*. C'est le cas des biens achetés en tontine :

1. V. en ce sens Cass. Civ. 3^{ème}, 25 sept. 2002, n° 99-20765, Bull. n° 180 ; LPA 9 déc. 2003, p. 17, note critique CORBION. : «aucun texte ne fait échapper les biens d'utilité religieuse, du seul fait de leur nature ou de leur destination, à la règle selon laquelle nul ne peut être contraint de rester en indivision».

2. Cass. Civ. 1^{ère}., 5 mar. 2014, n° 12-29548, non publié, RDI 2014. 401, obs. J.-L. BERGEL. Pour des exemples de jurisprudence antérieure, v. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 209-1.

3. Sur la porosité des termes «nécessaire» et «utile» dans la théorie de l'accessoire, v. G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969, n° 31 : «Le mot "nécessaire" n'est en effet pas toujours lui-même entendu au sens strict. Il est parfois employé seulement pour souligner la très grande utilité de l'accessoire sans pour autant qu'il soit absolument impossible d'en priver le principal».

4. Rappr. de manière plus générale, F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. de R. LE BALLE, LGDJ, 2014, n° 459 : «La volonté des parties est libre d'établir un lien de dépendance entre deux éléments. Toutefois, il importe qu'il existe bien une *dépendance*. Les variétés d'hypothèses visées par la maxime "accessorium sequitur principale" proviennent alors des conditions plus ou moins sévères exigées pour que ce lien soit établi».

le caractère aléatoire de l'opération suppose logiquement que les tontiniers ne bénéficient pas d'un droit de provoquer le partage¹. Toutefois, rien ne devrait empêcher les tontiniers de prévoir contractuellement la possibilité de demander le partage en plus d'une clause d'accroissement². L'intérêt de la double clause est qu'elle permet de bénéficier des avantages de la tontine, tout en permettant une mobilisation du bien en cas de difficulté financière³. L'opération peut être ainsi avantageuse entre époux séparés de biens.

750. Il est parfois plus difficile de savoir si le droit au partage peut être admis ou non. C'est le cas à propos de l'œuvre de collaboration du fait du silence de la loi. La structure de cette propriété commune fait-elle obstacle à un partage en valeur, résultant de la licitation de l'œuvre créée⁴? La formulation de l'article L. 113-3 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle fait obstacle à une application pure et simple de l'indivision : cet article a entendu créer une forme autonome de propriété commune. Cette dernière peut emprunter à l'indivision, comme la tontine, mais elle n'est pas l'indivision.

Deux considérations permettent de refuser l'application d'un droit *individuel* à un partage en valeur.

La première est que l'œuvre de collaboration suit par principe un régime d'unanimité (art. L. 113-3 al. 2, CPI). Il paraît donc curieux de reconnaître un droit individuel de demander le partage dans le silence de la loi, sauf à considérer que l'art. 815 est d'application directe⁵. A tout le moins une majorité renforcée

1. V. *supra*, n° 177.

2. La possibilité de créer contractuellement un droit au partage existe déjà dans les fonds communs de placement. Cf. Art. L. 214-8-4, C. mon. fin. : «Sauf stipulations contraires du règlement du fonds, les porteurs de parts ou leurs ayants droit ne peuvent pas provoquer le partage du fonds commun de placement». Les parties semblent libres de s'affranchir totalement des dispositions des articles 816 et s. du Code civil du fait de l'exclusion opérée par l'article L.214-8 du Code monétaire et financier.

3. Dans la *tenancy in common* anglaise, qui fonctionne également sur le modèle de l'accroissement, chaque *tenant* peut demander en justice un partage anticipé. S'il accepte la demande, le juge anglais a en outre le droit d'imposer une licitation du bien à la place d'un partage en nature. (V. MEGARRY et WADE, *The Law of Real Property*, 8^e éd., Sweet & Maxwell, 2012, §13-100.)

4. En ce sens, v. A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, n° 439. Seule la licitation est envisageable, car il existe une indivisibilité intellectuelle de l'œuvre commune excluant tout partage en nature (v. A. ROBIN, « L'indivision communautaire : quand rien ne va plus », *RLDA* nov. 2007, p. 94-95.).

5. Une telle application a été rejetée dans CA Paris, 20 juin 2008, n° 05/16247 ; Prop. Intell.,

serait envisageable pour opérer une telle licitation. Ainsi, dans la copropriété quirataire, qui est aussi une propriété commune de jouissance, la licitation du navire commun est soumis à une décision majoritaire en valeur (art. L5114-49, C. transp.).

La seconde considération vient de la spécificité du bien approprié. Contrairement à un bien ordinaire, la licitation ne saurait priver les coauteurs de leurs droits moraux sur leur œuvre commune. L'œuvre de collaboration paraît donc bien impartageable car les prérogatives s'exerçant sur le bien commun sont attachées indéfectiblement à la personne de chaque coauteur¹.

Les coauteurs ont donc tout intérêt à régler par contrat leurs relations réciproques, notamment en instaurant des règles de majorité s'ils sont plus de deux².

2. Les correctifs à l'absence de droit au partage

751. Si le droit de demander le partage est atténué, voire écarté, d'autres mécanismes juridiques peuvent préserver la liberté individuelle du propriétaire. Le correctif principal est bien entendu le droit de céder sa position ; un autre correctif, plus intermédiaire, est la faculté individuelle de demander le retrait.

a. Le correctif principal : le droit de céder sa position

752. Si le propriétaire en commun est privé à la fois du droit de disposer des biens communs et du droit de demander le partage, alors il n'a plus aucun accès au capital. Il dispose seulement du droit d'usage ou du droit de recevoir périodiquement les fruits et revenus. On sait déjà quel fut le substitut inventé : si

2008. 420, obs. A. LUCAS ; RTD Com. 2008. 545, obs. F. POLLAUD-DULIAN. En matière de copropriété de brevet, le rejet est explicite (art. L. 613-30).

1. V. en ce sens A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., LexisNexis, 2012, n° 195 : «Ce qui, selon nous, empêche le partage entre coauteurs, même par voie de licitation, est que l'attribution des droits ne peut être réalisée à titre définitif, en raison d'une part de l'existence du droit moral, par nature inaliénable, et d'autre part du fait qu'il est impossible en droit français d'envisager une cession complète des droits patrimoniaux, l'auteur cédant ayant vocation, par hypothèse, à retrouver la maîtrise des modes d'exploitation non expressément compris dans la cession, notamment de ceux inconnus au moment de celle-ci».

2. Sur la possibilité d'aménager par contrat une propriété commune, v. *supra*, n° 170. Sur l'exemple des syndicats de prêt, v. n° 229 et s.

le propriétaire en commun ne peut aliéner le bien commun, il peut en revanche céder sa position, considérée comme un bien lui appartenant en propre ¹.

753. Il est donc difficile de priver le propriétaire en commun *à la fois* du droit au partage et du droit de céder sa position, car il ne peut plus liquider la valeur de sa part. Cette double paralysie ne peut donc toucher que deux types de propriété commune.

Tout d'abord les propriétés communes qui sont la conséquence d'un engagement plus fort : tel est le cas de la communauté légale. Chaque époux est "prisonnier" de la propriété commune et ne peut s'en dégager unilatéralement. Mais ici la propriété commune est la conséquence du lien marital qui ne peut être remis en cause unilatéralement que selon certaines conditions et selon certaines procédures.

Ensuite, les propriétés communes où la dimension économique est effacée au profit d'une dimension affective. C'est le cas en particulier des *souvenirs de famille* où la mise en balance entre valeur économique et valeur sentimentale a été explicitement affirmée par la jurisprudence : «le bien candidat à la qualification "souvenir de famille" doit être immédiatement rattaché à la famille considérée et être doté d'une valeur affective familiale d'autant plus grande que sa valeur vénale est importante» ². La conciliation opérée par la jurisprudence montre la volonté de cantonner un mode de tenure des biens qui empêche toute liquidation de leur valeur patrimoniale.

754. Ces considérations permettent peut-être d'éclairer une autre incertitude liée à l'œuvre de collaboration : un coauteur peut-il céder sa quote-part dans l'œuvre ? Deux arguments incitent à répondre par l'affirmative. D'une part, si le droit au partage est paralysé, il est difficile de paralyser aussi la cession de quote-part, car l'œuvre de collaboration ne répond à aucune des deux exceptions

1. Sur la nature des parts, v. supra n° 409 et s. ; sur la faculté de céder sa part, v. supra n° 734 et s.

2. J. ROBICHEZ, *D.* 1999, p. 624, obs. sous Cass. Civ. 1, 12 nov. 1998. V. Cass. Civ. 1^{ère}., 21 fév. 1978, n° 76-10561, Bull. n° 71 ; D. 1978. 505, note LINDON ; JCP 1978 II 18836 concl. GULPHE, RTD Civ. 1978. 900, note SAVATIER. qui retient la nécessité de caractériser «une valeur avant tout morale, l'emportant sur toute valeur vénale».

précédentes¹. D'autre part, une telle cession est explicitement prévue en matière de copropriété de brevet (art. L. 613-29 e/, C. prop. intell.). En conséquence, la cession de part dans une œuvre de collaboration paraît devoir être admise, sous réserve d'un droit de préemption des autres coauteurs afin de préserver l'*intuitus personae* (application par analogie de l'art. 815-14, C. Civ.)². Une solution plus restrictive serait l'agrément à l'unanimité, susceptible lui aussi de deux variantes, selon que les coauteurs sont tenus ou non de trouver un cessionnaire ou de racheter la part en cas de refus³.

b. Un compromis : le retrait

755. Le droit de céder sa position de propriétaire en commun n'est un correctif acceptable à la paralysie du droit au partage que si cette cession est concrètement possible. Il faut donc que des tiers souhaitent intégrer la propriété commune et que les autres propriétaires acceptent cette adjonction. Or, dans toutes les propriétés communes marquées d'*intuitu personae*, la cession de position est encadrée par l'agrément ou de manière moins restrictive par le droit de préemption au bénéfice des autres propriétaires en commun. Dans ce cas, le propriétaire en commun risque encore de ne pas pouvoir liquider la part qu'il possède dans la propriété commune. L'alternative est alors de lui conférer un droit de retrait.

Le droit de retrait peut être défini *théoriquement* comme le droit pour un propriétaire en commun de recevoir unilatéralement sa part dans les biens communs, en nature ou en valeur, sans que la propriété commune prenne fin. Cette définition théorique englobe évidemment les retraits au sens technique du droit des groupements, mais aussi l'attribution éliminatoire dans l'indivision, le ra-

1. Le retrait est également impossible. Il a été jugé que l'article 121-4 du Code de propriété intellectuelle (droit de repentir ou de retrait) «ne s'entend que dans les rapports de l'auteur et du cessionnaire du droit d'exploitation de l'œuvre ; il n'a nullement vocation à gouverner les relations des coauteurs entre eux» (CA Paris, 20 juin 2008, n° 05/16247 ; Prop. Intell., 2008. 420, obs. A. LUCAS ; RTD Com. 2008. 545, obs. F. POLLAUD-DULIAN.).

2. V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, n° 705 ; M.-C. PIATTI, « La copropriété intellectuelle », *JCP - Cah. Dr. Entrepr.* 2004, 4, p. 12.

3. S'ils n'y sont pas tenus, le coauteur reste "prisonnier" de la propriété commune (il s'agit du régime en vigueur dans la SNC, art. L. 221-13, C. Com.). Comp. avec le régime de la société civile qui prévoit un agrément à l'unanimité mais aussi une obligation de trouver un cessionnaire ou de racheter les parts (art. 1861 à 1864, C. Civ.).

chat obligatoire par la société des parts du cédant en cas de refus d'agrément et le rachat des parts d'OPCVM à la simple demande du porteur.

Le droit de retrait a cependant l'inconvénient de porter atteinte à l'intégrité de la masse. Il n'est donc pas envisageable lorsque la masse est affectée à un objectif ou que sa destination nécessite le maintien de son intégrité¹. Il ne s'agit cependant que de tendances : les sociétés par actions qui s'étaient construites sur une forte protection du capital social admettent aujourd'hui des formes de retrait, notamment par l'émission d'actions rachetables. La différence est cependant encore palpable : la directive européenne 2012/30/UE du 25 octobre 2012 impose en effet que ces actions ne puissent être rachetées qu'au moyen de sommes distribuables (art. 43 d/) et le droit français a choisi d'interdire le rachat à la demande du porteur (art. L. 228-12, III, 4°, C. Com.).

756. Envisager le retrait comme un correctif permet peut-être d'éclairer une question délicate : le retrait doit-il se faire en nature ou en valeur ? Le retrayant peut-il demander par exemple la restitution du bien qu'il a apporté ? La Cour de cassation l'a admis. Dans un arrêt du 12 mai 2010, elle a jugé que le droit de reprise de l'apport prévu à l'article 1844-9 al. 3 du Code civil était applicable en cas de retrait². Cette interprétation littérale de l'article 1869 du Code civil est assez problématique : on peut en effet admettre que le principe de partage en valeur cède en cas d'accord des associés sur une attribution en nature de certains biens communs. En revanche, le droit de reprise à titre supplétif, s'il est concevable en cas de dissolution de la société, ne l'est pas en cas de partage partiel. En effet, le droit de retrait est une conciliation entre la préservation du droit au capital d'un propriétaire et le maintien de l'affectation de la masse commune. Permettre le retrait en nature peut perturber l'affectation si l'actif apporté était

1. Le droit de retrait est ainsi paralysé dans les sociétés civiles d'attribution en jouissance, qui s'apparentent à des formes de copropriété d'immeubles. L'article L. 212-9, al. 9 du Code de la construction et de l'habitation évince en effet l'article 1869 du Code civil.

2. Cass. Civ. 3^{ème}, 12 mai 2010, n° 09-14747, Bull. n° 94 ; D. 2010. 2608, obs. NÉSI, 2814, note D. R. MARTIN ; Rev. Sociétés 2010. 384, note J.-F. BARBIÉRI, RTD Com. 2010. 570, obs. MONSIÉRIÉ-BON. L'article 1869 al. 2 renvoie de manière générale à l'article 1844-9 al. 3. Or ce texte édicte deux normes : la faculté pour les associés de prévoir une attribution préférentielle statutaire ; le droit de reprise des apports, à titre supplétif. Tout l'enjeu était de savoir si le renvoi faisait référence à la seule première norme (ce qui ne pose aucune difficulté) ou à la totalité de l'article (ce qui est plus difficile à justifier).

stratégique. Or le droit de retrait est une *dérogation*, un *correctif* : la société est par définition une forme opérant un verrouillage des biens communs afin de permettre une affectation sur le long terme. Par conséquent, le droit de reprise des apports, tout à fait compréhensible en cas de partage après dissolution, ne l'est pas si la société entend maintenir son activité ¹.

757. Conclusion. Au final, les propriétés communes offrent un tableau plus nuancé que ne le sous-entend la traditionnelle distinction entre indivision partageable et personne morale non partageable. Selon la valeur marchande des biens communs, selon la présence ou non de liens communautaires, il est *plus ou moins* nécessaire de garantir le droit individuel pour chaque propriétaire de pouvoir liquider sa part dans les biens communs. Le droit le plus radical en ce sens, le partage, est souvent paralysé au profit d'autres droits plus indirects permettant de sauvegarder la masse commune tout en garantissant un minimum de liberté à chaque propriétaire.

§ 2. La mise en œuvre du partage

758. Le terme de partage est susceptible de recouvrir deux sens.

Dans un sens large et théorique, le partage désigne toute répartition du capital entre les propriétaires. Le partage constitue alors l'opération inverse de l'apport : le bien initialement commun devient individuel. En ce sens, les retraits et les réductions de capital sont des partages partiels s'effectuant en nature ou en valeur.

Toutefois, le partage *au sens technique* a un champ d'application beaucoup plus restrictif. Le partage désigne l'opération mettant fin à l'indivision, de manière partielle ou totale ². Par conséquent, ni le retrait ni les réductions de capital ne sont qualifiés de partage ³.

1. V. dans le même sens, J.-F. BARBIÉRI, *Rev. Sociétés* 2010, p. 384, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 12 mai 2010. *Contra* : D. R. MARTIN, *D.* 2010, p. 2814, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 12 mai 2010.

2. Le partage partiel n'est cependant qu'une exception supposant l'accord de tous les indivisaires, y compris en cas de partage judiciaire. Cf. P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions - Les libéralités*, 6^e éd., LGDJ, 2014, n° 922.

3. V. à propos d'un retrait et du refus d'application de la lésion, Cass. Civ. 3^{ème}, 15 jan. 1997, n° 94-22154, Bull. n° 15 ; Bull. Joly Sociétés 1997. 328, note J.-J. DAIGRE ; D. 1997, jur., p.

759. La conception restrictive retenue par le droit positif de la notion de partage reflète une spécificité du droit français. Bien qu'il existe une pluralité de formes de propriété commune, seule l'indivision successorale peut être partagée. Par conséquent, le partage des biens communs dans les autres formes ne peut se faire qu'après une transition vers l'indivision (indivision post-sociétaire, indivision post-communautaire) (A). Cette convergence ne doit cependant pas dissimuler le maintien de profondes différences entre les formes sur les modalités du partage. Au niveau de la propriété commune, l'égalité n'est pas nécessairement l'âme des partages (B).

A. L'indivision, forme de transition vers le partage

760. Le Code civil de 1804 fit le choix d'aligner les modalités du partage de la société et de la communauté sur le partage successoral entre cohéritiers. Il s'agit du seul reste du cadre commun entre propriétés communes qui avait été esquissé sous l'Ancien droit. Aujourd'hui, malgré les réformes, ce renvoi à l'indivision a perduré (cf. art. 1844-9 al. 2 et 1476 du Code civil). La conséquence est que les formes de propriété commune doivent être transformées en indivision avant partage (1), ce qui entraîne des hésitations permanentes du fait du particularisme de l'indivision successorale (2).

1. La transformation automatique

761. Les événements déclenchant la liquidation des propriétés communes sont évidemment très liés aux caractéristiques sociales et économiques de ces dernières. Un OPCVM peut ainsi être liquidé si son actif devient inférieur à 300 000 euros (Règl. gén. AMF, art. 411-21) ou en cas de retrait d'agrément. L'indivision successorale est liquidée dès lors qu'un des indivisaires fait une demande en partage (art. 816, C. Civ.). Chaque forme conserve en général son particularisme quant aux événements déclencheurs selon son degré de stabilité ¹.

216, note Ph. MALAURIE ; JCP 1997 II 22842, note A. COURET ; Defrénois 1997. 664, note H. HOVASSE. À propos d'une réduction de capital et du refus d'appliquer l'article 746 CGI, v. Cass. Com., 23 sept. 2008, n° 07-12493, Bull. n° 159 ; Dr. fisc. 2008, comm. 608, note G. BLANLUET.

1. Il en est de même en droit suisse malgré l'unité de la notion de propriété commune. Cf. P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, 5^e éd., Stämpfli, 2012, n° 1378 : « Les causes qui mettent fin

À partir de la dissolution de la forme, les biens communs deviennent automatiquement indivis. Il s'agit d'une *transformation* au sens général précédemment défini : les mêmes biens sont désormais appréhendés par une forme de propriété commune différente sans changement de propriétaires¹. Seule l'indivision successorale échappe à cette règle, puisque les biens communs étaient préalablement la propriété individuelle du défunt².

762. Désormais les règles de gestion sont celles de l'indivision et les droits individuels des propriétaires sur les biens communs sont ceux des indivisaires. Le changement peut être radical, notamment en matière de communauté dans le cas d'une liquidation suite à un divorce. La présomption de communauté s'efface sans qu'il y ait de présomption d'indivision qui lui succède³. Le régime des fruits et revenus est bouleversé, rendant le droit très peu lisible, notamment si l'un des époux exerce une profession indépendante⁴.

C'est cependant sur la question des pouvoirs que les incertitudes sont les plus grandes. La Cour de cassation a ainsi considéré dans un arrêt récent que le conjoint associé pouvait aliéner seul les parts sociales non négociables, au motif qu' «à la dissolution de la communauté, la qualité d'associé attachée à des parts sociales dépendant de celle-ci ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire qui n'en recueille que leur valeur»⁵. La solution est surprenante puisque l'accord du conjoint est requis pour cette opération tant dans l'indivision (art. 815-3, C. Civ.) qu'en régime de communauté (art. 1424, C. Civ.)⁶. Un arrêt récent semble revenir à un raisonnement plus orthodoxe en rappelant que dans l'indivision post-communautaire, l'aliénation d'actions indivises suppose

à la communauté sont prévues par les règles propres à chaque communauté».

1. Sur la transformation, v. supra n° 301 et s.

2. Cf. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 529.

3. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 532.

4. Sur ce problème récurrent des indivisions post-communautaires, v. supra, n° 708 et s.

5. Cass. Civ. 1^{ère}., 12 juin 2014, n° 13-16309, Bull. n° 108 ; D. 2014. 1908, obs. V. BRÉMOND ; JCP G 2014, chron. n° 1265, n° 10, obs. Ph. SIMLER ; JCP E 2014, chron. 1651, n° 4, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; RDC 2014. 715, obs. C. GOLDIE-GENICON.

6. P. SIMLER, « La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ? » in *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 565.

l'accord du conjoint¹. Ces hésitations montrent les difficultés à reconfigurer les pouvoirs lors du changement de forme.

763. Le passage de la société à l'“indivision post-sociétaire” est moins automatique que dans la communauté. En effet, l'article 1844-9 al. 4 autorise explicitement les associés à rester liés en indivision. Toutefois, dans la plupart des cas, le règlement de la part revenant à chaque associé aura lieu avant la clôture de la liquidation, tant que la personne morale subsiste. L'indivision post-sociétaire ne pourrait exister que volontairement ou par accident, si la liquidation est clôturée avant partage².

2. L'effet déclaratif du partage

764. L'effet déclaratif du partage a une histoire compliquée, oscillant entre considérations pratiques et rationalisations théoriques. Le droit civil ne peut qu'hésiter sur cette question : l'acte translatif a été pensé au regard de la commutation entre personnes distinctes, d'une propriété privée à une autre propriété privée. Tout mouvement entre masse commune et masse individuelle subit donc une contrainte conceptuelle puisqu'il ne s'accorde pas avec ce schéma : l'apport, comme le partage, en subissent les conséquences depuis maintenant plusieurs siècles³.

La manière de trancher ne peut donc être que pragmatique. Si le principe de l'effet rétroactif du partage s'est imposé dans l'Ancien droit, ce n'est pas en raison d'une analyse fine de l'opération, mais dans le souci de purger le bien attribué des hypothèques occultes qui le grevaient. Il fallait arbitrer entre les intérêts du cohéritier et ceux du créancier hypothécaire : les Parlements choisirent

1. Cass. Civ. 1^{ère}., 7 oct. 2015, n° 14-22224, à paraître au Bulletin ; JCP G 2015, doctr. 1342, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; Bull. Joly Sociétés 2016. 77, obs. E. NAUDIN ; RDC 2016. 327, obs. P. BERLIOZ ; Defrénois 2016. 236, obs. A. TADROS. Cet accord n'est pas requis en régime de communauté (la cogestion ne touche que les parts non négociables). La sanction retenue est également différente : inopposabilité et non nullité puisque l'article 1427 n'est pas applicable.

2. Cf. en ce sens P. LE CANNU et B. DONDERO, *RTD Com.* 2008, p. 802, obs. sous Cass. Com. 23 sept. 2008, p. 806 : «Il n'existe pas, là non plus, de “temps de raison” séparant la clôture de la liquidation et le versement de la part d'actif net qui doit revenir à chaque associé. Si l'indivision s'installe une fois close la liquidation, c'est parce que les associés n'ont pas, antérieurement, procédé à un partage amiable, ou obtenu un partage judiciaire».

3. V. *supra*, n° 305 et s.

nettement à la fin du XVI^e siècle de favoriser le cohéritier tout en accordant un droit d'opposition et de surveillance aux créanciers afin de déjouer les fraudes¹. Bien entendu, la doctrine fit ensuite son travail de rationalisation des solutions au moyen de bricolages conceptuels divers. Les partisans de l'effet translatif imaginèrent des cessions croisées de quotes-parts abstraites, tandis que les partisans de l'effet déclaratif inventèrent la propriété sous condition résolutoire. La question déjà délicate en elle-même fut noyée sous des analyses rationalisatrices de plus en plus sophistiquées.

765. Aujourd'hui, la plupart des enjeux pratiques qui orientaient la question ont pourtant disparu. Le droit fiscal reconnaît généralement la spécificité de l'apport et du partage par rapport aux actes authentiquement translatifs².

Au niveau civil, il n'existe plus de saisies ou d'hypothèques occultes. L'établissement d'un registre de publicité foncière permet de garantir aux créanciers et aux indivisaires le respect de leurs attentes (art. 2425, C. Civ.). D'autre part, la loi règle désormais le sort de l'hypothèque consentie par un seul indivisaire sur l'immeuble indivis (art. 2414 al. 2 et 3, C. Civ.).

Reste la rétroactivité dont on fait une conséquence de la nature déclarative du partage. Même si la loi le prévoit (art. 883, C. Civ.), on peut douter de l'utilité du régime complexe engendré par la rétroactivité. Il n'est même pas sûr que le droit positif soit encore compatible avec cette vision : il est ainsi probable qu'en cas de liquidation d'une indivision d'acquêts, l'effet rétroactif ne remonte qu'au jour de la dissolution, comme dans la communauté légale³. Pourtant, l'indivision d'acquêts étant une vraie indivision, il faudrait en toute rigueur remonter au jour de l'entrée du bien dans l'indivision...

766. En définitive, mieux vaudrait traiter l'indivision comme les autres formes de propriété commune. En l'absence de dispositions spéciales, soit l'acte

1. V. sur tous ces points J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2010, n° 1008, p. 1401.

2. L'article 746 du Code général des impôts énonce que «les partages de biens meubles et immeubles entre copropriétaires, cohéritiers et coassociés, à quelque titre que ce soit, pourvu qu'il en soit justifié, sont assujettis à un droit d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière de 2,50 %». Sur la fiscalité de l'apport, v. supra., n° 339.

3. V. en ce sens D. AUTEM, « Quel(s) partage(s) pour l'indivision des acquêts des partenaires ? », *Deffrénois* 2014, p. 1155.

est régulier, et dans ce cas, il s'impose à tous ; soit il est irrégulier, et, sauf réduction, le propriétaire en commun recevant le bien dans son lot pourra agir en nullité ou opposer une exception de nullité¹. Le partage, en lui-même, ne devrait avoir aucun effet sur la validité ou non des actes passés.

B. L'égalité, âme des partages ?

767. Le célèbre adage peut vouloir signifier trois choses différentes. En effet, la justice suppose toujours une forme d'égalité ; l'important est de savoir ce qui doit être mis à égalité². Or à propos du partage, au moins trois éléments peuvent être mis ou non à égalité³ :

- L'égalité des droits : les lots sont identiques.
- L'égalité du contenu : les lots doivent être le plus homogènes possible quant à la nature des biens les composant.
- L'égalité en valeur : chaque lot a une valeur effective correspondant aux droits⁴.

768. En théorie, un partage peut être égalitaire dans ces trois sens, dans deux seulement ou dans un. L'ordre suivi est celui du sens commun : l'idée de partage égalitaire renvoie fondamentalement à l'idée d'un partage égal par tête, puis éventuellement d'un partage égalitaire quant aux choses données et enfin quant à la valeur (eu égard aux droits).

Le paradoxe est que le droit semble retenir une hiérarchie inverse : seule l'égalité en valeur est aujourd'hui garantie par le mécanisme de la rescision pour lésion du partage. Certes, la lésion du partage ne peut plus entraîner la nullité de

1. V. dans le même sens, mais retenant la sanction de l'inopposabilité, W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 162-3.

2. Cf. les remarques d'Amartya Sen à propos des théories de la justice sociale, dans A. SEN, « Quelle égalité ? » in *Ethique et économie*, PUF, 2012. Sen montre que toutes les philosophies politiques sont pour une forme d'égalité, même ceux opposées à « l'égalitarisme ». La vraie et seule question est de savoir ce qui doit être égalitaire (le titre original de son essai est *Equality of What*). On peut ainsi prôner l'égalité des droits formels (Nozick), l'égalité des « biens de base » (Rawls), l'égalité des capacités (Sen), l'égalité quant à la perception d'un revenu périodique (théoriciens du revenu universel), etc.

3. P. CATALA, « L'égalité du partage » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 184-193.

4. *Ibid.*, n° 5 : « l'égalité du partage protège l'héritier en lui assurant des biens égaux à ses droits ; elle commande la valeur du lot qui lui revient ».

celui-ci, mais seulement un complément de part pour le copartageant lésé. Mais la protection voulue dès 1804 est maintenue : le partage, opération généralement subie, ne doit pas être source d'une perte économique injustifiée¹.

En revanche, l'égalité des droits et celle du contenu peuvent faire l'objet d'exceptions légales et/ou conventionnelles. Si la liberté est encadrée pour l'égalité quant au contenu (1), elle est en revanche presque totale pour l'égalité des droits, ce qui ouvre la question de la qualification de libéralité en cas de partage volontairement inégal (2).

1. L'inégalité quant au contenu des lots

769. Le XX^e siècle a vu l'érosion progressive et nette du principe d'égalité du contenu des lots. La réforme opérée par la loi du 23 juin 2006 précise dorénavant que «l'égalité dans le partage est une égalité en valeur» (art. 826, C. Civ.). En revanche, le contenu des lots peut être hétérogène entre les copartageants dès lors qu'il est plus rationnel qu'un bien commun soit attribué à l'un plutôt qu'à l'autre. Le moyen juridique pour obtenir ce résultat est l'attribution préférentielle : tel bien devra ou pourra être attribué à tel copartageant car il existe une raison légitime de le privilégier. L'idée est que le partage aboutisse à une *égalité améliorée* ; le risque est évidemment que l'hétérogénéité des lots soit un moyen de favoriser illégitimement un copartageant par rapport aux autres.

Les systèmes juridiques essayent donc de trouver un équilibre entre ces deux impératifs. Si un principe de liberté contractuelle est depuis longtemps reconnu, le problème est plus délicat si le contenu n'est pas défini à l'avance dans un acte juridique.

1. C'est ce caractère involontaire qui a justifié la protection de la rescision pour lésion en 1804, alors que ce principe était refusé en matière contractuelle pour les meubles. Cf. le discours du tribun Siméon devant le Corps législatif : «Quoique les lois nouvelles aient proscrit la rescision en matière de vente, on a dû la maintenir relativement au partage, parce que les principes en sont différents. Le vendeur demande le plus haut prix, l'acheteur aspire au moindre : étrangers l'un à l'autre, ils ne se doivent rien ; leurs intérêts, loin d'être communs, sont contraires ; le plus heureux ou le plus habile fait le meilleur marché. Il n'y a point de raison suffisante de les recevoir à rescision, puisque l'essence de leur contrat est de livrer et de prendre une chose vénale au prix dont ils seraient d'accord. [...] On est libre de ne pas vendre, on n'est pas libre de rester dans l'indivision. La base de la vente est l'avantage que chacun des contractants y cherche aux dépens de l'autre ; celle du partage est au contraire l'égalité» (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Videcoq, 1836, p. 240.).

a. La liberté de déterminer *ex ante* le contenu des lots

770. La liberté de déterminer contractuellement le contenu des lots existe depuis longtemps dans la communauté légale et dans la société. Dans la communauté légale, la clause de prélèvement moyennant indemnité (art. 1511 et s., C. Civ.) n'est qu'une attribution préférentielle de nature conventionnelle¹. Dans la société, l'article 1844-9 al. 2 autorise les associés à déterminer à l'avance comment s'opérera le partage entre eux. Toutefois, il faut bien différencier la faculté de déterminer le contenu des lots et l'opération d'attribution des lots ainsi constitués. Comme un arrêt l'a rappelé, si les statuts peuvent librement décider du contenu, une décision majoritaire ne saurait imposer à un copartageant l'attribution d'un lot. Le partage amiable suppose l'unanimité, même dans la société ; en cas de désaccord, c'est le juge qui devra opérer l'attribution². Enfin, la liberté est encore plus forte en matière successorale par le biais du testament-partage (art. 1079, C. Civ.).

De manière générale, à partir du moment où la convention respecte l'étendue des droits attachés à chaque propriétaire, ces derniers doivent être libres d'établir à l'avance la façon dont se diviseront les biens communs, de prévoir des attributions préférentielles conventionnelles, etc³. Cette faculté n'est que le reflet de leur liberté de propriétaires.

b. Améliorer l'égalité : le développement des attributions préférentielles

771. En l'absence de clause, le droit français part d'un principe strict et rigide d'égalité au niveau du contenu⁴. La manière de faire a donc été de prévoir

1. V. en ce sens J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001, n° 708.

2. V. sur ce point Cass. Com., 30 mai 2007, n° 05-13851, Bull. n° 151 ; JCP N 2007, n° 43, p. 32, note J-P. GARÇON ; Rev. Sociétés 2007. 787, note J-F. BARBIÉRI ; Dr. Sociétés, janv. 2008, p. 17, note R. MORTIER.

3. La liberté des partenaires dans le Pacs devrait donc être totale en la matière.

4. Cf. P. CATALA, « L'égalité du partage » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 184-193, n° 12 : « Pour les rédacteurs du Code civil, gardiens à cet égard de la pensée jacobine, l'égalité en nature du partage était un moyen essentiel de rompre avec les pratiques successorales de l'ancien droit. La justice héréditaire postulait en ce temps-là qu'un héritier ne puisse bénéficier des propriétés foncières alors qu'un autre n'aurait obtenu que des biens mobiliers ».

diverses exceptions, de plus en plus nombreuses¹. Le droit positif est aujourd'hui d'une grande complexité : certaines attributions préférentielles sont obligatoires, d'autres sont soumises à une appréciation du juge.

772. Contrairement au principe d'interprétation stricte des exceptions, la Cour de cassation tend à étendre le champ des attributions conventionnelles. Elle a ainsi considéré de manière générale que «l'attribution préférentielle peut être demandée, sous les conditions prévues par la loi, dans le partage des indivisions de nature familiale»². Cette référence à la nature sociologique de la propriété commune en cause est remarquable et parfaitement fondée. La Cour ne s'arrête pas à la lettre des textes, mais tente de s'assurer que la rationalité des attributions préférentielle soit préservée. L'enjeu est d'importance car la multiplication des textes a pu engendrer des oublis. Ainsi, si l'article 831 al. 2, relatif aux entreprises, prévoit une faculté d'attribution préférentielle des droits sociaux, l'article 831-2, relatif au local d'habitation, ne vise, lui, que la «propriété» du local. Que faire dès lors si le logement familial est possédé par une SCI ? L'ex-conjoint peut-il demander l'attribution préférentielle des parts sociales de la SCI ?

À prendre la personnalité morale de la société civile au sérieux, il ne le peut pas : la propriété des parts ne peut se confondre en toute rigueur avec la propriété du local d'habitation. Heureusement, la Cour de cassation a tenu compte de la particularité des SCI «familiales». Ainsi, un arrêt d'appel avait autorisé une telle attribution. L'arrêt est cassé non pour violation de la loi, mais pour défaut de base légale³. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel aurait pu opérer une attribution préférentielle des parts de la SCI si deux conditions étaient réunies : la SCI n'est pas propriétaire d'un autre bien que le logement et les époux sont les seuls associés de la SCI. En posant ces conditions, la Cour de cassation consacre implicitement le particularisme des sociétés civiles de jouissance. Leur personnalité morale s'efface pour redonner un droit direct des copropriétaires sur les

1. J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2010, n° 1007 : «La réglementation de cette attribution est soumise à une véritable effervescence législative. Elle est constamment remise en chantier».

2. V. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990, n° 89-10429, Bull. n° 209, JCP G 1991 II 21641, note Ph. SIMLER ; JCP N 1991 II 43, note SALVAGE.

3. Cass. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, n° 11-20075, Bull. n° 215, D. 2013. C. Cass. 591, obs. CA-PITAINE ; AJ fam. 2013. 63, obs. HILT ; Rev. sociétés 2013. 167, obs. E. NAUDIN.

biens. Malgré le règne de la personne morale, la logique de la *societas unius rei* refait périodiquement surface ¹.

773. Le juge semble donc à l'étroit dans la liste légale de cas où l'attribution préférentielle est admise et tente de s'en émanciper. Il en effet improbable que la diversité des situations familiales puisse être prévue dans une liste limitative d'exceptions ; mieux vaudrait accorder au juge une faculté générale de prononcer une attribution préférentielle ². Le droit français pourrait s'inspirer du droit suisse qui autorise le juge à prononcer une attribution préférentielle dans les partages entre époux dès lors que l'un d'eux démontre un «intérêt prépondérant» (art. 245, C. Civ. suisse) ³.

2. Inégalité dans le partage et libéralités

774. La dernière forme d'égalité, l'égalité des droits, ne vaut qu'à titre supplétif. Les propriétaires peuvent définir comme ils le souhaitent leurs droits sur la masse partageable. Une forme juridique peut d'ailleurs déconnecter la «part» dans les biens partageables de la «part» dans les revenus : les actions de préférence ouvrent une telle possibilité dans les sociétés.

Toutefois, cette faculté laisse ouverte la qualification juridique, et notamment celle de libéralité. Si un propriétaire réduit volontairement sa part dans les biens au regard de ce qu'il aurait pu obtenir, faut-il considérer qu'il consent une libéralité aux autres propriétaires ?

775. La question touche toutes les propriétés communes, même si historiquement elle est liée à l'avantage matrimonial. Selon les cas, l'avantage matrimonial est traité comme un acte à titre onéreux (art. 1527 al. 1), mais parfois

1. Pour la prise en compte de ce type de société en droit contemporain, v. F. MASSON, « La transparence et l'obstacle », *LPA* 9 fév. 2015, p. 7.

2. V. en ce sens J. PATARIN, « Le partage des indivisions de nature familiale » in *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p. 318. ; plus réservé, P. CATALA, « L'égalité du partage » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 184–193, n° 20.

3. Comp. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 jan. 2016, n° 14-29651, à paraître au Bulletin ; Dr. famille 2016, n° 3, p. 53, obs. M. NICOD. Les juges du fond avaient décidé d'attribuer des bijoux à l'un des copartageants car ces bijoux, «d'une valeur essentiellement sentimentale, ont été remis à Mme B. par sa mère». L'arrêt est cassé pour violation de l'article 826 du Code civil, car «en dehors des cas limitativement énumérés par la loi, il ne peut être procédé au moyen d'attributions».

comme une donation révocable, en cas d'enfants non communs ou en cas de divorce, la présomption de gratuité étant irréfragable dans le premier cas et réfragable dans le second. Peut-on dépasser ce dualisme de régime au profit d'une théorie unitaire qui ne se contente pas d'invoquer le caractère *sui generis* de l'opération ?

L'enjeu pratique ne concerne pas tellement les rapports entre époux, mais les autres propriétés communes. Une clause de partage inégal dans la convention d'indivision d'acquêts doit-elle être assimilée à un «avantage pacsial» ou doit-elle être qualifiée de libéralité ? Une convention entre associés prévoyant une répartition de l'actif social différente de la répartition dans le capital social opère-t-elle donation indirecte ?

776. La première remarque est que la distinction entre acte à titre gratuit et acte à titre onéreux a été forgée pour les commutations et non pour les modalités de partage¹. L'acte à titre gratuit s'assimile souvent avec la donation ou le testament et l'acte à titre onéreux avec la vente. Or une distribution stipulée inégale entre des propriétaires n'est pas un transfert direct entre ces propriétaires : l'avantage matrimonial, relatif au partage des biens communs, n'est pas assimilable à la donation entre époux. La donation est une opération entre deux propriétaires distincts ; les distributions inégales portent sur des biens initialement communs au "donateur" et au "donataire".

777. Le raisonnement conceptuel étant voué à l'impasse, il doit laisser place à un raisonnement sociologique, en distinguant les types de propriété commune.

Dans les propriétés communes d'entreprise, la qualification de libéralité paraît difficile à retenir. Car comme le faisait remarquer Jean Carbonnier, «personne n'a pensé qu'un avantage particulier pût jamais constituer une donation, pas même une donation de la société à certains associés, encore moins une donation entre associés»². La raison de ce rejet vient moins de la spécificité de l'opération de distribution que du caractère intéressé de la société. La loi de la

1. V. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 713, note 35, qui tracent un parallèle entre les avantages matrimoniaux et les clauses de partage dans les contrats de société.

2. J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1932, p. 783.

rationalité qui gouverne ce type de propriété commune chasse l'intention libérale¹.

En revanche, une distribution volontairement inégale au sein d'une société entre membres d'une même famille laisse beaucoup plus de prise à la qualification de libéralité sous forme de donation indirecte. La Cour de cassation a cependant jugé l'inverse, au motif que la répartition inégale des bénéfices au profit des nus-propriétaires procède d'une décision collective et que par un simple vote, les usufruitiers «n'avaient pu consentir une donation ayant pour objet un élément de leur patrimoine»². Ce rejet de la qualification de donation indirecte témoigne «d'une conception formelle jusqu'à l'absurde du fonctionnement sociétaire»³. En effet, comme aucune fonction de la personne morale n'est ici en cause (point d'imputation pour les relations externes, protection de l'affectation, durée), on peut recourir à une interprétation réaliste de la personne morale. Les associés doivent être vus comme des propriétaires en commun : s'ils modifient volontairement leur vocation aux bénéfices, il y a bien appauvrissement et enrichissement corrélatif. C'est bien une donation *indirecte*, puisqu'elle s'opère non par un flux direct entre donateur et donataire, mais via une «modalité qui esquivé toute transmission de richesse entre les parties»⁴.

778. En revanche, dans les propriétés communes domestiques, il existe indubitablement un particularisme. La raison vient du fonctionnement de ces propriétés communes : elles engendrent toujours des enrichissements ou appauvrissements liés à la vie en commun⁵. Cette mutualisation naturelle fait qu'*au sein d'une communauté de vie*, le droit ne peut pas traiter l'appauvrissement

1. Pour l'assimilation de l'acte à titre gratuit avec un acte irrationnel, v. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2000, n° 594 et s.

2. Cass. Com., 18 déc. 2012, n° 11-27745, Bull. n° 230 ; Rev. Sociétés 2013. 203, note H. LE NABASQUE ; Dr. Sociétés 2013, comm. 44, obs. H. HOVASSE ; JCP G 2014, doct. 183, obs F. DEBOISSY et G. WICKER.

3. F. DEBOISSY et G. WICKER, *JCP G* 2014, doct. 183, n° 3, obs. sous Cass. Com. 18 déc. 2012.

4. R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, p. 1409, n° 7.

5. Cf. B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? » in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 33-44, p. 37 : «La vie en communauté aboutit nécessairement à l'enrichissement de l'un grâce à l'autre».

sans contrepartie comme il le fait envers des tiers étrangers l'un à l'autre¹. Si les avantages matrimoniaux «ne sont point regardés comme des donations», ce n'est pas parce qu'ils sont à titre onéreux, mais parce que le "communisme domestique" chasse la libéralité². L'appauvrissement sans contrepartie est un acte anormal entre étrangers ; il devient normal dès lors qu'il touche les biens communs domestiques³. La seule limite à cette liberté de répartition est de respecter les droits des tiers, s'ils sont jugés plus importants (les enfants non communs pour les avantages matrimoniaux). Si la propriété commune avait été reconnue dans son originalité, il existerait une action en "réduction" spécifique pour les distributions volontairement inégales. A défaut, le droit civil a utilisé ce qu'il avait sous la main : la réduction des libéralités⁴.

Si une telle vision sociologique était adoptée, la modification volontaire de l'étendue des droits dans l'indivision d'acquêts ne devrait pas être qualifiée de libéralité. En effet, depuis la loi du 23 juin 2006, le législateur reconnaît un fort aspect communautaire au Pacs, puisque l'indivision d'acquêts se partage obligatoirement par moitié, quelle que soit la hauteur des contributions de chaque

1. «L'hébergement d'une personne par son concubin, dans le cadre de leur vie commune, ne donne pas lieu au versement d'une indemnité d'occupation, sauf convention particulière dont la preuve incombe à celui qui sollicite une telle indemnité» (Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, n° 96-19221, non publié ; Dr. fam. 1998., n° 114, note H. LÉCUYER.).

2. Le communisme domestique désigne le principe «selon lequel il n'y a pas de "calcul" de répartition, chacun apportant la contribution qui correspond à ses forces et obtenant la jouissance de ce qui est nécessaire à ses besoins (pour autant que les biens disponibles soient suffisamment abondants)» (M. WEBER, *Économie et société : L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, t. 2, Pocket, 1995, p. 83-84.). Sur ce particularisme des propriétés communes domestiques, v. supra, n° 180.

3. Rappr. Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, préf. de M. NICOD, Dalloz, 2015, n° 141 : «le régime matrimonial peut porter en lui-même une inéquivalence objective et subjective des prestations. Celle-ci peut être consentie dans une intention gratuite. Pour autant, il ne s'agit pas d'un acte nécessairement gratuit. En effet, la gratuite inhérente au régime matrimonial n'est pas une composante essentielle, ni une donnée catégorique. [...] Ces développements rejoignent le débat non juridique de l'altruisme et de l'égoïsme dans la relation amoureuse : vivre son amour, est-ce se satisfaire soi-même ou apporter un bienfait à l'être aimé ? L'impossibilité d'aboutir à une solution convaincante résulte de l'étroitesse du schéma de pensée qui consiste à ne choisir qu'une seule des deux données. Elles coexistent.».

4. V. en ce sens, B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? » in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 33-44, p. 42 : «La loi use d'un mécanisme approprié mais c'est un emprunt du droit des régimes matrimoniaux au droit des libéralités et des successions. C'est tout. La preuve s'en évince par le fait qu'ainsi cantonné l'avantage matrimonial demeure de l'ordre du droit matrimonial et n'est pas considéré, en particulier par le fisc, comme une libéralité».

partenaire (art. 515-5-1, C. Civ.). L'«avantage pacsial» pourrait donc être aussi reconnu¹.

779. Conclusion de la section. L'objectif de cette section était de remettre le partage à sa juste place.

Sur le principe tout d'abord, le partage n'est pas de l'essence de la propriété commune, qui serait «temporaire» par nature. Il n'est qu'une faculté permettant au propriétaire de recevoir sa part des biens communs. Cette faculté a cependant l'inconvénient de mettre fin à la propriété commune : aussi est-elle aménagée, voire complètement supprimée dans certaines formes. Lorsque c'est le cas, les formes de propriété commune prévoient quasi systématiquement des correctifs permettant au propriétaire de liquider la valeur de sa position. Le partage n'est donc qu'un outil parmi d'autres dans les équilibres institutionnels que chaque forme essaye de construire au regard des caractéristiques économiques et sociologiques de la propriété commune en cause.

Cette prise en compte de la dimension sociologique des propriétés communes s'observe également dans la mise en œuvre du partage. La rétroactivité a perdu ses principales raisons d'être et vient contrarier l'organisation fine des habilitations juridiques prévues par la forme en cause. L'aspect égalitaire du partage, essentiel historiquement dans le cadre successoral, s'accommode de plus en plus avec d'autres impératifs : la rationalité dans la composition des lots et la prise en compte de la spécificité des propriétés communes domestiques.

1. En ce sens, F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, 14^e éd., LexisNexis, 2015, n° 1408, qui estime très improbable que la qualification d'abus de droit ou de donation indirecte soit retenue par le juge fiscal au vu de la formulation de l'actuel art. 515-5-1. *Contra*, I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 4^e éd., LGDJ, 2015, n° 776 et 777.

Conclusion du chapitre

La propriété privée unitaire est un mode de relation aux biens qui consiste à attribuer au(x) propriétaire(s) un bien en lui réservant les utilités économiques qui en découlent - à moins qu'une loi n'en dispose autrement. La propriété commune, par sa définition même, doit en outre *répartir* ces utilités économiques et les biens. Ce problème d'allocation est résolu de manière différente selon les formes.

En ce qui concerne la répartition des utilités sur les biens, on peut distinguer très classiquement l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. La concurrence entre les propriétaires oblige à des aménagements. Le *fructus* est la prérogative la moins atteinte, car il est assez facile de répartir les fruits et revenus communs. L'*usus* peut parfois être exercé de manière concurrente, mais suppose en général l'attribution de sphères d'exclusivité, voire une suppression si la propriété commune est affectée. Enfin l'*abusus* est paralysé dans la plupart des cas, car la vente d'un bien commun par un seul propriétaire est perçu comme portant une trop grande atteinte aux droits des autres.

La part *dans* les biens communs est une valeur économique individuelle pour le propriétaire, qu'il peut vouloir mobiliser pour son intérêt personnel. La faculté de demander le partage n'est qu'un moyen de liquider la part. Mécanisme perturbateur, le droit au partage est atténué, soumis à des conditions sévères, voire complètement écarté. Dans ce cas, des mécanismes correcteurs permettent de protéger la situation individuelle du propriétaire : faculté de céder sa position, droit de retrait. Ces institutions ne peuvent donc pas se comprendre indépendamment les unes des autres : elles forment un équilibre institutionnel s'adaptant au contexte de l'appropriation. Une telle attention aux situations sociologiques se manifeste également dans la mise en œuvre du partage. Si le point de départ est l'égalitarisme régissant l'indivision successorale, des atténuations et des tempéraments sont visibles, que ce soit dans le champ des attributions préférentielles ou sur la qualification des distributions inégales.

Chapitre 2

Assumer le passif ?

780. Le droit civil tient soigneusement séparée la question des dettes de celle de la propriété. À première vue, cette séparation est logique : la simple propriété d'un bien ne peut générer des dettes sans un acte juridique ou un fait illicite¹. À chaque fois, c'est la personne du propriétaire qui est à la source de la dette, par sa volonté ou son action. La dette est donc rattachée à la personne, et jamais au bien².

Pourtant, les fruits civils naissent aussi d'actes juridiques portant sur le bien. Or c'est bien le but de la qualification de "fruit" que de corréler le revenu perçu à la qualité de propriétaire. Tout se passe comme si la créance de loyer "émanait" du bien, la volonté du propriétaire étant mise à l'arrière-plan.

Cette différence de traitement permet de faire de la propriété un facteur de richesse, un pur actif. Mais elle relègue les dettes dans un statut incertain : font-elles partie du patrimoine de la personne comme le veut la théorie classique ? Sont-elles simplement rattachées à la personne, le patrimoine étant composé du seul actif³ ? Tant que l'on raisonne en termes de propriété individuelle, ces dis-

1. L'idée d'une responsabilité *propter rem*, si elle a pu être défendue par le passé, n'est plus en phase avec le droit positif (cf. N. PIERRE, « Propriété et responsabilité » in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz/LGDJ, 2006, p. 423-443.).

2. La manière dont les relations entre voisins ont été absorbées par la responsabilité civile via la théorie des troubles de voisinage est à cet égard très significative. Sur les limites de ce mouvement, v. R. LIBCHABER, « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles de voisinage » in *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, p. 421-439.

3. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801.

cussions ne sont que théoriques. Elles peuvent éclairer la manière dont le droit civil s'est construit ; mais les conséquences pratiques sont peu importantes car l'identité du débiteur n'est jamais en cause ¹.

781. En revanche, dès lors que les biens en cause font l'objet d'une propriété commune, il est vital de distinguer quelles dettes seront communes et quelles dettes seront strictement personnelles. Car si tous les propriétaires ont vocation à assumer les dettes communes, ils n'ont pas vocation à assumer les dettes personnelles des autres.

Chaque forme juridique *doit* établir un critère permettant de distinguer les deux catégories de dettes. La présence d'une personne morale tend à simplifier les choses : les dettes communes seront celles passées par la personne morale, et seulement elles. En l'absence de personnalité juridique, le critère se fonde sur la nature des dettes en cause, leur objet ou leur cause, de manière variable. On peut ainsi identifier les «dettes de l'indivision» (via l'art. 815-17, C. Civ.) ou les «dettes de la communauté» (art. 1409, C. Civ.). L'existence d'une telle catégorie de dettes a été perçue comme marquant le début de l'autonomie patrimoniale et donc une sorte de personnification. Mais poussons le raisonnement jusqu'au bout : le mur mitoyen fait naître une dette commune entre voisins (art. 655, C. Civ.). Ne faudrait-il donc pas reconnaître la personnalité morale au mur mitoyen ? L'existence de dettes communes est la conséquence de l'existence d'une propriété commune, *rien de plus*.

782. Une fois que les dettes communes sont définies, les difficultés ne sont pas terminées. Car il faut déterminer ce que veut dire être engagé à payer les dettes communes. Le premier réflexe est de considérer le propriétaire comme étant codébiteur, c'est-à-dire qu'il est tenu sur tous ses biens au paiement de ces dettes (art. 2284, C. Civ.). C'est le cas dans certaines propriétés communes, mais pas dans toutes. En effet, dans certaines sociétés, il n'est pas du tout tenu sur son patrimoine personnel. Seule la masse commune répond des dettes communes : le propriétaire en commun bénéficie alors d'une limitation de responsabilité.

1. M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583, n° 29 : « cela revient au même de dire que l'actif doit répondre du passif, tous deux faisant partie du patrimoine, ou de dire que le patrimoine doit répondre de l'ensemble des dettes de la personne ».

783. Cette structure est l'exact reflet de la situation accordée aux créanciers personnels. Comme cela a été vu, en principe les biens communs font partie du gage des créanciers personnels, mais par exception, le droit les y soustrait en constituant la masse commune en patrimoine autonome ¹.

Dire que l'autonomie de la masse commune et symétriquement la limitation de responsabilité sont des exceptions veut dire qu'elles doivent être *justifiées*. Il faut mettre à jour les raisons économiques et sociologiques qui obligent à priver les créanciers, personnels ou sociaux, d'une partie de leur droit de gage. Ces raisons sont cependant très différentes dans les deux cas. L'éviction des créanciers personnels se justifiait par l'affectation des biens communs à la réalisation d'un objectif, supposant donc de maintenir leur intégrité. En revanche, l'éviction des créanciers communs vient de raisons économiques beaucoup plus disparates et contingentes. Ce qui explique que si personne ne souhaite remettre en cause l'autonomie patrimoniale des sociétés, de nombreuses voix critiquent la limitation de responsabilité dont bénéficient les actionnaires dans certaines circonstances.

Les deux exceptions n'ont donc ni le même fondement, ni la même force. Certes, elles peuvent se cumuler au sein d'une même forme. Ainsi, dans les sociétés à risque limité, les créanciers communs ne peuvent saisir que les biens communs et les créanciers personnels que les biens personnels. On retrouve alors le paysage rassurant de patrimoines assignés à un sujet de droit unique.

Toutefois, les deux exceptions sont *dissociables* : certaines formes retiennent une exception et pas l'autre. Ainsi, les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif accordent une autonomie patrimoniale mais autorisent les créanciers sociaux à poursuivre les associés personnellement (art. 1857 et s.). Et en sens inverse, dans la copropriété quirataire, il est possible de prévoir une responsabilité limitée des quirataires (art. L. 5114-38 et s., C. transp.), alors que leurs créanciers personnels peuvent obtenir la licitation du navire si la saisie porte sur la majorité des parts, sauf opposition «sérieuse et légitime» (art. L. 5114-47 et s, C. transp).

784. La question de la responsabilité illimitée ou limitée des propriétaires ne peut se régler par simple déduction conceptuelle de ce qu'est une personne

1. V. *supra*, n° 338 et s.

morale ou une propriété collective. Le choix d'un régime dépend de facteurs non juridiques, essentiellement sociaux et économiques. Le droit intègre ces facteurs en définissant souvent de manière subtile et graduelle les droits des créanciers communs à l'encontre des propriétaires en commun pris personnellement. Exactement comme il définit de manière subtile et graduelle les droits des créanciers personnels sur les biens communs.

Reste que, comme en matière d'autonomie patrimoniale, les formes de propriété commune doivent choisir entre deux grandes options : soit les créanciers communs ont la faculté de se désintéresser sur le patrimoine individuel, y compris avec des contraintes et aménagements (Section 1) ; soit ils ne peuvent se désintéresser que sur la masse commune, ce qui nécessite alors d'expliquer la raison d'être de cette immunité (Section 2).

Section I L'obligation personnelle aux dettes communes

785. Même lorsqu'ils ont vocation à assumer le passif commun, les propriétaires ne sont pas tenus des dettes communes aussi directement qu'ils le sont de leurs dettes personnelles. Parce que ce sont des dettes communes, la forme juridique de propriété commune s'interpose et réglemente la manière dont le passif est assumé. Pour le passif aussi, il existe des formes plus ou moins transparentes, c'est-à-dire des formes qui exposent plus ou moins les propriétaires à une action en paiement des créanciers communs.

Ce degré d'exposition peut aider à structurer la matière : le propriétaire peut assumer le passif de manière *directe*, c'est-à-dire suite à une demande directe en paiement du créancier commun (§1) ; il peut aussi y contribuer de manière *indirecte*, en interne (§2).

§ 1. Le paiement direct des dettes communes

786. Dans la plupart des formes simples de propriété commune, les propriétaires sont exposés à un paiement direct des créanciers communs. Ainsi en est-il dans l'indivision : les créanciers de l'indivision peuvent certes agir sur les biens indivis comme le prévoit explicitement l'article 815-17 du Code civil, mais ils peuvent aussi agir directement contre un ou plusieurs indivisaires, étant entendu que ces derniers sont tenus de manière conjointe¹. Le paiement de la dette commune rend l'indivisaire *solvens* lui-même créancier de l'indivision, lui ouvrant droit au prélèvement avant partage pour le montant de la dette ainsi acquittée. Il en était de même dans la société civile avant la réforme de 1978 : l'ancien article 1863, tel qu'interprété par la jurisprudence, permettait au créancier de demander paiement indifféremment soit à la société, soit à l'associé².

787. La vraie difficulté vient de la personnalité morale. Les dettes communes sont imputées à une personne fictive à des fins de simplification des opérations avec les tiers. Or si les propriétaires restent tenus d'assumer le passif commun, la fiction juridique de la personnalité morale vient empêcher d'y voir une cotitularité usuelle.

Au final, la présence d'une personne morale vient compliquer un mécanisme simple. Les hésitations sur la nature et le régime de l'obligation aux dettes sociales dans les sociétés à risque illimité en sont l'exemple le plus frappant (A). La solution pour comprendre le droit positif est de prendre en compte la spécificité de cette opération - le paiement direct d'une dette commune (B).

1. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, n° 12-27059, Bull. n° 119, RLDC 2014/03, p. 58, obs. A. PAULIN ; Gaz. Pal. 12 février 2014, p. 18, obs. Ch. ALBIGES ; JCP G 2014. 751, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; RTD Civ. 2014. 405, obs. W. DROSS. Pour le caractère conjoint des dettes de l'indivision en l'absence de stipulation de solidarité dans le cocontrat, v. Cass. Civ. 1^{ère}, 29 nov. 2005, n° 03-11385, Bull. n° 460, Dr. et Patr. 2006, 93, obs. J.-B. SEUBE.

2. V. en ce sens Cass. Civ. 3^{ème}, 6 fév. 1969, Bull. n° 121 ; D. 1969. 434, note B. BOULOC.

A. L'obligation aux dettes communes en présence d'une personne morale

788. L'obligation aux dettes sociales est généralement analysée comme une forme de garantie légale. Le raisonnement est le suivant : l'associé est tenu par la loi de payer les dettes de la société. Or les dettes sociales sont dues par la personne morale, c'est-à-dire un tiers. L'associé est donc tenu de payer la dette d'autrui, ce qui fait de lui un garant.

Un tel raisonnement suppose évidemment que la personne morale soit considérée comme un tiers "comme les autres" à l'égard des associés. Ici comme ailleurs, une telle vision est peut-être trop rapide. Il faut donc atténuer la conception orthodoxe de l'obligation aux dettes sociales pour lui substituer une analyse plus respectueuse de la spécificité des propriétés communes.

1. Un retour à la cotitularité originelle

789. Lorsque les sociétés à risque illimité n'étaient pas personnifiées, les associés étaient tenus des dettes sociales de manière directe, sans qu'il soit besoin de le justifier par un mécanisme juridique particulier. Ils étaient coobligés aux dettes sociales, de manière conjointe ou solidaire selon les cas¹.

Si l'on respecte la logique individualiste du droit civil, il n'existe que deux analyses possibles en présence d'une personne morale. *Ou bien* les associés sont les garants personnels de la société ; *ou bien* ils sont les coobligés de cette dernière².

Le problème est que la jurisprudence a explicitement rejeté ces deux qualifications, et surtout le régime qui aurait dû s'ensuivre.

790. Une ligne jurisprudentielle bien établie refuse en effet de considérer l'associé comme une caution de la société, lui permettant d'invoquer l'article

1. Sur le lien direct entre personnification des sociétés à risque illimité et les hésitations sur l'obligation aux dettes sociales, v. Y. CHARTIER, « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. sociétés* 1980, p. 1, n° 20 et s.

2. En faveur de la première qualification, v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1398. En faveur de la seconde, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015, n° 1253.

1415 ou 2314 du Code civil¹. Certes, une voie de sortie est de considérer que l'associé est un garant personnel *sui generis*, et non une caution. Toutefois, une telle qualification n'indiquerait aucun régime applicable, puisqu'une telle garantie ne saurait être qualifiée ni de garantie autonome, ni de garantie indemnitaire².

Le rejet de la qualification de coobligé de la société a été explicitement affirmé par la Chambre commerciale dans un arrêt récent³. Conceptuellement en effet, les associés ne sont pas tenus aux côtés de la personne morale à l'encontre du créancier, comme si la personne morale était l'un d'entre eux. La personne morale est un point d'imputation pour la collectivité des associés : elle vise à remplacer la figure du cocontrat. La personne morale se substitue à la cotitularité des associés : on ne peut donc pas créer une cotitularité des associés et de la personne morale. Seule une véritable obligation solidaire ou un cautionnement souscrit par un ou plusieurs associés peut assurer une telle co-obligation.

791. Comment comprendre alors l'obligation aux dettes sociales ? Comme une manière de préserver l'étendue du droit de gage des créanciers sociaux, s'étendant à la fois sur la masse commune et sur l'intégralité des patrimoines personnels des associés. La personnification des sociétés a pour but de simplifier les opérations contractuelles avec les tiers ; elle n'avait pas pour but de limiter le droit de gage des créanciers à la simple masse commune (dans les sociétés à risque illimité). Pourtant, une lecture orthodoxe de l'art. 2284 conjuguée à la fiction de la personne morale aurait pu aboutir à une telle conséquence. Voilà pourquoi la loi doit intervenir pour assurer aux créanciers le droit de poursuivre individuellement les associés. En réalité, l'obligation aux dettes sociales permet de maintenir la cotitularité originelle *malgré* la fiction de la personnalité morale. Si la personnalité morale désavantage le créancier en bridant son droit de gage, le droit "*dépersonnifie*" pour les besoins de la cause la société et revient à la figure du cocontrat.

1. V. par exemple Cass. Civ. 3^{ème}, 17 jan. 2006, n° 02-16595, Bull. n° 15 ; JCP G 2006 I 168, n° 8, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

2. Cf. en ce sens P. BRIAND, « Retour sur la notion de coobligé », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 676, , qui propose la qualification de coobligé subsidiaire adjoint.

3. Cass. Com., 20 mar. 2012, n° 10-27340, Bull. n° 61, *Rev. sociétés* 2012. 577, note O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT ; *Bull. Joly Sociétés* 2012. 388, obs. J.-F. BARBIÉRI ; *Gaz. Pal.* 1er juin 2012, p. 23, obs. A.-C. ROUAUD ; *Dr. Sociétés*, juin 2012, p. 22, obs. M. ROUSSILLE.

Les propriétaires sont donc directement tenus : la dette commune est une dette personnelle, mais non individuelle¹. Reste à déterminer les conséquences pratiques de cette analyse.

2. Les conséquences de la qualification : deux exemples

792. Afin de tester la validité de l'analyse proposée, on peut la confronter à deux problèmes récurrents en matière d'obligation aux dettes sociales : la protection des associés mineurs et la protection des associés en cas de procédure collective.

793. Le premier exemple concerne le cas de l'associé mineur d'une société civile souscrivant un emprunt². L'article 389-5 du Code civil interdit en effet aux parents de contracter un emprunt au nom d'un mineur sans l'autorisation du juge des tutelles. Mais peuvent-ils librement faire contracter un emprunt par une SCI dont le mineur est associé, l'exposant alors à l'obligation aux dettes sociales ?

Après avoir répondu par la négative dans un arrêt d'une parfaite orthodoxie, la Cour de cassation s'est montrée plus sensible aux risques pour le mineur³. La voie choisie a cependant été indirecte : elle a consisté à retenir la responsabilité de la banque. Commet en effet une faute la banque qui «avait accordé le prêt sans s'assurer que les enfants mineurs, qui détenaient une part importante [...] du capital social [...] et qui encouraient un risque élevé de se retrouver person-

1. Comp. Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mai 2015, n° 14-15222, à paraître au Bulletin, RJDA 2015/7, n° 506 ; Gaz. Pal., 26 juillet 2015, p. 27, obs. B. DONDERO ; JCP E 2015, 1305, obs. C. LEBEL ; RTD Com. 2015. 545, obs. H. MONSÉRIÉ-BON ; RTD Civ. 2015. 622, obs. H. BARBIER ; RDC 2015. 864, obs. R. LIBCHABER. : «l'associé d'une société civile qui désintéresse un créancier social en application de l'article 1857 du Code civil paie la dette de la société et non une dette personnelle». Le terme de «dette individuelle» aurait été plus juste et aurait permis d'aboutir également à la solution recherchée. En l'espèce, l'assureur de la société refusait de couvrir le paiement effectué par les associés. La Cour d'appel lui avait donné raison, en disant que la dette était «personnelle» à ceux-ci. La cassation est tout à fait justifiée : l'assureur se doit de couvrir la dette commune, qu'elle soit réglée directement par l'organe habilité ou de manière subsidiaire par les associés. L'identité du *solvens* ne change pas la nature de la dette.

2. Pour une présentation complète de cet exemple, v. J.-C. PAGNUCCO, « L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable », *RTD Com.* 2012, p. 55, n° 25 et s.

3. Pour une solution faisant grand cas de l'autonomie de la personne morale, v. Cass. Civ. 1^{ère}., 14 juin 2000, n° 98-13660, Bull. n° 187, Defrénois 2000. 1315, obs. MASSIP ; *ibid.* 2001. 528, obs. J. HONORAT, *RJPF* 2000-10/13, note F.-J. PANSIER.

nellement débiteurs, bénéficiaient de la protection qui leur était due en raison de leur état de minorité»¹.

La Cour de cassation pourrait aller plus loin et admettre l'applicabilité directe de l'article 389-5 du Code civil, sans passer par le correctif d'équité habituel du droit français que constitue l'article 1240 (anc. art. 1382). En effet, la dette sociale peut se transformer en dette commune dont le mineur sera directement et personnellement cotitulaire. La personnification des sociétés civiles, déjà contestable en soi, ne doit pas empêcher la protection légitime des associés². Les fictions ne valent qu'*en tant que de raison* : raisonner ici de manière "transparente" n'est pas abolir la personnalité morale. C'est au contraire l'accomplir.

794. Le second exemple concerne le sort de l'obligation aux dettes sociales en cas d'ouverture d'une procédure collective sur une société à risque illimité. Si les associés ne sont ni des garants ni des coobligés, alors en principe ils ne devraient pas pouvoir bénéficier des mesures protectrices offertes «aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle» (art. L. 622-28 al. 1, C. Com). Tout au plus peut-on soutenir qu'une assimilation serait souhaitable compte tenu des finalités du droit des procédures collectives³.

La solution est cependant gênante. Elle revient à traiter de manière identique l'associé non caution et l'associé caution, soit à vider de toute substance l'engagement contractuel. D'autre part, il est difficile de comprendre pourquoi seuls les associés personnes physiques pourraient être protégés, alors que les associés personnes morales seraient totalement exposés. La distinction entre personnes physiques et personnes morales faite à l'article L. 622-28 se justifie par la volonté de protéger les dirigeants cautions. Y-a-t-il véritablement une raison de différencier associés personnes physiques et associés personnes morales ?

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 28 sept. 2005, n° 04-14756, non publié, JCP N 2005. 1492, note GARÇON ; RTD Civ. 2005. 757, obs. J. HAUSER ; Rev. Sociétés 2006. 103, note J-Ph. DOM.

2. Pour une critique de la personnification des sociétés civiles, v. supra, n° 411. Pour une autre solution, v. E. NAUDIN, « La protection de l'associé mineur d'une société civile immobilière face aux emprunts contractés par la société », *Dr. famille* 2006, Étude 26, n° 12, qui propose de conférer automatiquement au mineur une responsabilité limitée.

3. V. A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, préf. de P. CROCQ, Economica, 2013, n° 396, favorable à l'assimilation à une caution, et F.-X. LUCAS, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 571, obs. sous Cass. Com. 29 mars 2011. , favorable à l'assimilation à un coobligé.

795. La recherche d'un régime propre aux associés tenus indéfiniment des dettes sociales doit s'appuyer sur leur situation spécifique. Économiquement, les dettes sociales sont les dettes des associés. Toutefois, le droit prévoit une subsidiarité de leur engagement. Cela veut dire que les patrimoines individuels des associés ne peuvent pas être sollicités tant qu'il *existe une chance* que la masse commune le permette.

Même si cette dernière expression doit être précisée (v. infra), on peut dès à présent en tirer des conséquences en matière de procédures collectives. Ainsi, l'associé pourrait invoquer l'arrêt des poursuites lors de la procédure de sauvegarde, puisqu'il existe encore une chance que le patrimoine social soit suffisant pour désintéresser les créanciers¹. De la même manière, l'associé devrait pouvoir opposer l'existence d'un plan de sauvegarde ou de redressement, contrairement aux cautions et coobligés qui ne peuvent pas opposer le second². Le droit de poursuite ne redeviendrait possible qu'en cas d'inexécution du plan³. Cette faculté d'opposer le plan vient uniquement de la qualité de «débiteur subsidiaire du passif social», sans qu'il soit besoin d'assimiler les associés à des cautions ou des coobligés⁴.

En résumé, l'obligation aux dettes sociales ne peut être réduite à une forme de garantie. Elle constitue une pièce essentielle dans la structuration de certaines propriétés communes. C'est dans ce cadre que la spécificité de son régime peut se comprendre.

1. La doctrine est divisée sur ce point. V. les références indiquées par P. M. LE CORRE, « La poursuite des associés de sociétés sous procédure collective par les créanciers », *JCP E* 2008, 1326, n° 9.

2. L'art. L. 631-20 du Code de commerce, par dérogation à l'art. L626-11 (plan de sauvegarde), interdit en effet aux cautions et coobligés de se prévaloir des mesures d'un plan de redressement.

3. Pour une discussion sur la date précise à laquelle le plan est considéré comme inexécuté, v. C. LEBEL, « L'obligation aux dettes sociales des associés en cas de défaillance de la société débitrice » in *Mélanges D. Tricot*, Litec - Dalloz, 2011, p. 487-505, n° 27.

4. V. en ce sens Cass. Com., 23 jan. 2001, n° 98-10668, Bull. n° 24, D. 2001. AJ, p. 781, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2001, 751, n° 3, obs. Ph. PÉTEL, 2002, p. 850, note J.-P. RÉMERY ; RD. banc. et fin. 2001/2, n° 69, obs. F.-X. LUCAS ; RTD Com. 2001. 472, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; Bull. Joly Sociétés 2001. 481, note A. COURET ; Rev. Sociétés 2001. 847, note J-Ph. DOM. rendu à propos d'un associé de société civile. Jusqu'en 2005, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une SNC, d'une commandite ou d'un GIE obligeait à ouvrir une procédure sur la personne de chacun des associés (anc. art. L. 624-1, C. Com).

B. Le caractère spécifique de l'obligation personnelle au paiement des dettes communes

796. L'obligation au passif du propriétaire en commun présente deux caractéristiques principales : elle est généralement subsidiaire (1) et elle découle de la qualité de propriétaire en commun (2). Ces deux caractéristiques peuvent être expliquées dans le cadre théorique de la propriété commune.

1. La subsidiarité de l'engagement des patrimoines personnels

797. La subsidiarité de l'engagement personnel des associés pour les dettes communes est la contrepartie de l'éviction ou de la subsidiarité de l'engagement de la masse commune pour les dettes personnelles¹. Le droit de gage de chaque catégorie de créancier est maintenu mais les masses sont hiérarchisées.

Cette symétrie structurelle entre les deux droits de poursuite permet de mieux comprendre le régime de la subsidiarité de l'obligation personnelle aux dettes communes. Comme son reflet, cette obligation est susceptible de degrés : le droit favorise ou paralyse leur droit de poursuite en la soumettant à des conditions et des exceptions².

Les deux extrêmes du continuum sont faciles à déterminer : le créancier commun n'a aucun droit sur le patrimoine individuel du propriétaire ; le créancier commun peut poursuivre librement le propriétaire. Les sociétés à risque limité sont au premier pôle, l'indivision forme peut-être le second³. Toutes les situations intermédiaires, par définition, ne ferment pas les poursuites à l'encontre

1. V. supra, n° 781. Pensons à la *common law* qui avait établi dans le *partnership* un double droit de préférence : les créanciers du *partnership* priment les créanciers individuels sur les biens du *partnership* ; les créanciers individuels priment les créanciers du *partnership* sur les biens personnels du *partner*.

2. A propos du degré de subsidiarité dans l'obligation aux dettes sociales, v. A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, préf. de P. CROCQ, Economica, 2013, n° 397 et s. Comme cela a été vu précédemment, le droit de poursuite du créancier *individuel* sur les biens communs s'établit aussi dans un continuum entre la poursuite libre et immédiate sur les biens communs et l'interdiction totale de se désintéresser, en nature ou en valeur, par les biens de la masse commune (v. supra, n° 400).

3. Toutefois le caractère conjoint de l'obligation rend la poursuite des indivisaires pris personnellement peu intéressante.

des propriétaires individuels, mais orientent par priorité les poursuites vers la masse commune.

798. Cette “orientation” vers la masse commune peut être plus ou moins coercitive, et là réside la véritable gradation entre les formes.

La solution la plus coercitive est celle retenue dans la copropriété des immeubles bâtis. Les dettes communes sont imputées à la personne morale - le syndicat. Si le syndicat n’a pas les ressources suffisantes pour désintéresser le créancier commun, le syndic doit alors demander des fonds aux copropriétaires. Le paiement se fait donc en deux temps : les fonds transitent par la masse commune avant d’être versés aux créanciers communs. Le droit de gage des créanciers communs ne s’étend pas au-delà de la masse commune, mais les propriétaires sont tenus de réalimenter la masse commune autant que nécessaire. La seule action ouverte aux créanciers contre les propriétaires est une *action oblique*, en cas de carence du syndic¹. Ce régime était le régime usuel des communautés médiévales : corporations, communes, etc². Il s’agit d’un régime protecteur des propriétaires qui ne sont pas exposés à des poursuites directes, même s’ils ont vocation à assumer *in fine* tout le passif. En revanche, il s’agit d’un régime peu favorable aux créanciers, qui ne peuvent plus recevoir paiement dès que la masse commune est insuffisante et qui sont tributaires du succès des appels de fonds.

La coercition se relâche lorsque les créanciers communs sont autorisés à agir directement, et non par voie oblique, contre les propriétaires³. Mais l’exercice de cette action est subordonnée à l’impossibilité de se désintéresser sur la masse

1. V. Cass. Civ. 3^{ème}, 30 oct. 1984, n° 83-10202, Bull. n° 180 ; RTD Civ. 1985, p. 419, obs. GIVERDON ; Defrénois 1985, art. 33481, obs. H. SOULEAU., «La contribution de chacun des copropriétaires aux charges constitue le soutien de l’obligation du syndicat et correspond automatiquement à une créance de celui-ci sur chacun des copropriétaires, contre lesquels les créanciers du syndicat peuvent, en cas de carence du syndicat, poursuivre le paiement». La loi SRU visant à améliorer le risque d’impayé dans la copropriété a préféré augmenter les prérogatives du syndic plutôt que de reconnaître une action directe aux créanciers de la copropriété (v. notamment la procédure accélérée de l’art. 19-2 de la loi du 10 juillet 1965).

2. P. MICHAUD-QUENTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Vrin, 1970, p. 295.

3. La figure se rapproche de l’action directe : le créancier agit contre l’associé, “sous-débiteur” de la société. Toutefois, l’assimilation n’est pas possible. En effet, dans le cas des sociétés en nom collectif, l’associé peut être tenu de payer l’intégralité de la dette sociale, alors qu’il n’est tenu que pour sa part envers la société. Or dans une action directe authentique, le sous-débiteur ne peut payer plus qu’il ne doit à son propre débiteur.

commune. La condition des “vaines poursuites” permet de hiérarchiser les droits de gage. Mais cette condition peut elle-même être interprétée de manière plus ou moins coercitive. L'impossibilité de se désintéresser peut s'interpréter (i) comme l'échec concret d'une mesure d'exécution (solution retenue en matière de société civile ordinaire), (ii) comme résultant d'une simple mise en demeure restée infructueuse (solution retenue dans les SCP et les SNC *in bonis*)¹, (iii) comme la simple ouverture d'une procédure de liquidation². L'étape suivante est le droit de poursuivre directement le propriétaire : la subsidiarité disparaît alors complètement.

La gradation reflète une gradation entre les idéaux-types de propriété commune³ :

Pas d'action	Act. oblique	Action directe subsidiaire		Action directe
	Carence du syndic	Mesure d'exécution infructueuse	Mise en demeure	
Soc. risq. lim. Associations	Copropriété immeubles	Société civile	SCP/SNC	(Indivision) Communauté
Enteprise	Jouissance		Alliance	Domestique

799. Comment expliquer que le patrimoine individuel des propriétaires soit plus exposé dans les propriétés communes d'alliance que dans les propriétés communes de jouissance ? La raison vient peut-être du nécessaire substrat communautaire des propriétés communes d'alliance, qu'on ne retrouve pas nécessairement dans les sociétés civiles ordinaires, notamment lorsque ces dernières

1. Cf. C. LEBEL, « L'obligation aux dettes sociales des associés en cas de défaillance de la société débitrice » in *Mélanges D. Tricot*, Litec - Dalloz, 2011, p. 487–505, n° 20 et s.

2. Solution retenue depuis Cass. Com., 19 déc. 2006, n° 02-21333, Bull. Civ. IV, n° 262 ; D. 2007. AJ 92, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2007. 1450, n° 8, obs. CABRILLAC ; Bull. Joly Sociétés 2007, 472, note REGNAUT-MOUTIER ; Rev. Sociétés 2007. 410, note J.-F. BARBIÉRI ; RTD Com. 2007. 595, obs. MARTIN-SERF. (SNC) et Cass. Ch. mixte., 18 mai 2007, n° 05-10413, Bull. n° 4 ; D. 2007. AJ 1414, obs. A. LIENHARD ; JCP 2007 II 10128, note LEGROS ; JCP G 2007 I 179, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. Sociétés 2007. 620, note J.-F. BARBIÉRI ; Bull. Joly Sociétés 2007. 1174, note F. PEROCHON ; RTD Com. 2007. 550, obs. MONSÉRIÉ-BON, p. 597, obs. MARTIN-SERF. (société civile). Le créancier doit simplement déclarer sa créance à la procédure. La subsidiarité est ici très atténuée, puisque l'ouverture d'une liquidation judiciaire fait présumer la vanité des poursuites (F. PEROCHON, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1174, obs. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007.).

3. Ces idéaux-types sont détaillés supra, n° 179 et s.

sont constituées comme moyen d'investissement dans l'immobilier. Ce fondement communautaire permet d'augmenter la protection des créanciers sans que les attentes légitimes des propriétaires soient trop gravement atteintes, puisqu'ils ont fait le choix d'une alliance professionnelle, commerciale (SNC) ou civile (SCP)¹.

Au final, la subsidiarité est susceptible de beaucoup de degrés : elle peut passer par le simple octroi d'une action oblique, puis par l'octroi d'une action directe dont les conditions de recevabilité sont appréciées de manière plus ou moins restrictives². Cette souplesse permet la mise en œuvre de véritables politiques juridiques permettant de favoriser ou non les créanciers sociaux.

2. L'application temporelle de l'obligation aux dettes communes

800. La seconde spécificité de l'obligation aux dettes communes vient de la difficulté à identifier le débiteur lorsque le propriétaire a cédé sa part ou a opéré un retrait. Il s'agit ici encore d'un problème propre à toutes les propriétés communes ne limitant pas le risque et permettant la transmission des positions.

La première difficulté concerne l'opposabilité du transfert ou du retrait. Dans toutes les propriétés communes, la date retenue pour régler la charge du passif n'est pas la date du transfert *inter partes*, mais la date d'opposabilité de l'événement ayant abouti à la perte de la qualité de propriétaire en commun. Chaque propriété commune dispose de son propre mode d'opposabilité³. L'entrée en jeu de l'apparence vient encore compliquer la question. Si l'ex-associé a retiré son nom de la raison sociale de la SNC, mais a omis les formalités de publicité, est-il

1. La solution retenue en matière de société civile de vente d'immeubles semble contraire à la grille de lecture proposée, puisque ce texte prévoit comme condition une simple mise en demeure (art. L. 211-2 du C. constr. hab.). Comment comprendre l'assimilation de ces sociétés spéculatives avec la SNC ? La réponse vient de l'histoire : l'article L. 211-2 en cause a été adopté en 1971 : à cette époque, il cherchait à rendre l'obligation des associés beaucoup plus subsidiaire qu'elle ne l'était sous le Code civil, encore régi par l'anc. art. 1863. La réforme de 1978, en créant l'actuel article 1858, est allé encore plus loin dans la protection, sans que le droit spécial ait été retouché (cf. sur ce paradoxe, P. MALINVAUD et al., *Droit de la promotion immobilière*, 9^e éd., Dalloz, 2015, n° 313.).

2. Comp. en faveur d'une unification du régime, L. NURIT-PONTIER, « L'obligation aux dettes sociales des associés des sociétés à risque illimité », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 152.

3. Les formalités d'opposabilité des cessions de parts sociales dans les SNC ont été simplifiées par l'ordonnance du 31 juillet 2014, venue modifier l'art. L. 221-14 al. 2 du Code de commerce.

encore considéré comme associé à l'égard des tiers¹ ? À l'inverse, si un cédant accomplit les formalités d'opposabilité, mais continue d'agir comme propriétaire en commun, les créanciers sont-ils admis à le considérer comme "associé de fait" débiteur des dettes communes² ?

La seconde difficulté vient du critère et des modalités permettant de répartir la charge du passif commun entre cédant et cessionnaire. Car comme on peut s'y attendre, si le problème est unique, les réponses apportées en droit positif sont plurielles. Elles sont cependant en nombre limité. Deux *critères* sont effectifs possibles : la date de naissance de la dette commune ou sa date d'exigibilité. Et deux *modalités* sont envisageables : la substitution de débiteurs ou le cumul des débiteurs. En croisant les deux critères, on obtient quatre systèmes possibles, qui se retrouvent tous en droit positif.

801. Le premier paramètre concerne le *critère d'application dans le temps*. Doit-on prendre en compte la date de naissance de la dette commune ou sa date d'exigibilité ? Dans la première hypothèse, l'ancien propriétaire est tenu de toutes les dettes nées avant l'opposabilité de la cession, quand bien même elles deviendraient exigibles ensuite. On retrouve ici le mécanisme classique de l'obligation de couverture et de règlement³. Ce système est adopté dans les sociétés en nom collectif (art. L. 221-1, C. Com.), dans la copropriété quirataire (art. 5114-42, C. transp.) et dans le *partnership* anglais.

L'autre solution consiste à prendre en compte la date d'exigibilité de la dette. L'ancien propriétaire n'est tenu que des dettes exigibles à la date de la cession. Toute dette commune exigible après cette date pèse sur le cessionnaire. Ce système est adopté dans la copropriété des immeubles bâtis et dans la société civile (art. 1857, C. Civ)⁴. Il opère une cession de dettes, puisque le créancier perd son débiteur subsidiaire originaire (le cédant) au profit d'un nouveau (le ces-

1. Un arrêt a répondu par l'affirmative : Cass. Com., 10 fév. 1970, n° 68-13315, Bull. n° 50 ; D. 1970. 441, note APS ; Rev. Sociétés 1970. 458, note J. HONORAT.

2. Un arrêt (de sauvetage ?) a répondu par l'affirmative : Cass. Com., 16 déc. 1997, n° 95-19169, non publié, D. 1999. 150, note C. YUEGO.

3. F.-X. LUCAS, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 395, obs. sous CA Paris, 9 sept. 2003.

4. Les juges du fond peuvent parfois confondre les deux critères. V. CA Paris, 4 fév. 2010, n° 07/20822, Bull. Joly Sociétés 2010. 551, note S. HAREL., pour une application erronée du critère de l'exigibilité à une SNC.

sionnaire).

En définitive, le problème est de savoir sur qui va peser la charge des dettes *nées mais non exigibles* au jour de l'opposabilité de la cession. Le premier système les fait peser sur le cédant ; le second sur le cessionnaire. L'enjeu est considérable lorsque le passif commun résulte d'échéances de prêt ou de loyers¹. Bien entendu, les parties sont totalement libres de répartir entre elles la charge finale des dettes. Mais leur éventuelle convention est inopposable au créancier.

802. Le choix entre les deux systèmes ne dépend pas de la volonté de favoriser le cédant ou le cessionnaire (qui négocient de toute manière la charge du passif entre eux). Il repose sur la conciliation de deux exigences contraires : la protection des attentes légitimes des créanciers, d'une part, et la facilité de circulation des parts, d'autre part.

Le système de la naissance protège les attentes légitimes des créanciers, puisque ces derniers se sont engagés au regard de la solvabilité des propriétaires présents à la date de la convention. L'inconvénient est que la circulation des parts est atténuée, puisque cette cession n'est pas définitive : le cédant encourt toujours le risque d'être appelé pour régler le passif de la société. La part n'est alors pas un bien patrimonial comme un autre, susceptible d'être échangé facilement sur le marché. C'est précisément ce qu'essaye d'opérer le système de l'exigibilité : la cession met fin aux relations du cédant avec la propriété commune, mais crée une atteinte aux droits des créanciers. Ce système est donc intermédiaire entre la logique classique (critère de naissance) et la logique cambiaire (transfert "abstrait" des valeurs mobilières). On comprend qu'il concerne le lot de copropriété, que le droit tente d'ériger en bien parfaitement autonome, et la société civile, puisque la loi de 1978 a raisonné sur le modèle des sociétés à risque limité².

803. Le second paramètre concerne la possibilité ou non de cumuler deux débiteurs (le cédant et le cessionnaire). Le cumul des débiteurs est le système adopté dans la société en nom collectif : même si le cédant supporte la charge finale des dettes nées avant la cession, la jurisprudence autorise le créancier social

1. Pour un exemple dans une société civile, v. Cass. Com., 10 juil. 2012, n° 11-21640, non publié, Rev. Sociétés 2013, 107. note J.-F. BARBIÉRI.

2. Cf. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 74.

à poursuivre le cessionnaire, tenu solidairement ¹. En revanche, dans le *partnership* anglais, dans la copropriété quirataire et dans la copropriété des immeubles bâtis, il y a substitution : le créancier ne peut poursuivre le cessionnaire si la charge de la dette pèse sur le cédant. Le cas de l'indivision successorale est particulier : le créancier héréditaire ne peut poursuivre que le cédant de quote-part indivise, mais la charge finale de la dette successorale pèse sur le cessionnaire (art. 1698, C. Civ.).

Cette possibilité de cumul permet de conférer un cautionnement au créancier. En toute rigueur, seule une disposition conventionnelle ou légale peut aboutir à une telle solution ². La jurisprudence a d'ailleurs considéré que la « clause de solidarité » en matière de copropriété devait être annulée lorsqu'elle est insérée dans le règlement : cette clause visait précisément à rendre l'acquéreur d'un lot solidairement responsable avec le vendeur du paiement des charges communes dues par celui-ci ³. Aussi, la jurisprudence rendue en matière de société en nom collectif nous semble-t-elle contestable : l'engagement solidaire au passif commun entre cédant et cessionnaire ne devrait s'opérer que par disposition légale en ce sens ou accord exprès de la partie n'ayant pas à supporter la charge finale de la dette (arg. article 2292, C. Civ.).

	<i>Naissance</i>	<i>Exigibilité</i>
<i>Cumul</i>	SNC	[engagement volontaire]
<i>Substitution</i>	Copr. quirataire Partnership Indivision	Copr. imm. Soc. civ.

1. V. Cass. Req., 12 mar. 1928, S. 1928. 1. 226. et CA Paris, 9 sept. 2003, n° 2002/17738, Bull. Joly Sociétés 2004. 395, note F.-X. LUCAS.

2. V. par exemple l'art. L. 228-28 al. 2 du Code de commerce, prévoyant que le cédant d'actions non libérées est tenu solidairement envers la société à ce titre pendant deux ans (la charge finale de la dette de libération des apports repose sur le cessionnaire).

3. Cf. P. CAPOULADE, C. GIVERDON et F. GIVORD, *La copropriété*, Dalloz Action, 2012/2013, n° 321. La Cour de cassation considère que l'article 20 de la loi du 10 juillet 1965 est incompatible avec une telle clause.

§ 2. La répartition du passif en interne

804. Le propriétaire en commun peut assumer le passif de manière directe, par le paiement du créancier commun. Il peut aussi y contribuer de manière indirecte selon deux modalités : soit en versant des fonds dans la masse commune, sur laquelle se désintéresseront ensuite les créanciers ; soit en payant le propriétaire *solvens* pour sa part. Dans les deux cas, il y a *contribution à la dette commune* (et non plus obligation), soit par appel de fonds, soit par exercice d'un recours.

Cette contribution aux dettes communes ne pose pas les mêmes difficultés selon qu'elle s'exerce tant que propriété commune existe (A) ou au moment de la liquidation (B).

A. La contribution pendant la propriété commune

805. Les deux modes de contribution ne suscitent pas les mêmes difficultés. La possibilité de réaliser des appels de fonds instaure une dépendance du propriétaire en commun si ce dernier ne contrôle pas l'évolution du passif commun. Le droit encadre donc la mise en œuvre de ces appels de fond (1). En revanche, la légitimité des recours en contribution n'est pas discutée : l'obstacle, purement technique, vient du fondement de ces recours (2).

1. La dépendance du propriétaire en commun face aux appels à contribution

806. L'appel à contribution vise à renflouer la masse commune en vue de désintéresser ensuite les créanciers communs. Si la masse commune est personnifiée, le paiement se fait à la personne morale ; dans le cas contraire, le paiement se fait à la personne habilitée. Dans les deux cas, les fonds versés vont à la masse commune ; ils ne vont pas directement dans le patrimoine du créancier.

L'appel de fonds pose une difficulté substantielle. En effet, dans un schéma individualiste classique, la personne n'est exposée à payer que par l'effet d'un contrat ou par effet de la loi. Dans une propriété commune, le propriétaire est exposé à devoir contribuer aux dettes communes alors qu'il ne contrôle pas tou-

jours l'évolution du passif. Si les personnes habilitées sont défailtantes dans leur gestion, il aura à supporter immédiatement le passif ainsi créé sur son patrimoine personnel.

Si on raisonne dans le seul domaine du droit des biens, la seule solution pour échapper à cette dépendance est d'*abandonner* sa position de propriétaire en commun. La question s'est surtout posée pour le lot de copropriété¹. Aujourd'hui, une telle possibilité est prévue explicitement dans certaines propriétés communes de jouissance : murs et clôtures mitoyens (art. 656 et 667, C. Civ.) ; copropriété de brevets (art. L. 613-31, C. prop. intell.). Elle est également possible dans l'indivision non conventionnelle. La part abandonnée accroît en proportion la part des autres indivisaires². Toutefois, sauf accord, l'abandon ne devrait permettre que d'échapper au paiement des dettes communes futures, les dettes déjà nées restant dues³.

Lorsque le copropriétaire est lié par contrat aux autres, il ne peut en revanche se soustraire au paiement des charges futures par abandon (art. 1193 ; anc. art. 1134 al. 2). L'obligation de payer les dettes n'est pas *propter rem*, mais trouve sa source dans la convention. Le droit a donc essayé de corriger cette situation de dépendance par d'autres moyens, soit en exigeant un consentement préalable, soit par des mesures d'ordre public.

807. Le droit des sociétés illustre l'approche volontariste. En principe, la contribution aux pertes pourrait se faire de manière régulière, sur une base annuelle. Une coutume reconnue par la jurisprudence veut cependant que cette contribution ne se fasse qu'à la dissolution de la société, sauf stipulation

1. C. ATIAS, « L'abandon du lot de copropriété », *Deffrénois* 2005, p. 1867. Cette faculté a été interdite dans un arrêt de principe (Cass. Civ. 3^{ème}, 7 avr. 2004, n° 02-14670, Bull. n° 75 ; AJDI 2004. 733, note C. GIVERDON ; D. 2006. 1855, obs. Ch. ATIAS et P. CAPOULADE., : « le caractère contractuel du règlement de copropriété implique qu'un copropriétaire ne peut se dégager unilatéralement de ses obligations sans le consentement des autres copropriétaires ».). V. précédemment Cass. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1991, n° 89-14549, non publié ; Loy. et cop. 1991, n° 348. qui exigeait un « acte positif impliquant la volonté non équivoque [...] d'exercer la faculté d'abandonner la propriété ».

2. Cette faculté est souvent utilisée à titre de prestation compensatoire (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 5^e éd., LGDJ/Lextenso, 2016, n° 802.).

3. *Contra*, A. WEILL, *Les biens*, 2^e éd., Dalloz, 1974, n° 217.

contraire des statuts¹. Cette règle se justifie très bien lorsque la société poursuit une activité entrepreneuriale : la masse commune est alors soumise à une grande variabilité et les pertes d'un exercice peuvent être compensées par les bénéfices du suivant. En revanche, si la société n'est qu'une technique de jouissance d'un ou de plusieurs biens, cette règle est plutôt gênante. En effet, les frais d'entretien sont des dépenses fixes et prévisibles. Sans surprise, le contentieux autour de la licéité des appels de fonds en cours de vie sociale se concentre sur les sociétés civiles de moyens.

Le texte permettant de protéger les associés est l'article 1836 al. 2, qui interdit «d'augmenter les engagements des associés» sans leur consentement individuel. L'interprétation de ce texte par la jurisprudence cherche à concilier d'une part la protection de l'associé contre une dépendance à l'égard de la collectivité, et d'autre part le besoin pratique de la société de devoir payer ses créanciers. Il en résulte un régime subtil.

L'associé doit avoir *personnellement* consenti à la clause prévoyant la possibilité de faire un appel de fonds en cours de vie sociale. Ce consentement personnel se manifeste de deux manières : soit l'approbation explicite des statuts si la clause s'y trouve déjà, soit un vote positif lors de l'assemblée modifiant ces derniers². En revanche, à partir du moment où la clause a été approuvée, les décisions d'appels de fonds *eux-mêmes* ne sont pas considérés comme des «augmentations d'engagement». Ils ne sont donc pas soumis à l'exigence d'unanimité³. La dépendance aux appels de fonds n'est plus un problème du moment qu'elle a été librement consentie par chacun des associés.

808. L'ordre public est un peu plus marqué pour les appels de fonds dans les sociétés de construction. L'article L. 211-3 du Code de la construction et de l'habitation ne permet des appels de fonds que «pour autant que ces appels de

1. F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes - Bénéfices, économies et pertes », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 15-10, 2015, n° 69 et s. Elle ne vaut que pour les sociétés dotées de la personnalité morale (F. KENDERIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés* 2002, p. 617, n° 37.).

2. V. par exemple Cass. Com., 27 oct. 2009, n° 08-21123, non publié, *Rev. Sociétés* 2010. 171, note C. TABOUROT-HYEST. : l'associé ne s'était pas rendu à l'assemblée ayant adopté la clause d'appel de fonds. Elle lui est inopposable.

3. V. Cass. Com., 9 juin 2004, n° 01-12887, Bull. n° 122 ; *Rev. Sociétés* 2005. 176, note J.-F. BARBIÉRI.

fonds soient indispensables à l'exécution des contrats de vente à terme ou en état futur d'achèvement déjà conclus ou à l'achèvement de programmes dont la réalisation, déjà commencée, n'est pas susceptible de division». La pratique, gênée par le cantonnement légal du domaine des appels, chercha à insérer des clauses conventionnelles plus larges, comme en droit commun. Mais la Cour de cassation annula ces clauses pour contrariété à l'article 211-3 du Code de la construction¹.

809. Enfin, l'ordre public règne en maître dans la copropriété des immeubles bâtis, propriété commune sociologiquement très individualiste où la question des charges ne peut être que sensible. Puisque par nature la copropriété appelle un paiement régulier des charges, l'ordre public se concentre sur la répartition de ces dernières entre les copropriétaires. Pendant longtemps, l'unanimité était exigée pour toute modification, ce qui était paralysant dès lors que des lots étaient réunis ou divisés. La loi de 1965 permet donc dans certains cas définis une répartition des charges à la majorité (art. 11, 25f et 30, L. 10 juillet 1965). Comme pour le partage, l'égalité est l'âme de la répartition des charges : les copropriétaires bénéficient donc d'une action en révision de la répartition en cas de lésion (art. 12) et de la faculté de faire réputer non écrites les clauses de répartition non conformes à la loi pour y substituer une répartition conforme par le juge (art. 43)².

810. En résumé, si les propriétés communes de jouissance sont obligées de demander régulièrement une contribution aux propriétaires, la situation de dépendance ainsi créée justifie une intervention du droit, qui peut prendre une forme libérale et volontariste dans les sociétés de droit commun et une forme très régulatrice dans la copropriété.

1. Cass. Civ. 3^{ème}, 11 oct. 1989, n° 88-10372, Bull. n° 188 ; JCP E 1991 II 135, note DUBOIS.

2. V. P. CAPOULADE, C. GIVERDON et F. GIVORD, *La copropriété*, Dalloz Action, 2012/2013, n° 515, qui insistent sur la différence entre la nullité et le «non conforme». Une clause de répartition des charges illégale est simplement désactivée car non conforme. Mais rien ne dit qu'elle ne puisse redevenir conforme si la loi elle-même change. C'est une différence profonde avec le réputé non écrit du droit commun des contrats, plus proche de la nullité. Après quelques hésitations, la Cour de cassation a affirmé clairement que la nouvelle répartition ne s'applique que pour l'avenir (Cass. Civ. 3^{ème}, 10 juil. 2013, n° 12-14569, Bull. n° 98, D. 2013. 1897, obs. Y. ROUQUET ; JCP G 2013, doct. 1060, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; AJDI 2014. 44, obs. C. ATIAS ; RTD Civ. 2014. 837, obs. H. BARBIER.).

Dans certaines propriétés communes, les propriétaires sont de plus exposés au risque d'un recours en contribution émanant d'un copropriétaire ayant réglé une dette commune.

2. L'exposition au recours en contribution émanant d'un copropriétaire

811. Dans bien des cas, la contribution entre propriétaires en commun appartient à la sphère du non-droit. Le recours *juridique* en contribution n'apparaît qu'en cas de crise avérée.

A priori, ce recours ne peut exister que dans les formes où les propriétaires sont exposés à devoir payer directement les créanciers communs et où chacun peut être tenu d'une obligation «au tout». En effet, si les propriétaires sont tenus conjointement des dettes communes, aucun d'entre eux ne peut payer le créancier plus que sa part et n'a donc vocation à exercer un recours. L'existence d'un recours entre coobligés et d'une obligation au tout serait donc cause et conséquence l'un de l'autre¹.

812. Les situations peuvent cependant être plus subtiles. Prenons le cas concret d'une société civile dans laquelle la répartition au titre de la contribution aux pertes ne correspond pas à la répartition dans le capital social. Cette clause est licite sans aucun doute dans les rapports internes : mais elle n'est pas opposable au créancier social agissant par l'article 1857². Un associé peut être alors exposé à payer plus qu'il ne doit et donc à devoir effectuer un recours.

Par conséquent, peut-être faut-il affiner : le recours entre coobligés existe dès lors que l'un d'entre eux peut être exposé à payer *plus* que sa part contributive, sans que ce soit nécessairement la totalité de la dette³. On peut d'ailleurs tout à fait imaginer une forme complexe de cocontrat prévoyant une répartition *interne* du passif entre cotitulaires et une répartition *externe*, approuvée par le créan-

1. M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, préf. de P. JOURDAIN, IRJS, 2014, n° 163.

2. Cf. art. 1857 : «A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social». Ce problème a été discuté de manière globale *supra*, n° 250.

3. La jurisprudence l'a déjà admis : v. CA Paris, 9 sept. 2003, n° 2002/17738, Bull. Joly Sociétés 2004. 395, note F.-X. LUCAS.

cier. Il s'agirait d'une voie moyenne entre l'obligation conjointe et l'obligation solidaire¹.

813. Quels sont les recours ouverts ? Le *recours subrogatoire* est sans aucun doute possible sur le fondement de l'article 1346 du Code civil. Le copropriétaire a toujours un «intérêt légitime» au paiement de la dette, puisque cette dette est commune. Ce fondement est plus solide que celui de l'ancien article 1251 3°. En effet, la Première chambre civile avait estimé que «n'étant tenu des dettes sociales qu'à proportion de sa part dans le capital social et n'étant pas dès lors tenu avec d'autres, l'associé d'une société civile qui s'acquitte seul de l'intégralité d'une dette sociale n'est pas légalement subrogé dans les droits du créancier désintéressé»². Désormais, si l'associé d'une société civile paye plus que sa part, il bénéficie d'un recours subrogatoire.

814. L'admission d'un *recours personnel* ne devrait poser aucune difficulté. Un propriétaire payant une dette commune plus que sa part doit avoir un recours contre le copropriétaire qui n'y a pas contribué. C'est une application élémentaire de justice distributive. Malheureusement, la tentation doctrinale d'individualiser chaque codébiteur dans sa sphère oblige à justifier le fondement de ce recours. On a ainsi considéré que le recours entre codébiteurs solidaires reposait sur une gestion d'affaires³. Or une telle assimilation revient à confondre la logique de la propriété commune avec la logique commutative (applicable entre *penitus extranei*). Il faut au contraire bien les distinguer.

Le recours du *solvens penitus extranei* ne peut effectivement se faire que si

1. Par exemple, soit trois contractants au sein d'une partie plurale. En interne, chacun est obligé à hauteur du tiers de la dette commune. Mais le créancier peut demander à chacun d'entre eux 50% de la dette commune. Dans l'obligation conjointe, il n'aurait pu demander que 33% et dans l'obligation solidaire, 100%. L'intérêt d'une telle clause est que le créancier est protégé contre l'insolvabilité d'un des codébiteurs, sans que ces derniers soient exposés à devoir tout payer.

2. Cass. Civ. 1^{ère}., 18 fév. 2015, n° 13-25536, non publié, Bull. Joly Sociétés 2015. 232, note F-X. LUCAS. L'arrêt n'est pas publié, certainement au regard de la particularité de l'espèce (l'associé avait été condamné «par erreur» à payer l'intégralité de la dette), mais il révèle les conséquences de l'approche réductionniste, visant à décomposer systématiquement l'obligation plurale en une série d'obligations individuelles autonomes.

3. M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. d'E. LOQUIN, Dalloz, 2002, n° 800. Sur les difficultés de ce fondement, v. M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, préf. de P. JOURDAIN, IRJS, 2014, n° 230.

les conditions de la gestion d'affaires sont réunies¹. Cette exigence vient de ce que le *solvens* a payé la dette d'autrui, au sens propre du mot «autrui». Il n'a pas réglé une dette personnelle.

Tout autre est la situation du paiement d'une dette *commune* au *solvens* et à la personne objet du recours. Le *solvens* a payé sa propre dette, mais plus qu'il n'aurait dû au regard de ce qui était prévu contractuellement ou légalement. Le rééquilibrage en interne se fait donc par un recours personnel, qui n'a pas besoin d'être justifié autrement que par l'existence d'une dette commune entre le *solvens* et le débiteur de la créance de recours. Le refoulement dont ont fait preuve la propriété commune et la cotitularité doit au moins cesser sur ce point.

Ce recours *général* en cas de paiement d'une dette commune est applicable entre codébiteurs solidaires, *in solidum*, entre voisins pour l'entretien des clôtures et murs mitoyens (art. 655 et 663, C. Civ.), entre quirataires, entre associés, etc. S'il faut absolument un fondement textuel à ce recours spécifique aux propriétés communes, l'art. 1317 (anc. art. 1214) du Code civil est un bon candidat².

815. Quand naît ce recours ? Deux options sont possibles : le recours naît *au jour du paiement*, puisque c'est le paiement qui oblige à exercer un recours en contribution. On peut aussi considérer qu'il naît au jour de l'engagement, comme en matière de cautionnement³. Cette seconde solution ne peut être retenue. En effet, les raisons qui ont poussé la Cour de cassation à avancer la «date de naissance» de la dette de recours en matière de cautionnement ne sont plus pertinentes. Ce choix s'expliquait par le droit des procédures collectives : si la créance de recours avait été postérieure, alors la caution n'avait pas besoin de déclarer sa créance et surtout aurait été susceptible d'agir contre le débiteur malgré

1. Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 jan. 2012, n° 10-24512, Bull. n° 4 ; D. 2012. 1592, note A. GOUËZEL ; RTD Civ. 2012. 115, obs. FAGES, p. 513, obs. J. HAUSER ; RDC 2012. 831, obs. J. KLEIN. En l'espèce, le *solvens* avait réglé la dette de son ex-concubine afin d'éviter la saisie de l'immeuble personnel à celle-ci.

2. V. en ce sens M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, préf. de P. JOURDAIN, IRJS, 2014, n° 238 : «Il existe, selon nous, deux types de recours personnel : celui qui est une conséquence de l'obligation au tout, et celui qui est offert, çà et là, au codébiteur *solvens* en l'absence de toute obligation au tout. Seul le premier doit être fondé sur l'article 1214 du Code civil.»

3. La Cour de cassation considère que la créance de recours personnel de la caution contre le débiteur principal naît au jour de l'engagement de caution (v. sur ce point L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière*, 7^e éd., LGDJ-Lextenso, 2013, n° 156.).

la clôture de la procédure pour insuffisances d'actifs¹. Les réformes de 1994 et 2005 ont réglé le problème. Depuis 1994, les cautions et coobligés peuvent agir contre le débiteur, même après clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs (art. L. 643-11, II, C. Com.). Et depuis 2005, même les créanciers postérieurs sont soumis à déclaration, sauf à être éligibles au "régime de faveur" (art. L. 622-24, al. 5, C. Com.). Il n'existe donc plus aucun enjeu à reconnaître que la créance de recours naît au jour du paiement².

B. La contribution lors de la liquidation

816. La liquidation est une opération propre à toutes les propriétés communes non perpétuelles, personnifiées ou non. Elle précède le partage en ce qu'elle assure le règlement du passif commun, que ce soit envers l'extérieur ou entre les propriétaires (1). Il peut toutefois arriver que des dettes communes subsistent après partage : leur sort mérite une explication (2).

1. Le rééquilibrage des masses

817. Dans la plupart des propriétés communes, la contribution aux dettes se matérialise au jour de la liquidation. Le liquidateur établit les sommes dues par chaque propriétaire à la masse commune et les sommes éventuellement dues par la masse commune aux propriétaires. Ces sommes peuvent donner lieu à un paiement classique ou en moins prenant lors du partage de l'actif³. Même si la

1. P.-E. AUDIT, *La "naissance" des créances - Approche critique du conceptualisme juridique*, préf. de D. MAZEAUD, Dalloz, 2015, n° 298 et s.

2. V. en ce sens, *Ibid.*, n° 509. Avant 2005, il était vital de soutenir que la créance de recours naissait au moment du paiement. V. par exemple CA Bordeaux, 9 fév. 2009, n° 07/01382, Bull. Joly Sociétés 2009. 1085, note S. HAREL. : recours d'un associé en nom cofidésseur contre un autre, tombé en procédure collective. Si le recours en tant que caution aurait pu échouer du fait de la non-déclaration à la procédure, le recours en tant que coassocié ayant réglé une dette sociale est toujours ouvert.

3. Lors de la liquidation d'une société à risque illimité, le liquidateur judiciaire peut agir à l'encontre des associés pour leur demander le paiement du passif subsistant. Son action est fondée sur l'art. 1832 du Code civil (contribution aux pertes) et non sur l'art. 1857 (obligation aux dettes). V. en ce sens Cass. Com., 20 sept. 2011, n° 10-24888, Bull. Civ. n° 136, D. 2011. 2970, note MARMOZ ; Rev. Sociétés 2011. 691, note PRÉVOST ; RTD Com. 2011. 771, obs. P.LE CANNU et B. DONDERO ; JCP E 2011. 1804, note MORTIER ; Bull. Joly Sociétés 2011. 902, note F.-X. LUCAS.

technique diffère, le procédé est toujours similaire. À chaque fois, il s'agit de déterminer quelles sont les dettes communes et les dettes individuelles, puis de rattacher chaque catégorie de dette à la masse qui doit la supporter. Si une masse a supporté une dette qu'elle n'avait pas à régler, la charge est transférée à la masse correcte. Cela suppose dans tous les cas l'établissement d'un compte.

818. Lorsqu'est en cause un flux de valeurs entre deux masses, le droit civil est rapidement tenté de recourir à la notion d'obligation. Le propriétaire individuel est créancier envers la masse commune ou il en est débiteur. Il ne s'agit évidemment pas d'une véritable *obligatio*, puisque sont en cause des rapports entre masse commune (personnifiée ou non) et masses individuelles, alors que l'obligation, au sens strict, lie deux personnes présentant un véritable degré d'altérité. Cette ambiguïté structurelle refait surface à l'heure des comptes.

819. Dans les institutions relativement protégées de la contrainte conceptuelle, l'opération a pu conserver sa spécificité. Ainsi dans la communauté légale, c'est le mécanisme des *récompenses* qui opère ce rééquilibrage entre les masses, tout en excluant les créances entre époux (qui sont de vraies créances).

Dans les autres formes, la contrainte conceptuelle a été la plus forte et la qualification de créancier/débiteur l'a emporté. Toutefois, la spécificité de la propriété commune engendre nécessairement des hésitations. Tantôt la jurisprudence prend au sérieux la qualité de créancier, tantôt au contraire elle l'atténue et fait primer la logique de la propriété commune.

L'indivision illustre la première approche. L'indivisaire ayant payé sur ses deniers personnels une dette commune (dette de conservation ou d'amélioration, art. 815-13, C. Civ.) est considéré comme un *créancier de l'indivision*, ce qui lui permet d'être payé par prélèvement sur l'actif avant partage (art. 815-17, al. 1). Le problème est que la qualification de créancier de l'indivision aligne la situation de l'indivisaire sur celle des véritables créanciers non propriétaires. Par conséquent, l'indivisaire peut-il se voir autorisé à faire saisir les biens indivis pendant la durée de l'indivision, sans attendre les opérations de partage, comme pourrait le faire un véritable créancier de l'indivision ? La Cour de cassation a considéré que oui, créant ainsi une différence importante avec la communauté où

le règlement des comptes entre les masses ne peut se faire avant la dissolution¹.

Le droit des sociétés illustre la seconde. Le problème était de savoir si l'associé créancier au titre d'un compte courant pouvait utiliser l'article 1857 du Code civil pour se désintéresser auprès de ses coassociés. On voit la difficulté : l'article 1857 du Code civil a été conçu pour les véritables créanciers - sous-entendu, non associés. Le Code utilise d'ailleurs le terme «tiers» et non «créancier»². Mais d'un autre côté, l'associé est réputé être un créancier de la société, au titre de son compte courant. Dans un arrêt du 3 mai 2012, la Chambre commerciale a fait prévaloir la qualité d'associé sur celle de créancier³. Un associé ne peut pas utiliser l'article 1857 du Code civil : il doit attendre la dissolution de la société. L'arrêt est intéressant en ce que les deux options possibles étaient problématiques. L'option finalement retenue - l'attente de la dissolution - ne cadre pas avec les solutions retenues dans l'indivision et, semble-t-il, avec celle retenue dans la société en nom collectif⁴. Mais l'option inverse - permettre la poursuite - fait abstraction de la particularité du compte courant d'associé, qui n'a jamais été totalement assimilé à un prêt classique par le droit des sociétés⁵.

820. Ainsi, même dans les formes les plus rationalisées, on s'aperçoit que les *relations internes* à la propriété commune sont toujours traitées différemment des *relations externes*, et ce même si ce sont les mêmes outils conceptuels qui sont utilisés pour rendre compte de ces relations (obligation, créancier/débiteur). Cette "loi générale" de la propriété commune se manifeste une fois de plus au stade du règlement des comptes. La dette commune envers un tiers est une véri-

1. Cass. Civ. 1^{ère}., 20 fév. 2001, n° 98-13006, Bull. n° 41 ; D. 2001. IR 906 ; JCP 2001. I. 358, n° 5, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; RTD Civ. 2001. 642, obs. J. PATARIN, p. 916, obs. T. REVET.

2. Art. 1857 : «À l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales...».

3. Cass. Com., 3 mai 2012, n° 11-14844, Bull. n° 91, D. 2012. 1264, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2012. 1437, note A. COURET et B. DONDERO ; JCP G 2013, doct. 90, n° 5, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Dr. Sociétés 2012, n° 119, note H. HOVASSE ; Bull. Joly Sociétés 2012. 571, note J-F. BARBIÉRI ; RTD Com. 2012. 575, obs. MONSÉRIÉ-BON.

4. Contrairement à l'article 1857 du Code civil, l'art. L. 221-1 du Code de commerce utilise l'expression «créancier de la société». Le recouvrement du solde du compte courant d'associé par l'obligation aux dettes sociales est donc textuellement plus facile. V. CA Paris, 19 nov. 2013, n° 11/21510, Dr. Sociétés. 2014. comm. 49, obs. M. ROUSSILLE. qui permet à l'associé en nom, cessionnaire d'une véritable créance (et non d'un compte courant) d'agir contre son coassocié au titre de l'obligation aux dettes sociales.

5. Pour d'autres exemples du particularisme du compte courant, v. *supra*, n° 109.

table dette ; la “dette” commune envers un propriétaire a un statut plus particulier¹. On peut bien sûr assimiler le second au premier (a-t-on vraiment le choix ?) mais il ne faut pas espérer que cela se fasse sans distorsions ou hésitations.

2. Le sort des dettes communes après le partage

821. En principe, les dettes communes sont toutes réglées lors de la liquidation. Le partage ne concerne que l’actif net. Pourtant, il arrive fréquemment que des dettes communes aient été oubliées lors des opérations de liquidation, notamment en matière sociétaire. En toute orthodoxie, la réouverture d’une procédure de liquidation serait obligatoire, avec nomination d’un mandataire ad hoc. Toutefois, la jurisprudence a permis aux créanciers communs d’agir contre les associés pris individuellement. Le contentieux révèle cependant de nombreuses difficultés : à quel titre les associés sont-ils tenus ? Comment sont-ils tenus ?

822. L’approche la plus usuelle consiste à dire que les associés deviennent cotitulaires par dévolution automatique, à l’instar des héritiers². Cette théorie assimile la “mort” de la personne morale (sa liquidation) à la mort d’une personne physique.

Une autre approche est cependant possible. On peut considérer que la personne morale débitrice n’est qu’un *nomen juris* se substituant aux véritables débiteurs économiques, les propriétaires. Ces derniers sont donc cotitulaires des dettes communes. Pendant la durée de la société, cette cotitularité est niée, ou plutôt mise en arrière-plan, par la personne morale. Elle ressurgit naturellement dès lors que la fiction a cessé d’opérer. En d’autres termes, les associés sont cotitulaires des dettes sociales depuis leur naissance, mais la personne morale, *quand elle existe*, relègue cette cotitularité pour lui substituer un débiteur unique.

Ces deux théories justifient toutes deux l’obligation aux dettes sociales des associés après la liquidation. Leur différence apparaît quant à *la manière* dont

1. Le droit des sociétés l’exprime par son opposition entre obligation aux dettes et contribution aux pertes. L’arrêt du 3 mai 2012 peut d’ailleurs trouver une explication dans cette distinction. V. en ce sens A. LIENHARD, *D.* 2012, p. 1264, obs. sous Cass. Com. 3 mai 2012.

2. V. en ce sens R. LIBCHABER, *RDC* 2014, p. 207, obs. sous Cass. Com. 8 oct. 2013. V. également Cass. Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 05-17740, Bull. n° 270, Bull. Joly Sociétés 2009. 564, note F-X. LUCAS, considérant que les associés sont les «ayants cause universels» de la société dissoute.

les associés sont tenus.

823. Les associés sont-ils tenus de manière conjointe ou solidaire ? Si l'on voit la cotitularité comme la conséquence d'une dévolution, alors les ex-associés ne peuvent être tenus que de manière conjointe (art. 1309, anc. art. 1220, C. Civ.). Pourtant, des arrêts retiennent une « obligation au tout » de l'ex-associé contre qui est dirigé le paiement d'une dette sociale. Par exemple, dans le cadre d'une SARL, un arrêt de la Chambre commerciale a retenu que l'associé était tenu solidairement des dettes sociales avec ses coassociés, quoique son engagement soit limité au montant de son apport¹. Si l'on considère que les associés sont en réalité cotitulaires des dettes sociales dès leur naissance, la solidarité s'explique beaucoup mieux. En effet, un principe remontant au Moyen Âge veut que les associés des sociétés commerciales soient tenus solidairement des dettes sociales, alors que les associés des sociétés civiles ne sont tenus que conjointement. Cette règle, que l'on retrouve encore à l'article 1872-1 al. 2 du Code civil, a vocation à s'appliquer. La personne morale simplifie les opérations, mais elle n'a pas modifié la nature des dettes en cause. En conséquence, on en déduit que les associés sont tenus solidairement des dettes communes présentant une nature commerciale. Dans le cas contraire, ils ne sont tenus que conjointement.

L'autre modalité de la poursuite des anciennes dettes vient du caractère limité ou non de la responsabilité. La responsabilité limitée est très exactement une *limitation de responsabilité*, touchant le *debitum*, et non une exclusion de responsabilité, touchant l'*obligatio*. Dans les sociétés à risque limité, l'associé est tenu dans la limite de ses apports : cela veut dire qu'il est tenu, mais qu'il ne peut pas être appelé en paiement au-delà de ce qu'il a déjà versé à la masse commune. Lorsqu'aucun incident ne se produit, on peut assimiler la responsabilité limitée à une absence de responsabilité : les dettes de la personne morale ne sont pas celles des associés. Mais cela ne veut pas dire que la disparition d'une personne morale fait disparaître ses dettes !

L'oubli d'une dette commune révèle à l'inverse la cotitularité en arrière-plan.

1. Cass. Com., 3 juil. 2001, n° 98-20720, non publié, Rev. Sociétés 2002, p. 298, note L. GODON, JCP G 2002. II. 10007, note F-X. LUCAS ; JCP E 2002, n° 76, p. 84, note Y. GUYON. V. également, mais implicitement, Cass. Com., 8 oct. 2013, n° 12-24825, Bull. n° 150, Bull. Joly Sociétés 2013, 831, note F-X. LUCAS ; RDC 2014. 207, obs. R. LIBCHABER.

Si la forme sociale était à responsabilité limitée, le créancier ne pourra donc pas recouvrer sa créance au-delà de l'apport qui a été fait par l'associé. L'associé devra donc régler le créancier dans la limite de ce qu'il a reçu au terme du partage. Dans le cas contraire, il est tenu de manière indéfinie.

824. Les deux critères se conjuguent : l'ex-associé d'une SARL est tenu solidairement, mais dans la limite de son apport ; l'ex-associé d'une société civile est tenu conjointement, mais indéfiniment.

Un tableau peut donc résumer les différentes situations :

	Solidaire	Conjoint
Risque limité	SARL SA, SAS	
Risque illimité	SNC	Soc. civile

825. Conclusion du paragraphe. L'obligation d'assumer le passif peut prendre des formes multiples selon les types de propriété commune. Le point de vue adopté a été celui du propriétaire en commun, selon qu'il est exposé à une poursuite directe du créancier, ou seulement une poursuite indirecte. En ce qui concerne les poursuites directes, la plupart des formes de propriété commune tentent d'instaurer une subsidiarité des patrimoines individuels par rapport à la masse commune. Cette subsidiarité se manifeste par les obstacles, plus ou moins importants, mis à l'action des créanciers communs.

L'obligation «interne» au passif n'est pas moins dangereuse. Non seulement la plupart des formes tentent de la repousser au jour de la liquidation, mais la faculté de demander des fonds aux propriétaires individuels dans le but de régler des dettes communes est toujours toujours encadrée.

En définitive, le droit atténue voire dissimule aux propriétaires le fait que les dettes communes, bien qu'elles ne soient pas des dettes individuelles, sont néanmoins *leurs* dettes, dont ils ont à répondre indéfiniment sur leur patrimoine personnel. La propriété commune engendre donc un risque structurel : celui de devoir répondre *individuellement* de dettes auxquelles on n'a pas nécessairement consenti. C'est ce risque qui est purement et simplement supprimé par la respon-

sabilité limitée.

Section II L'immunité du propriétaire : la responsabilité limitée

826. La fascination exercée par la personne morale dans le droit et dans la doctrine française a longtemps occulté le problème posé par la responsabilité limitée. Chez certains auteurs, la responsabilité limitée découlerait même *naturellement* de la personnalité morale, considérée comme une personne totalement distincte des propriétaires. Puisque la dette est la dette de la société, elle est la dette d'autrui, et donc elle n'est pas la dette des associés ¹.

La difficulté posée par cette vision est que la responsabilité limitée est apparue en droit privé de manière totalement indépendante de la réflexion sur la personnalité morale. Une dette commune pèse normalement sur les propriétaires : la responsabilité limitée est donc dérogatoire au droit commun, en ce qu'elle limite la capacité des créanciers communs à pour suivre les propriétaires. À l'heure où précisément la légitimité de la responsabilité limitée est remise en cause dans certaines hypothèses, il convient d'essayer de mettre à jour les fondements de la responsabilité limitée (§1), ce qui permettra de mieux en apprécier ses limites (§2).

§ 1. Pourquoi la responsabilité limitée ?

827. Juristes et économistes s'accordent en général sur le fait que la responsabilité limitée a été un facteur essentiel au développement capitaliste en Occident. La tentation a été même de poser directement un *lien de causalité* entre la société à risque limité et le développement capitaliste de l'ère moderne. En

1. L. JOBERT, « Le principe de responsabilité limitée », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 225, n° 2 : « En théorie, le principe de responsabilité limitée constitue à n'en pas douter la seule règle conforme à la reconnaissance de la personnalité morale de la société, dotée d'un patrimoine distinct de celui de ses associés ».

effet, les propriétés communes d'entreprise sont une invention occidentale, alors que les trois autres types de propriété commune sont largement répandus dans le monde ¹.

Il faut donc comprendre les fondements de cette idée contre-intuitive, qui veut que si «celui qui fait le commerce seul est tenu dans ses biens, il suffit de le faire à deux pour ne plus être tenu» ².

Un examen de l'histoire moderne montre que la responsabilité limitée est apparue en trois vagues successives, qui renvoient à trois *justifications* de la responsabilité limitée, encore présentes en droit positif (A). La pluralité de fondements débouche cependant sur un même effet : une atteinte aux créanciers communs (B).

A. Trois justifications

828. L'histoire de la responsabilité limitée semble indiquer trois grandes vagues successives d'apparition. Chacune de ces vagues a été motivée par une raison particulière. Ces raisons se sont donc cumulées et se retrouvent désormais en droit positif.

La première vague remonte au XVI^e siècle et trouve son origine dans le monde méditerranéen, lorsque certains statuts italiens consacrent la pratique contractuelle de limiter la responsabilité de certains associés, les commanditaires. La seconde apparaît plutôt au XVII^e et surtout au XVIII^e siècle, dans les pays du nord de l'Europe, à l'initiative des pouvoirs publics qui développent de grandes compagnies coloniales, puis de grandes sociétés par actions. La dernière apparaît partout en Europe à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, lorsque les législateurs offrent à tous les entrepreneurs l'accès à la responsabilité limitée.

1. Les explications de cette spécificité sont très nombreuses : on a mis en avant l'influence des coutumes germaniques communautaires (Gierke), le travail des glossateurs sur les textes relatifs à l'*universitas* (Avi-Yonah), le modèle offert par l'Église (Berman) ou l'évolution des structures familiales (Greif). Sur ces différentes opinions doctrinales, v. R. HARRIS, « The institutional dynamics of early modern Eurasian trade : The commenda and the corporation », *J. Econ. Behav. Organ.* 71 2009, p. 606–622, spéc. p. 613 et 616.

2. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n° 92. L'assertion n'est plus vraie depuis l'introduction des sociétés unipersonnelles.

La responsabilité limitée peut donc reposer sur trois fondements, qui lui confèrent chacun une légitimité. Il faut donc retracer ces trois histoires parallèles, qui se sont certes influencées, mais qui ont chacune leur propre généalogie.

1. Protéger l'investisseur passif

829. La première raison de recourir à la responsabilité limitée repose sur la protection des propriétaires n'ayant aucun pouvoir décisionnel concret. L'apparition en droit des sociétés remonte à la figure médiévale de la *commenda* et surtout à la commandite. Le problème était comme toujours concret : au début du XVI^e siècle, le capitalisme naissant a besoin de capitaux. Seulement, le capital est entre les mains de personnes, notamment les nobles, ne pouvant s'impliquer dans des activités de commerce. Certaines cités italiennes eurent alors l'idée de limiter la contribution de ces associés particuliers, les commanditaires, au montant de leurs apports, à la condition qu'ils s'abstiennent de toute ingérence dans la société. Ce modèle de la commandite s'exporta ensuite en France, en Espagne, puis en Angleterre (*Limited Partnership*, 1907) et fut au cœur des activités de négoce sur le continent jusqu'à la seconde révolution industrielle. Si cette naissance fut paisible, c'est parce que le commanditaire était perçu, économiquement du moins, comme un quasi-créancier. Comme un prêteur, il ne perd que le capital investi, et pas plus ¹.

Dans ce modèle, la responsabilité limitée est la contrepartie de l'absence de pouvoirs et, plus exactement, la contrepartie de la dépendance du propriétaire envers les autres. C'est parce que le propriétaire dispose de très peu d'habilitations sur les biens communs qu'il bénéficie de la limitation de responsabilité. En revanche, dès lors qu'il exerce concrètement des pouvoirs décisionnels dans la marche de la société, la responsabilité limitée perd sa *raison d'être*. Le droit considère alors qu'il retombe en risque illimité. Dans cette optique, le risque limité est réservé aux propriétaires passifs, et non à ceux qui sont actifs. Une telle règle se trouve durant toute l'histoire de la commandite, même si l'appréhension de ce qu'était la défense d'immixtion a considérablement évolué ².

1. Sur l'importance de cette ambiguïté, v. F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés* 2016, p. 84.

2. J. HILAIRE, « La commandite : une structure de transition » in *Le droit, les affaires, l'his-*

830. L'équilibre «responsabilité ou passivité» peut être laissé au choix des parties : contrairement aux autres fondements, les propriétaires disposent d'une certaine liberté. Ce trait est visible dans la copropriété quirataire. En effet, depuis la loi du 26 juin 1987, les quirataires non gérants peuvent être tenus seulement à concurrence de leurs intérêts dans la copropriété quirataire par une clause en ce sens. En revanche, les quirataires gérants sont tenus solidairement et indéfiniment des dettes communes et ce, sans possibilité de clause contraire (art. 5114-38, C. transp.). La copropriété de navires laisse le choix aux "passifs" d'opter pour le risque limité, tout en obligeant les copropriétaires "actifs" à assumer personnellement les dettes communes.

Ce fondement est le plus constant et le plus solide : un propriétaire passif n'ayant pas de contrôle sur les actes accomplis cherchera toujours à limiter les effets de sa dépendance. Le législateur peut lui offrir un régime protecteur. Dans le cas contraire, il tentera toujours de se ménager une limitation de responsabilité. Il est en effet toujours possible d'insérer dans chaque contrat conclu par la société une clause prévoyant que le cocontractant ne pourrait pas poursuivre les associés pris personnellement, mais seulement la société¹. Une telle méthode, rudimentaire, suppose l'acceptation du cocontractant et l'insertion de la clause dans chaque contrat. Elle n'est cependant pas un cas d'école : le secteur de l'assurance en Angleterre inséra une telle clause au XVIII^e siècle dans toutes les polices souscrites².

2. Permettre l'appel à l'épargne publique

831. La seconde naissance de la responsabilité limitée ne vient pas des commandites, mais de l'importation en droit privé du modèle de la grande compagnie coloniale et plus généralement des «corps» issus du droit public. La généalogie

toire, *Economica*, 1999, pp. 178-180.

1. Une mention dans les statuts suffisait-elle ? Les premières sociétés par actions de la fin de l'Ancien Régime le pensaient (v. R. SZRAMKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n° 406.). En droit positif, la clause de non recours est possible dans un contrat particulier, mais ne saurait être insérée par exemple dans les statuts d'une SNC (v. en ce sens M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, 21^{re} éd., LGDJ, 2014, n° 1703.).

2. R. HARRIS, *Industrializing English law : Entrepreneurship and Business Organization, 1720-1844*, Cambridge University Press, 2000, p. 143.

est donc différente : la source se trouve non dans les pays méditerranéens, mais dans les pays de la façade atlantique : Angleterre, Pays-Bas, France, principalement. Les compagnies coloniales sont des organismes para-étatiques, poursuivant certes un objectif commercial, mais aussi d'autres objectifs. Leur intérêt historique vient de ce qu'elles donnèrent véritablement naissance au commerce des valeurs mobilières et qu'elles inspirèrent la création coutumière des sociétés par actions¹.

Or le commerce des actions suppose que ces dernières ne puissent être source d'endettement pour leur porteur. Le titulaire d'une action ne doit pas pouvoir devenir débiteur. Dans le cas contraire, le cessionnaire doit engager une information beaucoup plus approfondie sur la solvabilité de la société. La responsabilité limitée ne se justifie pas seulement ici par la dépendance du propriétaire mais plutôt par la nature de la part. Cette dernière doit être un pur bien, et non une position juridique susceptible d'être source d'appauvrissement, comme c'est le cas pour les parts de société civile ou de société en nom collectif. La responsabilité limitée chasse le spectre du "bien négatif".

832. Par conséquent, dès le XVII^e siècle, toutes les grandes compagnies coloniales adoptèrent explicitement un principe de responsabilité limitée pour les actionnaires. La suite de l'histoire est assez homogène : devant le besoin de financer des grands travaux (chemins de fer, canaux), les États cherchent à capter l'épargne privée, en permettant la création de grandes compagnies. La puissance économique de ces compagnies devient dès le départ un problème politique, que ce soit en Angleterre, aux États-Unis ou en France². Les États refusèrent généralement la libre création et n'acceptèrent d'incorporer que les sociétés qui poursuivaient un objectif « d'utilité publique » (les transports, princi-

1. Pour la France, v. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 115 et s.

2. Pour les États-Unis, v. J. BARRON BASKIN et P. J. MIRANTI JR, *A History of Corporate Finance*, Cambridge University Press, 1999, p. 141 : « Others, who were influenced by the ideas of Thomas Jefferson, remained opposed because they believed that limited liability primarily benefited wealthy entrepreneurs and did little to improve the lot of yeoman farmers, who were considered to be the social backbone of the new American State ». En France, ce fut surtout la spéculation boursière qui fut un sujet politique durant tout le XVIII^e siècle et la première moitié du XIX^e siècle. V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, « La Révolution : une période décisive pour les sociétés par actions », *Rev. Sociétés* 1989, p. 345–358.

palement)¹. Ces restrictions tombèrent dans tous les pays occidentaux au cours du XIX^e siècle, avec le développement des idées libérales et l'internationalisation des échanges².

833. Par rapport aux deux autres fondements, la responsabilité limitée trouve sa raison d'être au niveau macroéconomique. L'institution est nécessaire si l'on veut créer des marchés financiers attractifs et permettre le développement économique par le biais de l'épargne privée³. Certes, l'idée de passivité se retrouve également dans la société par actions : comme le commanditaire, le petit actionnaire n'a pas de contrôle effectif. Mais l'intérêt de la justification macroéconomique - l'existence d'un marché financier - est qu'elle permet de justifier la responsabilité limitée de l'actionnaire majoritaire. C'est *l'action* qui impose la responsabilité limitée, et non l'absence de pouvoir.

3. Développer l'entrepreneuriat

834. La troisième vague de responsabilité limitée apparaît au début du XX^e siècle et se prolonge depuis. Elle consiste à généraliser la responsabilité limitée à toutes les formes d'associations économiques, y compris les plus petites. Dans ces structures, la responsabilité limitée ne peut se justifier ni par la seule passivité, car même le gérant associé majoritaire en bénéficie, ni par la volonté de favoriser un marché de capitaux, puisque ces formes sociales n'ont pas vocation à offrir leurs titres au public. La seule explication réside donc dans la volonté d'encourager la création d'entreprises par l'octroi d'un régime protecteur aux entrepreneurs, leur permettant de ne pas risquer une faillite personnelle en cas d'échec professionnel. On peut dire que cette vague fut celle du XX^e siècle dans

1. Les législateurs furent en effet très méfiants face aux risques que présentaient les sociétés par actions : en témoignent le *Bubble Act* de 1720 interdisant toute création d'une société par actions sans autorisation du Parlement anglais ou la suppression de toutes les sociétés par actions par la Convention le 24 août 1793, suivie d'un régime strict d'autorisation sous le Code de commerce (A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, PUF, 1985, p. 22 et s.).

2. V. J.-P. ROBÉ, « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise » in *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015, p. 373 et s.

3. E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., t. 1, Rousseau, 1931, n° 485. : «Ce travail d'aspiration de l'épargne par la finance nous donne la clé de la formation des sociétés par actions».

son ensemble : c'est la même logique qui innervait la SARL, l'EURL, la SAS et l'EURL. Le risque est limité afin d'inciter à la prise de risque.

La création de la GmbH, de la Private Company et de la SARL marque le début de ce courant. Les législateurs européens s'aperçurent en effet que les petites structures familiales recouraient aux sociétés par actions, en utilisant des prête-noms pour atteindre le minimum d'actionnaires requis. Le célèbre arrêt *Salomon* témoigne des hésitations des juges anglais face à ces pratiques qui n'avaient pas du tout été anticipées au moment des lois de libéralisation¹. Désormais, tout entrepreneur et chef d'entreprise peut revendiquer une forme de responsabilité limitée.

835. La responsabilité limitée a donc trois généalogies distinctes, donnant à cette institution une raison d'être bien particulière : une situation de passivité/dépendance ; la possibilité d'un marché de capitaux ; l'incitation à la création d'entreprises. Bien entendu, une même institution du droit positif peut relever de plusieurs généalogies et peut s'appuyer sur deux fondements. Dans une SARL, la responsabilité limitée du gérant-associé majoritaire se justifie par l'incitation à la création d'entreprises. Mais celle de l'associé minoritaire se justifie au contraire par le premier fondement.

Mettre à jour ces trois fondements permet de comprendre quand la responsabilité limitée perd sa raison d'être, et par conséquent quand le droit retourne au principe, à savoir l'engagement du propriétaire au passif commun. Car la responsabilité limitée sacrifie nécessairement le sort des créanciers communs, qui disposent d'un droit de gage réduit.

B. Les coûts de la responsabilité limitée : l'atteinte aux créanciers communs

836. Limiter le risque des propriétaires revient à le transférer aux créanciers communs dont le droit de gage se trouve diminué. En cas d'insuffisance de la masse commune, ce n'est pas le patrimoine personnel des propriétaires qui

1. V. R. HARRIS, « The Private origins of the Private Company : Britain 1862-1907 », *Oxford Journal of Legal Studies* 2013, 33, 2, p. 339-378.

supporte le coût de la défaillance, mais le patrimoine du créancier qui ne peut exercer sa créance.

Il faut distinguer cependant entre les créanciers. En effet, le droit offre des possibilités aux créanciers pour se prémunir contre un trop grand risque de défaillance : mais ces contreparties ne sont possibles que pour certains créanciers, et non pour tous. Par conséquent, si l'atteinte est minime pour les créanciers dits "institutionnels" (1), le sort des salariés et des victimes de délits a toujours été beaucoup plus délicat (2).

1. L'atteinte minime faite aux créanciers institutionnels

837. Lorsque les particuliers purent constituer des sociétés par actions, le réflexe fut généralement d'exiger de solides garanties quant au contenu de la masse commune, afin que cette dernière ne soit pas susceptible de faire défaut. L'exigence d'un capital social important et proportionné à l'entreprise prévue fut donc un requis sévère durant le régime d'autorisation, que ce soit en France par le Conseil d'État ou en Angleterre par le Parlement sous le Bubble Act¹. Une telle exigence de capital minimum fut maintenue même après la libéralisation pour toutes les formes à risque limité ; elle n'existe plus aujourd'hui que pour la SA (art. L. 224-2, C. Com.) et la SE.

Cette forme de prévention est peu utile, car après quelques années le capital de départ peut avoir disparu. Toutefois, les créanciers institutionnels disposent de deux autres moyens de se protéger contre le risque limité.

Le premier de ces moyens est d'augmenter le taux d'intérêt en conséquence : ce dernier mesurant le risque pris par le prêteur, il est normal qu'il soit plus élevé en cas de prêt à une société à risque limité qu'en cas de société à risque illimité, *ceteris paribus*². Mieux : le créancier institutionnel peut trouver un avantage au risque limité puisqu'il lui est beaucoup plus facile de déterminer et de contrôler la solvabilité de la seule société plutôt que d'évaluer et de contrôler la solvabilité

1. Pour la France, v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, PUF, 1985, p. 118 et s. Pour l'Angleterre, v. J. BARRON BASKIN et P. J. MIRANTI JR, *A History of Corporate Finance*, Cambridge University Press, 1999, p. 139.

2. V. en ce sens, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8^e éd., Wolters Kluwer, 2011, §14.3. Le raisonnement est identique avec un loyer.

de tous les propriétaires¹.

Surtout, les créanciers peuvent demander des sûretés personnelles dès lors qu'ils éprouvent des doutes sur la solvabilité de la masse commune. La pratique est courante dans les SARL familiales où dirigeant et associés sont généralement tenus solidairement des dettes sociales à titre de cautions. Elle est également courante au sein des groupes de sociétés où la société-mère émet une lettre d'intention au bénéfice du créancier de sa filiale. Les sûretés personnelles permettent de rétablir le principe : l'engagement du patrimoine personnel du propriétaire à titre subsidiaire en cas de défaillance de la masse commune².

838. L'importance de la pratique des sûretés personnelles dans les petites structures montre bien les limites de la responsabilité limitée en tant qu'incitation à la prise de risques. Le fondement le plus "moderne" est en effet le plus fragile car il repose avant tout sur un cadeau législatif qui n'est pas forcément compatible avec les équilibres économiques en présence³. Le phénomène de contournement est d'ailleurs si important qu'on peut se demander s'il faut maintenir un principe de responsabilité limitée dans ces structures.

Deux considérations peuvent plaider pour un tel maintien : l'engagement en tant que caution n'est plus assimilable à celui de propriétaire obligé au passif commun. Cet engagement est en effet plus protecteur, notamment grâce aux mesures prévues par le dispositif Dutreil en faveur des personnes physiques. Deux différences sont importantes : l'engagement ne peut être indéfini, il doit être plafonné (art. L. 341-2, C. cons.) et il ne doit pas être disproportionné (art. L. 341-4). L'associé de SARL engagé en tant que caution n'est pas en risque illi-

1. V. en ce sens, P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, « An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law », *University of Toronto Law Journal* 1980, 30, p. 117-150, spéc. p. 133 et s.

2. D. DANET, « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD Com.* 1994, p. 173, p. 182 : « Le cautionnement de l'entreprise par le dirigeant trouve son origine dans l'insuffisance des capitaux possédés en propre par la firme ».

3. Cf. P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, « An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law », *University of Toronto Law Journal* 1980, 30, p. 117-150, p. 148 : « In the case of small, tightly held companies, a limited liability regime will, in many cases, create incentives for owners to exploit a moral hazard and transfer uncompensated business risks to creditors, thus inducing costly attempts by creditors to reduce these risks. An unlimited liability regime for this class of enterprise (perhaps the "private company") would seem to be the most efficient regime ».

mité : son risque est encore limité, mais le seuil a été relevé. Et il ne peut risquer la ruine personnelle, du fait de l'exigence de proportionnalité. Le couplage cautionnement/société à risque limité arrive peut-être à un équilibre satisfaisant dans la conciliation de la protection de l'entrepreneur et de la protection du crédit¹.

D'autre part, il existera des cas où le créancier ne demandera pas de sûretés ou négligera de le faire. Il est peut-être naïf de croire qu'offrir la responsabilité limitée à tout le monde va constituer une incitation forte et déterminante à la création d'entreprises ; mais cela ne veut pas dire qu'il n'y aura pas d'effet incitatif².

2. Deux catégories sensibles : les salariés et les victimes de délits

839. Si ces deux catégories sont sensibles, c'est qu'elles ne peuvent pas constituer de sûretés préalables, même en cas de risque important de défaillance³. Elles supportent donc nécessairement toute défaillance commune. Le droit français appelle cependant à distinguer les deux hypothèses.

a. Les salariés

840. Le problème des salariés fut très vite perçu lors des débats sur la généralisation de la responsabilité limitée aux États-Unis et au Canada. Il fut jugé inadmissible que les salariés puissent être impayés du fait du risque limité offert aux actionnaires. La plupart des premières lois d'incorporation adoptèrent donc une exception : les associés et dirigeants bénéficiaient de la responsabilité limitée pour toutes les dettes de la société, sauf celles concernant les salaires, où ils

1. Comp. D. POHÉ, « La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL », *LPA* 1^{er} juin 2007, p. 3, n° 46, prônant de faire passer la SARL en risque illimité afin d'éviter les effets pervers de la fixation libre du capital social.

2. Pour une vue plus sceptique, v. J. FREEDMAN, « Limited Liability : Large Company Theory and Small firms », *MLR* 2000, 63, 3, p. 317–354. Constatant que les justifications usuelles de la responsabilité limitée sont difficilement applicables pour les petites entreprises, l'auteur propose non d'interdire le recours à la responsabilité limitée, mais d'arrêter de l'encourager systématiquement.

3. Dans les deux cas, l'impossibilité n'est pas totale : une créance de salaire ou une dette future de réparation peuvent être garanties par une sûreté personnelle. Les hypothèses risquent d'être cependant très marginales, voire d'école, surtout pour la seconde.

continuaient à être tenus personnellement. Aujourd'hui encore, les membres du conseil d'administration des sociétés canadiennes sont toujours personnellement responsables des salaires impayés¹. L'État de New York impose une responsabilité indéfinie et solidaire des dix plus gros actionnaires d'une société non cotée pour le paiement des salaires et traitements dus aux employés de la société².

Ces exemples de droit comparé montrent que la responsabilité limitée n'est pas une notion monolithique, mais constitue une technique susceptible d'être étendue ou réduite en fonction des intérêts en cause. Chaque système juridique établit l'équilibre qu'il estime être le plus adapté, mais il s'agit bien à chaque fois d'un équilibre.

Le choix du droit français n'a pas été de faire peser directement sur les associés ou les dirigeants la charge de régler les salaires non payés, mais d'imposer la constitution d'une assurance obligatoire, l'AGS³. Cette solution permet de maintenir le principe du risque limité tout en garantissant aux salariés le paiement intégral de leurs salaires même en cas d'insuffisance d'actif. Le risque pèse sur les employeurs, puisque l'assurance est obligatoire, mais elle permet de mutualiser le risque⁴. Cette stratégie est très utile car elle permet de protéger une catégorie identifiable de créanciers (ici, les salariés) tout en évitant d'engager la responsabilité personnelle. Elle est compatible avec l'idée que la faillite est un accident dont on ne peut tenir l'employeur comme intégralement responsable, ce qui légitime la mutualisation⁵.

1. Sur tous ces points, v. E. TUCKER, « Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers' Wages in Canada : From condition of Granting limited liability to exceptional remedy », *Law and History Review* 2008, 26, 1, p. 57-97.

2. Art. 630, BCL. La mesure vient d'être étendue aux LLC par une loi du 29 décembre 2014. Le Delaware et la Californie refusent une telle responsabilité. Le droit fédéral américain impose également une telle responsabilité à des conditions plus restrictives et pour des montants définis.

3. Art. 3253-6, C. trav. : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

4. L'AGS n'a recouvert que 36% environ des sommes versées aux salariés sur la période 1986-2013 (F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n° 1319.).

5. En revanche, la mutualisation forcée paraîtra plus problématique dans les cultures percevant la faillite comme une forme de défaillance individuelle, devant engendrer une responsabilité individuelle.

b. Les victimes de délits

841. En ce qui concerne les victimes de délits, le problème ne semble pas avoir été abordé dans les débats sur la responsabilité limitée. Ce fut la jurisprudence qui fut confrontée à des cas où la victime se retrouvait dénuée de réparation car la société fautive était insolvable. L'attitude de la jurisprudence de *common law* fut celle du respect du principe, y compris dans des cas où la segmentation avait été organisée préalablement de manière consciente¹. L'argument est qu'il n'est pas illégal en soi de constituer une société peu capitalisée : la mise en cause d'un actionnaire suppose donc la présence d'un élément justifiant de «percer le voile sociétaire»². Il est clair que cette position jurisprudentielle est fondée sur le troisième fondement de la responsabilité limitée : l'incitation au développement de l'entreprise.

842. On pourrait objecter que les victimes peuvent se heurter à une insolvabilité même en dehors d'une propriété commune. Le dommage causé par une personne morale avec un faible patrimoine est comparable à celui causé par une personne physique avec un faible patrimoine. Puisque la victime ne pourrait rien exiger dans le second cas, pourquoi pourrait-elle exiger quoi que ce soit dans le premier ?

Deux arguments souvent invoqués permettent de refuser la complète assimilation entre personne morale et personne physique, *sur ce point*. L'un est moral, l'autre économique.

L'argument moral est le suivant. Dans un système individualiste, nous devons répondre de nos propres actes, mais nous ne devons pas répondre des actes d'autrui, à moins qu'il soit l'instrument de notre volonté. Or la personne morale n'est pas un pur étranger pour les associés. Ces derniers ont une influence sur les actions accomplies par la société. Seulement, cette influence peut être ex-

1. L'arrêt le plus emblématique est celui des "taxis new-yorkais", *Walkovsky v. Carlton*, 223 N.E.2d 6 (NY 1966). Une compagnie de taxis new-yorkaise avait décidé de créer une société à risque limité pour chaque taxi qu'elle possédait. Un piéton renversé par un de ces taxis avait demandé réparation à l'actionnaire majoritaire de ces compagnies, véritable dirigeant de l'affaire, puisque naturellement les fonds de la société auteur du dommage étaient nettement insuffisants. La Cour d'appel refusa.

2. La même justification avait été retenue en 1927, toujours à propos d'un dommage corporel, par le juge Cardozo dans l'affaire *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*

cessivement variable selon les circonstances. Le petit actionnaire d'une société cotée n'en a aucune (la responsabilité limitée devient alors justifiable) ; l'actionnaire majoritaire en a une considérable. Dans ce dernier cas - et dans ce cas seulement - la responsabilité limitée peut être jugée comme déresponsabilisante moralement.

Le second argument est économique et n'opère pas de distinction entre propriétaires contrôlants ou non. Les propriétaires en commun profitent de l'activité commune, même selon une part très réduite. L'individu commettant seul un acte dommageable a reçu l'intégralité des bénéfices résultant de cet acte et en assume l'intégralité des conséquences. En revanche, dans le cas d'une personne morale, ce sont les propriétaires qui ont bénéficié des avantages via les dividendes et la valeur des titres sociaux, tout en ne supportant aucun risque. La société est la chose des actionnaires quant il s'agit des bénéfices ; elle devient une personne totalement différente quand il s'agit des pertes. Cette dissociation - l'externalisation des risques - crée un "paradis pour actionnaires"¹. Ce "paradis" peut être facilement justifié lorsque sont concernées des créances *contractuelles* impayées. Après tout, le créancier aurait dû se prémunir par une sûreté s'il estimait que le risque d'insolvabilité était trop grand. L'externalisation du risque provoquée par la responsabilité limitée est donc acceptable car les tiers ont la possibilité de l'internaliser - lorsque la loi n'oblige pas à une telle réinternalisation (AGS). Ce contrepois n'existe évidemment pas pour les créances *délictuelles* : l'externalisation est donc beaucoup plus difficile à justifier². Il ne faut donc pas s'étonner que ce soit sur ce point précis que la responsabilité limitée est aujourd'hui attaquée, car seule l'incitation à la création d'entreprise peut constituer une raison

1. P. IRELAND, « Limited liability, shareholder rights and the problem of corporate irresponsibility », *Cambridge Journal of Economics* 2010, 34, p. 837-856, p. 848 : « In short, the law treats separate personality very seriously in some contexts (shareholder liabilities), while ignoring it in others (shareholder primacy, shareholder control rights). The result is a shareholder paradise : a body of law able to combine the ruthless pursuit of "shareholder value" without any corresponding responsibility on the part of shareholders for the losses arising out of corporate failure or the damage caused by corporate activities or malfeasance ». Il faudrait ajouter une nuance importante : en général l'actionnaire ne contrôle pas l'action des dirigeants. Or cet état de dépendance est un argument en faveur de la responsabilité limitée (le premier, en fait). La "shareholder primacy" est un objectif difficile à atteindre même pour ses partisans, alors que le risque illimité, lui, serait effectif immédiatement.

2. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2008, p. 537, n° 1947.

suffisante pour maintenir le principe ¹.

843. Conclusion du paragraphe. La responsabilité limitée est une technique juridique conférant trois avantages principaux - qui sont autant d'arguments en sa faveur - et provoquant deux risques essentiels.

Les avantages : (i) Protéger le propriétaire en commun contre les effets négatifs de décisions sur lesquelles il n'a pas de prise (passivité/dépendance) (ii) Permettre l'établissement d'un marché de capitaux en transformant la part (l'action) en pur actif (iii) Inciter au développement des entreprises en protégeant l'entrepreneur contre la faillite.

Les inconvénients : (i) Externalisation des risques sur les créanciers communs, en particulier sur les victimes (ii) Risques d'irresponsabilité dans l'action, les conséquences négatives des actes n'étant pas supportées par leurs auteurs ou ceux qui en bénéficient économiquement.

La complexité du droit positif et les demandes de réforme peuvent être comprises et analysées par la nécessité de trouver l'équilibre entre ces avantages et ces coûts.

§ 2. Les limites de la responsabilité limitée

844. Comme la plupart des institutions juridiques, la responsabilité limitée est génératrice d'avantages et de coûts. Lorsque la balance est défavorable, le droit tend à supprimer la responsabilité limitée et à revenir au principe : le propriétaire en commun assume personnellement le passif.

Dans la plupart des cas, la déchéance n'est pas perçue comme telle. Il n'existe en général pas de fondement légal pour écarter la responsabilité limitée, sauf dans le cas significatif de la commandite (art. L. 222-6 al. 2, C. Com). Chaque système juridique fait donc appel à son mécanisme correcteur habituel : la *common law* appréhende ainsi la «percée du voile sociétaire» comme «an equitable remedy the court can impose in order to avoid injustice» ² ; le droit français fait

1. Le premier fondement - dépendance - suppose en effet que certains associés restent tenus de manière indéfinie ; quant au second, il suppose une grande société dont l'actif commun suffira normalement à désintéresser les victimes.

2. F. A. GEVURTZ, *Corporation Law*, 2^e éd., St. Paul Minn. : West, 2010, p. 69.

appel à la responsabilité civile et à l'apparence. Dans tous les cas, même si la technique diffère, il s'agit au fond de rétablir un équilibre qui a été rompu par une circonstance particulière.

Quelles sont ces circonstances particulières ? L'analyse précédemment menée permet de le déterminer. La déchéance est encourue lorsqu'une *raison d'être* (un fondement) de la responsabilité limitée disparaît par l'action de celui qui en bénéficie. Tous les droits occidentaux reconnaissent ces atténuations - même s'il existe des nuances (A). La question essentielle *de lege ferenda* est de savoir si la protection des créanciers délictuels justifie ou non une suppression de la responsabilité limitée (B).

A. Les déchéances en cas de perte de justification

845. La "déchéance de la responsabilité limitée" est une notion théorique : le droit positif ne reconnaît pas explicitement une telle déchéance. Le terme peut se justifier par l'idée de perte d'un avantage juridique à la suite d'un comportement. Or c'est précisément ce qui se passe dans tous les cas reconnus de levée de la responsabilité limitée. L'action - généralement fautive, mais ce n'est pas un critère obligatoire - consiste à faire perdre la raison d'être de la responsabilité limitée.

Comme il existe plusieurs fondements à la responsabilité limitée, il existe plusieurs cas où celle-ci disparaît. Seul le second fondement - la création d'un marché de capitaux - n'est pas susceptible de provoquer une déchéance, puisqu'aucun acte d'un individu ne peut porter atteinte à l'avantage social d'un marché de capitaux. En revanche, les deux autres fondements sont pertinents. Ils permettent de donner une logique aux cas dispersés du droit positif. Au fondement de la passivité répond l'implication du propriétaire (1), tandis qu'à la protection du projet entrepreneurial répond l'absence d'affectation à un tel projet (2).

1. L'implication du propriétaire

846. À la passivité et à la dépendance s'opposent l'implication et le contrôle. Depuis la création de la commandite, il est acquis que le commanditaire perd le bénéfice de limitation du risque dès lors qu'il apparaît comme

associé aux yeux des tiers. Il lui est donc interdit d'indiquer son nom dans la raison sociale ou de se présenter comme associé. Outre les arguments moral et économique précédemment évoqués, cette déchéance repose aussi sur le respect de l'apparence créée. Dans cette société où le crédit social est fondamentalement le crédit personnel des associés, on ne peut donner l'image d'une surface financière importante sans en assumer ensuite les conséquences. La déchéance protège les attentes légitimes des tiers ¹.

Le déclin de la commandite n'a pas entraîné la mort de cette cause de déchéance, qui en réalité s'est poursuivie dans le champ des sociétés par actions sous une forme atténuée. L'argument moral est évidemment en déclin par la généralisation du troisième fondement : au cours du XX^e siècle, il est apparu que le risque limité pouvait être attribué à celui qui dirige concrètement l'affaire. Par conséquent, il n'est plus suffisant de pointer un simple comportement actif de la part de l'associé pour en conclure qu'il doit assumer la dette commune. Même si l'associé décide effectivement de l'acte, il peut ne pas en subir les conséquences. Mais il n'en reste pas moins que l'argument moral existe et qu'il constitue une source légitime de gêne et d'hésitation.

847. On peut trouver la manifestation de cette forme de déchéance lorsque l'actionnaire majoritaire s'immisce dans les affaires de sa filiale, portant atteinte à l'indépendance et à l'autonomie de celle-ci. Dans les années 90, la Cour de cassation considérait que si la résiliation du bail conclu par la filiale était décidée par la société-mère, cette dernière devait répondre du contrat. L'acte de «gestion externe» - pour utiliser le vocabulaire de la commandite - tend à faire disparaître la limitation de responsabilité. La difficulté, immédiatement perçue, est qu'un groupe de sociétés n'est pas une commandite, au sens où il est normal que l'actionnaire majoritaire prenne des décisions. La filiale ne peut pas être indépendante ou autonome, puisqu'elle est intégrée dans un groupe. Même si elle a une activité distincte (dans le cas contraire, elle serait fictive), cette activité est pilotée par son actionnaire majoritaire. Le fondement moral est forcément

1. Pour une présentation claire de ce double fondement dans le cas des commandites, v. E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., t. 1, Rousseau, 1931, n° 401 et s.

atténué : la simple prise de décision n'est donc pas suffisante¹.

En revanche, le fondement de l'espérance légitime, lui, est maintenu. De même que le commanditaire ne pouvait participer à la conclusion du contrat en se soustrayant ensuite à toute obligation, l'actionnaire (la société-mère, en pratique) ne peut participer à la conclusion d'un contrat en opposant ensuite sa limitation de responsabilité, sauf à avertir clairement le tiers. C'est ce fondement qui est aujourd'hui exclusivement retenu par la Cour de cassation : l'immixtion doit être de nature à créer pour le tiers cocontractant «une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant»². C'est évidemment une position restrictive : l'immixtion semble être absorbée par la théorie de l'apparence³.

2. Le non-respect du projet entrepreneurial

848. Au regard du troisième fondement, la responsabilité limitée se justifie par une protection contre le risque entrepreneurial, et se limite à ce risque. Il ne peut être question de créer une immunité pour des actes personnels : le respect de l'affectation est donc une nécessité absolue afin que la raison d'être de la limitation perdure. Cette affectation est remise en cause de deux manières : soit les biens sont utilisés dans un autre but que celui initialement prévu ; soit ils étaient insuffisants pour accomplir ce but.

849. La première cause de déchéance recouvre la confusion des patrimoines. En toute rigueur, la confusion des patrimoines n'est pas un mécanisme propre à la limitation de responsabilité. L'institution sanctionne *objec-*

1. Cf. Cass. Com., 25 fév. 2004, n° 01-11764, Bull. n° 38, Dr. Sociétés 2004, comm. n° 96, obs. F-G. TRÉBULLE ; Bull. Joly Sociétés 2004. 666, note J-Ph. DOM ; Rev. Sociétés 2004. 425, note J.-F. BARBIÉRI ; RTD Civ. 2004. 747, obs. P-Y. GAUTIER ; RTD Com. 2005. 46, obs. J. MONÉGER. Comp. avec le droit américain, qui subordonne la levée du voile sociétaire à la démonstration d'«une domination complète» de sorte que la société «n'avait pas d'esprit, de volonté ou d'existence propre» («no separate mind, will or existence of its own»). Cf. F. A. GEVURTZ, *Corporation Law*, 2^e éd., St. Paul Minn. : West, 2010, p. 75.

2. Cass. Com., 12 juin 2012, n° 11-16109, Bull. n° 121 ; Rev. Sociétés 2013. 93, obs. C. TABOUROT-HYEST ; RTD Civ. 2012. 546, obs. P-Y. GAUTIER.

3. J. SCHMEIDLER, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013, p. 584. V. également A. DENIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, préf. de G. VINEY, LGDJ, 2004, n° 538 et s., qui considère que même si la jurisprudence utilise techniquement la responsabilité civile ou l'immixtion, il s'agit à chaque fois d'une «application implicite de l'apparence».

tivement «l'indéterminabilité de la consistance patrimoniale», indéterminabilité qui peut concerner deux personnes physiques¹. L'exigence de «relations anormales» n'est donc pas réductible - dans l'absolu - à la forme d'abus consistant à profiter de la responsabilité limitée au-delà de la protection offerte par le législateur. Toutefois, *empiriquement*, la confusion des patrimoines recouvre souvent des situations où certains biens de valeur sont soustraits du patrimoine protégé par la responsabilité limitée (c'est parfois le cas dans le montage SCI/société d'exploitation). Le mélange objectif entre deux patrimoines est la conséquence d'une volonté de profiter illégitimement de la segmentation patrimoniale. C'est ainsi que l'on peut comprendre l'articulation entre les deux critères retenus par la jurisprudence pour l'application de l'article L. 621-2 du Code de commerce. Le critère permettant de différencier la segmentation licite de celle qui est illégitime est la pratique du «siphonnage d'actif», c'est-à-dire le fait, par le biais de contrats, d'appauvrir sans raison le patrimoine protégé au profit d'un autre². Aussi, c'est souvent dans le cadre des groupes de sociétés que cette action a vocation à s'exercer, l'extension se faisant généralement sur le patrimoine de l'actionnaire.

850. L'hypothèse de la sous-capitalisation est plus délicate. Il existe une difficulté de fond que rencontrent tous les systèmes juridiques sur sa définition ; il existe également une difficulté technique, propre au droit français, quant aux fondements de la sanction³.

Le problème de fond est de savoir comment juger de l'insuffisance des apports initiaux au regard d'une entreprise. À retenir une approche trop prudente, on décourage toute prise d'initiative et surtout on écarte les entrepreneurs n'ayant pas ou peu de capital⁴. Or c'est précisément le but poursuivi par le troi-

1. En faveur de ce fondement, v. F. REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. de P. PÉTEL, Litec, 2006, n° 588 et s.

2. La jurisprudence, dans sa version la plus récente, retient la nécessité de montrer une «volonté systématique» d'établir des relations anormales (Cass. Com., 11 fév. 2014, n° 13-12270, non publié, Bull. Joly Entr. 2014. 147, obs. T. FAVARIO.).

3. En droit américain, la sous-capitalisation constitue une raison d'opérer une «levée du voile sociétaire» aux côtés des autres causes.

4. Rapp. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8^e éd., Wolters Kluwer, 2011, §14.7, p. 554 : «the concern with undercapitalization [is] perverse : start-up firms usually are thinly capitalized, yet they are very firms whose shareholders most need limited liability as an inducement

sième fondement. Le critère ne peut donc être que très restrictif, sauf à vouloir la fin sans les moyens. En suivant cette ligne, il y aurait sous-capitalisation dès lors qu'il était *impossible* (et pas simplement *peu probable*), au moment de la constitution de la société, de développer l'activité projetée, compte tenu des apports effectués et des espérances de capitalisation ultérieures¹. Il faut caractériser une irrationnalité manifeste et pas simplement une prise de risque importante : l'entrepreneur n'est pas un "bon père de famille".

La difficulté technique, propre au droit français, vient de l'incertitude quant aux fondements. Une stratégie consista à profiter de la double qualité d'associé et de dirigeant pour sanctionner la sous-capitalisation par le biais de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs. Ce fut notamment la ligne adoptée dans l'arrêt du 19 mars 1996². La difficulté est que l'insuffisance d'apports est une faute de l'apporteur, donc de l'associé, et non une faute du dirigeant : la solution confondait les deux qualités réunies sur une même personne pour parvenir à ses fins. Un arrêt récent revient à l'orthodoxie : «l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion»³.

Cette voie étant fermée, reste à déterminer si les fondateurs peuvent être reconnus responsables pour une insuffisance d'apports sur le fondement du droit commun. La faute étant antérieure à la création de la personne morale, ils ne pourront invoquer l'exigence d'une faute détachable et la règle de non-cumul ne s'applique pas puisqu'ils n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. L.

to entrepreneurial risk-taking, both because a large fractions of new firms fail and because the investors in them often are persons of modest means».

1. Cf. T. MASSART, « La société sans apport » in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 289–313, p. 306 : «Mais en réalité les besoins de financement normaux et prévisibles de la société n'impliquent nullement l'obligation de constituer un capital social. Sur un plan strictement financier, il suffit que les besoins à long terme de l'entreprise soient financés par des ressources à long terme».

2. Cass. Com., 19 mar. 1996, n° 94-12004, Bull. n° 77, Rev. Sociétés 1996. 840, note T. BRUGUIER ; Bull. Joly Sociétés 1996. 613, note A. COURET. : «le choix, lors de la création de l'entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement, peut, à supposer les faits établis, constituer une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif».

3. Cass. Com., 10 mar. 2015, n° 12-15505, à paraître au Bulletin ; D. 2015. 678, obs. A. LIENHARD ; Bull. Joly Sociétés 2015. 244, note I. PARACHKÉVOVA ; Rev. Sociétés 2015. 468, note D. PORACCHIA.

651-2 du Code de commerce¹. Toutefois, une éventuelle faute ne devrait être admise que pour les créanciers délictuels : les créanciers contractuels auraient dû se renseigner sur la santé financière de la société avant de contracter avec elle. En revanche, les fondateurs sont fautifs s'ils ont créé une entreprise sans allouer un capital suffisant permettant de couvrir les risques inhérents à leur activité. Le troisième fondement protège l'entrepreneur contre les coups du sort, c'est-à-dire contre les dommages qui n'étaient pas prévisibles. En revanche, la responsabilité limitée ne peut avoir pour effet de faire peser sur les victimes les risques prévisibles d'une activité². La responsabilité limitée n'a pas vocation à protéger les irresponsables.

851. En résumé, lorsqu'il n'existe plus aucun fondement pour justifier la responsabilité limitée, le droit tend en général à revenir au principe, à savoir l'engagement du propriétaire pour ses actes. Le droit français n'admettant pas un mécanisme général de «levée du voile sociétaire», les voies sont indirectes, complexes et sinueuses. La jurisprudence a ainsi créé des techniques pour atteindre le patrimoine personnel : c'est le cas de la confusion des patrimoines, qui fut une création jurisprudentielle avant d'être consacrée par la loi, et le cas de la théorie du co-emploi. Elle a aussi interprété les actions existantes de manière à engager les actionnaires majoritaires et actifs pour le passif commun (action en responsabilité pour insuffisance d'actifs).

La responsabilité limitée n'est donc pas un principe naturel, mais une technique légitime dans certains cas, et non dans d'autres. Plutôt que d'obliger la jurisprudence à développer des exceptions génératrices d'incertitude (l'immixtion dans la théorie du co-emploi est-elle appréciée de la même manière que dans le cadre de la gérance de fait ?) pour rétablir les équilibres économiques sous-jacents, il faudrait engager une réflexion globale sur la place que l'on souhaite accorder à la responsabilité limitée, notamment en matière délictuelle.

1. L'actionnaire peut invoquer la construction de la "faute détachable" lorsqu'il existe une personne morale. Cf. Cass. Com., 18 fév. 2014, n° 12-29752, Bull. n° 40, D. 2014. 764, note T. FAVARIO ; JCP E 2014. 1160, note B. DONDERO ; Bull. Joly Sociétés 2014. 382, note B. FAGES ; RDC 2014. 372, obs. G. VINEY.

2. F. A. GEVURTZ, *Corporation Law*, 2^e éd., St. Paul Minn. : West, 2010, p. 95 : «The use of limited liability by owners of a closely held business to deliberately externalize foreseeable accidents costs, however, simply undercuts the goals of tort law».

B. Responsabilité limitée et responsabilité civile

852. Le développement des dommages environnementaux de masse a ravivé la question de la légitimité de la responsabilité limitée dans le cas des délits. En effet, à l'heure actuelle, seules les causes de déchéance précédemment exposées peuvent justifier de tenir pour personnellement responsable un associé en cas d'insuffisance de la masse commune¹.

Le problème, déjà complexe en lui-même, est aggravé par la dimension souvent internationale des dommages². En droit français, la plupart des propositions visent à instaurer une nouvelle exception, sous forme d'une responsabilité pour autrui (1). Pourtant, il n'est pas sûr que cet instrument soit adapté ; d'autres modes de conciliation doivent aussi entrer dans le débat (2)

1. Pour un nouveau cas de responsabilité pour autrui ?

853. En France, la discussion s'est cantonnée aux groupes des sociétés : la société-mère doit-elle répondre des dettes délictuelles de sa filiale ? En l'état actuel du droit positif, la faute de la société-mère paraît être une nécessité pour qu'elle soit reconnue responsable³ ; il n'y a pas de responsabilité automatique.

Toutefois, il n'existe pas de séparation nette entre la responsabilité pour faute personnelle commise dans l'exercice d'un pouvoir et une responsabilité du fait d'autrui, qui peut elle-même être graduée, selon que l'on exige la preuve d'une

1. Pour le droit français, et notamment l'affaire *Metaleurop*, v. C. SAINT-ALARY HOUIN, « La responsabilité de la société-mère en raison des préjudices environnementaux causés par sa filiale en difficulté » in *Sites et sols pollués : enjeux d'un Droit, droit en jeu(x)*, sous la dir. de M.-P. BLIN-FRANCHOMME, LexisNexis/Litec, 2010, p. 169–177. Récemment, le droit anglais a été confronté aux cas de salariés contaminés à l'amiante poursuivant la société-mère. Sauf à montrer la participation directe de la société-mère dans l'activité de la filiale (v. *Chandler v Cape* [2012] EWCA Civ 525 ; *Cambridge Law Journal*, 2012, 478, obs. A. SANGER), cette dernière n'est pas tenue d'un *duty of care* envers les salariés de sa filiale (v. en ce sens *Thomson v The Renwick Group*, [2014] EWCA Civ 635 ; *Cambridge Law Journal*, 2015, vol. 74, p. 30-35, obs. U. GRUSIC).

2. Sur la nécessité d'envisager le problème sous un angle international, v. J.-P. ROBÉ, « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir » in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Collège des Bernardins, 2012, p. 273–344.

3. C'est le cas notamment en matière de sites pollués (art. L. 512-17, C. envir.) où « une faute caractérisée » de la société-mère doit être prouvée. Pour les propositions de responsabilité sans faute des sociétés-mères, v. l'article 1360 al. 2 de l'avant-projet Catala, et B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. Sociétés* 2009, p. 715.

faute ou qu'on la présume, de manière réfragable ou irréfragable¹. Le passage d'une responsabilité fondée sur la faute à une responsabilité fondée sur le risque peut être rapide².

Deux critiques peuvent en effet être formulées, l'une tenant au critère de la faute, l'autre tenant à la réduction du problème aux sociétés-mères.

a. La faute est-elle un critère pertinent ?

854. Il n'est pas certain que la faute puisse assurer un traitement adéquat du problème, même en exigeant la preuve d'une faute «grave». Le juge souhaitant engager la responsabilité du propriétaire pourra toujours trouver une faute et la qualifier de «caractérisée» ou «grave», selon le critère éventuellement choisi.

Le phénomène existe déjà en droit maritime. Puisque seule la «faute inexcusable» peut faire échec à la responsabilité limitée de l'armateur, cette dernière est appréciée de manière très compréhensive par les juges malgré les précautions de la Convention de 1976³. La faute est caractérisée (ou non) selon que le juge estime que la responsabilité limitée est *légitime* en l'espèce (ou non). A cet égard, la décision *Heidberg* rendue par le Tribunal de commerce de Bordeaux est très explicite : la limitation de responsabilité «ne peut s'analyser comme établissant un droit inconditionnel conférant à l'armement maritime la possibilité d'user de la faculté de limiter sa responsabilité pour tous faits et dommages pouvant lui être imputés ; qu'elle consacre un privilège auquel peut seul prétendre l'armateur [...] se conduisant en professionnel de haute conscience et compétence»⁴.

1. Cf. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 788-9 : «L'apparition d'une responsabilité pour faute personnelle à l'occasion d'un pouvoir de surveillance, de contrôle ou de domination économique est généralement le résultat d'un sentiment d'insatisfaction devant un décalage entre l'exercice réel du pouvoir et la responsabilité pour la faire peser sur un échelon supérieur dans la hiérarchie des pouvoirs. Or, plus cette nécessité de réajustement entre pouvoir et responsabilité devient évidente, plus il semble naturel de l'institutionnaliser, ce qui peut conduire à reconnaître une véritable responsabilité pour autrui».

2. Pour une analyse de la dépendance économique comme créant un nouveau "risque" et constituant donc une nouvelle source de responsabilité, notamment dans le cadre des groupes de sociétés, v. C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, préf. de F. COLLART DUTILLEUL et G. J. MARTIN, L'Harmattan, 1997.

3. V. I. CORBIER, « La notion de faute inexcusable et le principe de limitation de responsabilité » in *Mélanges P. Bonassies*, Moreux, 2001, p. 103, p. 119 et s.

4. Cité par P. BONASSIES et C. SCALPEL, *Droit maritime*, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 435.

Le propos n'est pas ici d'assimiler l'armateur à la société-mère, mais de montrer comment les juges cherchent *les raisons d'être* de chaque cas de responsabilité limitée pour apprécier son applicabilité en l'espèce ou non. Il ne peut en être autrement : si la faute est la violation d'un devoir préexistant, il faut définir les devoirs préexistants au moins *in abstracto*. Or cette définition ne peut se faire qu'en référence à la *légitimité* de la responsabilité limitée. On peut être en désaccord avec l'issue de l'interprétation, mais le procédé en lui-même est inévitable. La technique de la responsabilité civile ne peut dissimuler longtemps le fond du problème, à savoir la légitimité ou non d'une déchéance de la responsabilité limitée.

C'est précisément le reproche technique que l'on peut faire à la proposition tenant à imposer un «devoir de vigilance» aux sociétés-mères : la proposition de loi cherche en quelque sorte à préconstituer la faute en imposant aux sociétés-mères de prendre des engagements «raisonnables», dont la violation ouvre la voie à une responsabilité indéfinie. Le problème est que «la proposition de loi ne définit pas les normes devant être respectées dans les domaines environnementaux, des risques corporels ou sanitaires, des droits humains, des libertés fondamentales et de la corruption. Dans ces conditions, le débat sur la faute paraît voué à l'enlissement»¹.

855. L'autre motif de scepticisme quant au critère de la faute est purement technique. En effet, du fait de l'absence de relativité des fautes contractuelles, la moindre inexécution par la société-mère d'une de ses obligations vis-à-vis de sa filiale est constitutive d'une faute délictuelle à l'égard des tiers². Il s'agit d'un moyen facile de contourner la responsabilité limitée : dans l'affaire *Erika*, la société-mère a d'ailleurs été condamnée pour non-respect de la procédure de «vetting» (inspection du navire) qu'elle s'était elle-même imposée³. L'inexécu-

1. P.-L. PÉRIN, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD Com.* 2015, p. 223.

2. I. ARNAUD-GROSSI et J. MESTRE, « Les piliers du droit des sociétés pourront-ils résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel ? », *RLDA* fév. 2008, p. 12.

3. Cass. Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82938, Bull. n° 198, *Erika* ; *AJDA* 2013. 667, étude C. HUGLO ; D. 2012. 2711, note Ph. DELEBECQUE, p. 2557, obs. F.-G. TRÉBULLE ; *Rev. Sociétés* 2013. 110, note J.-H. ROBERT ; *RTD Civ.* 2013. 119, obs. P. JOURDAIN.

tion contractuelle est ainsi beaucoup plus facile à prouver qu'une négligence ou un défaut de surveillance, *a fortiori* si elle doit être «caractérisée». À quoi bon construire un régime subtil et équilibré de responsabilité du fait d'autrui si cette voie de contournement existe ?

b. Faut-il se limiter aux groupes de sociétés ?

856. La seconde difficulté se situe en amont et tient à la seule implication des sociétés-mères dans le débat. En effet, si les arguments en faveur d'une responsabilité du fait d'autrui sont pris au sérieux, on ne voit pas pourquoi il faudrait limiter le dispositif de déchéance aux personnes morales. La prémisse implicite est bien sûr indemnitaire : la personne morale est plus riche que la personne physique et c'est là l'essentiel. Mais du point de vue des fondements de la responsabilité limitée, la distinction est difficilement justifiable.

Le critère du contrôle pose aussi certaines difficultés, et pas seulement techniques¹. Quelques exemples : pourquoi l'actionnaire contrôlant possédant 40% du capital d'une société devrait-il assumer la totalité de la charge de la dette délictuelle, alors que l'actionnaire possédant 20%, et donc ayant reçu des bénéfices à ce titre, se trouve déchargé ? Le problème devient encore plus aigu avec le dommage causé par une *joint venture* dont la répartition en capital serait de 51%-49% sans action de concert. Va-t-on condamner l'actionnaire majoritaire et conserver l'immunité de l'autre actionnaire ?

La seule conclusion logique à laquelle on aboutit au terme de ce raisonnement est que si on décide de lever le risque limité pour les dettes délictuelles, il faut le faire pour *tous* les associés, au prorata de leur participation². Mais si on adopte un tel système, alors on porte atteinte au second fondement, à savoir la possibilité d'un marché de capitaux. Comment déterminer qui est responsable alors que les titres circulent³ ? La responsabilité ne pouvant être solidaire, com-

1. Sur les difficultés techniques d'application de la notion de contrôle, v. B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p. 115.

2. En faveur d'un tel système, v. H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal* 100 1991, p. 1879.

3. Ce fut le principal reproche adressé aux Professeurs Hansmann et Kraakman. V. par exemple J. A. GRUNDFEST, « The Limited Future of Unlimited Liability : a Capital Market Perspective », *Yale Law Journal* 102 1992, p. 382. et la réponse des intéressés, H. HANSMANN

ment les victimes peuvent-elles efficacement obtenir réparation ?

D'où un dilemme : soit on est logique, et on aboutit à un système impraticable ; soit on se limite au praticable (les sociétés-mères), mais il faut s'attendre à des injustices, au sens où des situations similaires quant au problème posé ne seront pas traitées de manière semblable. Cette difficulté devrait orienter la réflexion vers d'autres pistes de conciliation.

2. Vers d'autres modes de conciliation

857. Rappelons la question fondamentale : la protection contre le risque entrepreneurial conférée par la responsabilité limitée doit-elle couvrir les dommages causés aux tiers ou à l'environnement ? Trois réponses sont possibles : «oui», «non», «pas totalement». Les deux premières réponses appelant un régime juridique évident, seule la troisième option nécessite une discussion. Il s'agit de trouver une voie moyenne entre le risque limité et le risque illimité.

858. Le premier réflexe est de recourir à la technique de l'assurance, utilisée de manière récurrente dès qu'il s'agit de concilier les intérêts des victimes et la protection de ceux qui mènent des activités risquées. Il suffirait donc d'obliger les sociétés à s'assurer contre les dommages causés aux tiers par elle ou leurs filiales. Ou bien encore de créer un fonds de mutualisation, secteur par secteur, en fonction de l'exposition aux risques. Malheureusement, la possibilité même d'assurer ce type de dommage n'est pas évidente¹. L'impossibilité de s'assurer fut d'ailleurs un argument déterminant pour le maintien de la responsabilité limitée en droit maritime dans la Convention du 19 novembre 1976².

Une variante peut être le fonds d'indemnisation public financé par un impôt pesant sur les sociétés à risque limité. La difficulté est évidemment de proportionner la contribution fiscale aux risques effectivement créés. Un impôt mal

et R. KRAAKMAN, « Do the Capital Markets Compel Limited Liability ? A Response to Professor Grundfest », *Yale Law Journal* 102 1992, p. 427.

1. Cf. B. DEFFAINS et E. LANGLOIS, *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009, p. 55.

2. P. DELEBECQUE, *Droit maritime*, 13^e éd., Dalloz, 2014, n° 841. Pour une vue sceptique sur l'argument et le système de responsabilité limitée en général, v. A. VIALARD, « La limitation de responsabilité, clé de doute pour le droit maritime du 21^e siècle », *DMF* jan. 2009, p. 21-28.

calibré reviendrait à externaliser les risques non sur les victimes, mais sur les sociétés.

859. Une autre piste serait de créer un «capital d'engagement» des associés (ou des seules sociétés-mères ?) couvrant les dettes délictuelles. Cette notion de «capital d'engagement» a été proposée par le Professeur Nurit-Pontier et constitue une voie moyenne entre le risque limité et le risque illimité¹. La loi ou les statuts pourraient fixer un tel capital d'engagement, valable pour toutes les dettes délictuelles ou certaines d'entre elles. Le fondement de cette stratégie serait de considérer que la loi couvre totalement le risque entrepreneurial quant aux contrats, mais pas totalement quant aux dommages.

La difficulté pratique vient de la fixation d'un tel capital d'engagement. À l'heure de la société sans capital, on ne peut le fixer en proportion du capital investi. La technique du montant forfaitaire est possible, mais ne tient pas compte des différences de solvabilité entre propriétaires. Peut-être un système de calcul intégrant plusieurs critères est-il possible.

Enfin, on peut cumuler les deux stratégies par un système «multi-piliers» prévoyant à la fois un capital d'engagement de la part des associés et la couverture du reliquat par un fonds d'indemnisation.

860. Conclusion de la section. Si en principe, les propriétaires doivent répondre des dettes communes, certaines formes de propriété commune ont choisi de ne pas les tenir personnellement du passif commun. Cette limitation de responsabilité peut se justifier de trois manières, qui expliquent chacune une vague d'apparition historique de l'institution : (i) la limitation de responsabilité compense l'absence de contrôle individuel du propriétaire (ii) elle permet de créer un marché financier drainant l'épargne publique (iii) elle protège l'entrepreneur de la faillite personnelle en cas d'échec de son activité. Ces trois fondements sont autant de *raisons d'être* de l'institution. Comme toute institution, la respon-

1. Cf. L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612, p. 1615 : « le capital d'engagement a vocation à pallier, dans les sociétés ne nécessitant qu'un faible capital de départ, l'insuffisance du capital social en termes de garantie des créanciers et à répondre des dettes sociales pour le montant auquel il a été arrêté. Il s'agit finalement pour les associés de s'engager à supporter les pertes sociales pour un certain montant, arrêté à la constitution de la société, montant dépassant celui de leur apport mais néanmoins limité et déterminé de manière définitive ».

sabilité limitée a un coût : elle réduit considérablement le gage des créanciers communs, qui n'ont plus accès qu'à la masse commune. La responsabilité limitée transfère les risques des propriétaires sur les créanciers communs.

Même si les droits occidentaux ont largement reconnu et protégé le principe, un équilibre doit se faire entre les avantages procurés par l'institution et les inconvénients engendrés. Des mécanismes correcteurs ont toujours été reconnus lorsque, suite au comportement du propriétaire, la responsabilité limitée perdait sa raison d'être. Le retour au principe s'effectue alors, soit par un mécanisme d'équité (*veil piercing*), soit par la responsabilité ou l'apparence (droit français). Aujourd'hui se pose cependant la question de l'équilibre global entre la protection des créanciers délictuels et la responsabilité limitée. La responsabilité limitée a-t-elle vocation à couvrir tous les dommages causés à l'environnement et aux tiers ? Quelle que soit la solution adoptée, il paraît plus efficace techniquement d'aborder la question de front et de construire une solution claire, plutôt que de maintenir formellement un principe assorti d'une myriade d'exceptions.

Conclusion du chapitre

861. La question du passif commun révèle une fois encore les multiples tensions que provoque la propriété commune dans les cadres civilistes. On répond de ses propres dettes et non des dettes d'autrui. Mais doit-on répondre des dettes communes, qui sont un peu les nôtres, mais pas totalement non plus ? Tel est le problème se posant nécessairement dans une propriété commune. L'objectif de ce chapitre était de comprendre la variété des réponses, les problèmes qu'elles vont susciter et la manière dont le droit essaye de corriger ces problèmes.

Un point bien admis est le fait que les dettes communes sont payées prioritairement - et parfois exclusivement - par la masse commune. Il s'agit du simple reflet du principe inverse : les dettes personnelles du propriétaire en commun sont payées prioritairement - et parfois exclusivement - sur son patrimoine personnel. Le droit définit, contraint et hiérarchise les droits des créanciers sur les masses : la personne morale (l'autonomie patrimoniale) n'est qu'un outil en vue de cet objectif.

De manière générale, les propriétaires en commun assument les dettes communes, éventuellement de manière subsidiaire. Ce sont «leurs» dettes, de même que les biens communs sont «leurs» biens. Toutefois, lorsque le propriétaire ne fait qu'apporter des ressources à la masse commune sans pouvoir de décision, le droit lui accorde une responsabilité limitée. La mesure a le double avantage de protéger le propriétaire et de permettre de transformer la part en pur actif. Un marché de capitaux peut donc se créer. La distance entre le propriétaire et le pouvoir de décision justifie alors de considérer les dettes communes comme n'étant pas ses dettes, mais les dettes d'un tiers. La présence d'une personne morale permet de justifier techniquement la solution - mais cette dernière vaut aussi en l'absence de personne morale (fonds communs de placement). La responsabilité limitée peut aussi procéder d'une politique législative de soutien à l'entrepreneuriat. La limitation du risque permet d'éviter que les propriétaires, même actifs, ne subissent une ruine personnelle.

Ces justifications doivent cependant entrer en balance avec les coûts provoqués par cette immunité, dont la majeure partie est supportée par les créanciers communs. Le droit doit choisir un régime de responsabilité, qui peut potentiel-

lement aller de l'immunité à la responsabilité complète, en passant par tous les régimes intermédiaires. La qualification de propriété commune ne donne en elle-même aucune solution à ce problème : seule une interrogation sur les fondements économiques, politiques et moraux des institutions peut permettre de définir un équilibre acceptable et accepté.

Conclusion du Titre

862. Un système de propriété privée attribue au(x) seul(s) propriétaire(s) les richesses et les charges liées aux biens qui leur appartiennent, sauf exception légale ou conventionnelle. Dans une propriété individuelle, le propriétaire reçoit les utilités économiques de son bien et assume les dettes sur son patrimoine personnel. Dans une propriété commune, les deux versants - l'actif et le passif - supposent un *aménagement* par la forme de propriété commune. Comme les habilitations, les conséquences économiques de la qualité de propriétaire doivent être réparties.

L'actif commun se compose des utilités que l'on peut tirer des biens et des biens eux-mêmes. Ces utilités varient considérablement en fonction des types sociologiques de propriété commune : l'usage est prédominant dans les propriétés communes domestique et de jouissance ; les fruits et revenus sont prédominants dans les propriétés communes d'alliance et d'entreprise. Dans ce dernier cas, la propriété commune illustre parfaitement l'analyse prospective faite par Marcel Waline : «On en arrive à se demander si le droit de propriété ne tend pas, dans certains cas, à se résoudre dans le *jus fruendi*, le droit de percevoir les revenus de cette propriété, et dans le droit de disposer de la valeur vénale du bien»¹. Quant au partage, il n'est pas de l'essence de la propriété commune ni un droit fondamental pour le propriétaire. Il constitue une manière parmi d'autres pour le propriétaire de liquider sa part dans les biens communs.

L'activité commune fait aussi naître un passif commun. Ici encore, la répartition du passif se fait de manière très disparate selon les propriétés communes. Dans les formes les plus communautaires, les propriétaires sont directement exposés à une action en paiement des créanciers. Le plus souvent cependant, c'est la masse commune qui est chargée de désintéresser les créanciers communs, les propriétaires ne répondant personnellement qu'en cas d'insuffisance. Enfin, dans certaines propriétés communes d'entreprise, le droit va jusqu'à limiter la responsabilité des propriétaires au passif commun. Cette limitation repose sur des fondements économiques qui confèrent à la fois sa légitimité à l'institution et qui en dessinent les limites.

1. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Dalloz, 2007, p. 348.

Conclusion de la seconde partie

Pour fonctionner, une propriété commune doit nécessairement attribuer des droits, devoirs et pouvoirs à chaque propriétaire. L'objectif de cette partie était d'analyser la logique de cette répartition en distinguant prérogatives juridiques et prérogatives économiques.

La manière de répartir les pouvoirs de gestion dépend de plusieurs paramètres. Certains sont liés à l'acte que le pouvoir permet d'accomplir (sa gravité, sa fréquence); d'autres sont liés aux propriétaires (leur nombre, relations de nature communautaire). La combinaison de ces paramètres permet de comprendre le recours à différents modes de gestion (gestion concurrente, concertée, exclusive) qui sont adaptés à certaines situations, mais pas à d'autres. De la même manière, les sanctions usuelles du droit civil (nullité, responsabilité) s'adaptent au profil socio-économique de chaque propriété commune. Cette adaptation s'opère tant au niveau des conditions requises pour la mise en œuvre de ces sanctions que pour leurs effets.

La répartition des prérogatives économiques dépend essentiellement de la *finalité* de la propriété commune. Les propriétés communes domestiques et de jouissance confèrent en général aux propriétaires les émoluments classiques de la propriété (usus, fructus, abusus). En revanche, les propriétés communes d'entreprise peuvent présenter deux particularités. Elles ne confèrent aux propriétaires qu'un droit aux fruits et elles peuvent soustraire ces derniers, totalement ou partiellement, au paiement des dettes communes. Quand bien même cet équilibre économique diffère des propriétés communes du droit civil, on ne saurait y voir une rupture ou une différence de nature. Il ne s'agit que d'une manière de répartir les droits et devoirs naissant d'une propriété commune.

Conclusion générale

863. La famille de la propriété commune est bigarrée : on y trouve de *vieilles dames* - l'indivision, la communauté et la société - qui dominant en parlant haut et fort (on ne compte plus les enfants et petits-enfants de la dernière, elle-même semble s'y perdre) ; les *grands-oncles* - le mur mitoyen, la tontine, l'association et la copropriété quirataire - , plus discrets, qui ont parfois du mal à faire entendre leur propre voix ; la *tante artiste*, l'œuvre de collaboration, toute menue et restant un peu dans son coin ; le *quinquagénaire grisonnant*, la copropriété des immeubles, sans cesse devant les juridictions et dont les assemblées sont une cause récurrente d'anxiété dans la population française ; l'*enfant terrible*, l'OPCVM, qui brasse des milliards en refusant d'être confondu avec qui que ce soit d'autre ; et enfin le *petit dernier*, l'indivision d'acquêts, dont la naissance fut difficile, qui est solidement tenu par la main par ses deux grand-mères, la communauté et l'indivision.

Et puis il y a ce *cousin oublié*, l'obligation plurale. Associé automatiquement au régime de l'obligation, on ne voit pas en général qu'il fait partie de la famille. Et pourtant l'obligation conjointe et solidaire sont deux manières d'organiser la cotitularité d'une créance ou d'une dette. La problématique des effets secondaires de la solidarité relève en effet de la propriété commune. Ils répondent aux questions typiques de la matière : que peut faire un codébiteur seul ? Quels effets ses actes ont-ils sur les autres ?

864. Longtemps la propriété commune est restée dans l'ombre de la propriété individuelle. Triste ritournelle siècle après siècle : seule la propriété individuelle est rationnelle, la propriété commune étant à l'inverse contradictoire *par nature*. La contradiction naît en réalité des juristes eux-mêmes lorsqu'ils

adoptent *ab initio* une conception individualiste de la propriété, soit parce que la propriété est vue comme l'expression d'un pouvoir individuel (c'est le cas du *dominium* en droit romain), soit parce qu'elle est le droit subjectif par excellence (c'est le cas du droit moderne). Il suffit dès lors d'adopter une conception plus objective de la propriété privée, moins liée à l'individu, pour que la propriété commune puisse s'y insérer rationnellement. En effet, comme dans toute propriété privée, les propriétaires en commun peuvent exclure les non-propriétaires et ont vocation à profiter des biens communs. Ils peuvent même posséder en commun. Certes, les droits sur les biens sont indirects puisqu'ils sont définis par la forme de propriété commune : mais ils assurent un monopole juridique et économique aux propriétaires pris ensemble, ce qui est la marque de la propriété privée. La propriété commune n'est donc *rien d'autre* qu'une propriété privée à plusieurs.

865. Cette unité notionnelle s'accompagne d'un fort pluralisme. Il existe une seule propriété individuelle, mais de multiples propriétés communes. Une même forme juridique peut d'ailleurs être utilisée dans de nombreux contextes : c'est le cas de la société, qui s'étend de la holding à la SA cotée, et de l'indivision qui couvre les biens communs entre partenaires pacsés, entre héritiers ou entre voisins. Plutôt que de comparer les formes juridiques, dont les contours ont toujours été incertains, peut-être vaut-il mieux partir des situations concrètes d'appropriation. Quatre situations typiques peuvent être dégagées : les *propriétés communes domestiques*, apparaissant du fait d'une vie en commun ; les *propriétés communes de jouissance*, qui visent simplement à partager l'usage de biens déterminés ; les *propriétés communes d'alliance*, où des professionnels mettent en commun des ressources en support de leur activité individuelle ; les *propriétés commune d'entreprise*, où les ressources communes servent au développement d'une activité collective.

Chacune de ces situations types engendrent des besoins particuliers. Une propriété commune d'entreprise doit impérativement isoler les biens communs dans un patrimoine autonome afin de protéger leur affectation ; en revanche, les biens domestiques visent à être utilisés librement et directement. Les formes de propriété de commune, si elles sont efficaces, adoptent une configuration qui

respecte le particularisme de chaque situation. La présence de liens communautaires entre les propriétaires est à cet égard particulièrement important car il permet un désengagement partiel du droit. La propriété commune repose souvent sur une *internormativité*, au sens où l'a définie Jean Carbonnier¹.

Il est donc possible de comprendre les différences de régime (cessibilité des parts, présence d'un patrimoine autonome ou d'un sujet de droit distinct, gestion centralisée ou non, droit au partage, etc.) en fonction de ces contextes. Chaque institution juridique génère en effet des avantages pratiques et des inconvénients. Le principe majoritaire permet de multiplier le nombre de propriétaires sans risque de blocage, mais engendre un risque pour les minoritaires ; l'autonomie patrimoniale protège l'affectation des biens communs, mais réduit le gage des créanciers personnels de chaque propriétaire. Selon le contexte, les avantages procurés par l'institution l'emportent ou non sur ses inconvénients. La règle juridique devient alors nécessaire, possible ou au contraire gênante. Les formes juridiques n'hésitent d'ailleurs pas à s'inspirer les unes des autres, à s'hybrider et à se concurrencer. L'histoire en témoigne : en droit romain, la *societas* s'inspire de l'indivision pour définir les pouvoirs de chaque associé ; l'indivision s'inspire de la société au XX^e siècle pour permettre une appropriation durable. Les formes de propriété commune ne sont jamais loin les unes des autres ; elles se reconfigurent en fonction des pratiques de l'appropriation.

866. Cette prise en compte du contexte d'appropriation permet également de comprendre qu'une même institution soit appréciée différemment selon le contexte. La personnalité morale de la société en est l'exemple le plus frappant. Les avantages de la personnification sont connus : les créances et dettes sociales peuvent être facilement distinguées des créances et dettes individuelles ; les contrats perdurent malgré le renouvellement des propriétaires. C'est une technique indispensable dans les propriétés communes d'entreprise, où les propriétaires peuvent souvent changer et qui s'inscrivent dans la durée. La personnalité morale est donc vitale pour les sociétés par actions. C'est un peu moins nécessaire dans les propriétés communes d'alliance, puisque les propriétaires sont en

1. J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'internormativité » in *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 287-306.

plus petit nombre - voilà pourquoi les GIE et les SCP sont plus «transparents» que les sociétés classiques. Et cela devient franchement problématique dans les propriétés communes de jouissance puisque les propriétaires ont vocation à profiter directement de leurs biens. D'où un contentieux considérable : à cause de l'écran sociétaire, les associés des SCI ne peuvent ni invoquer leur qualité de consommateur ni affecter librement leur bien en garantie. Tout ceci aurait pu être évité en dotant la société civile d'un patrimoine autonome sans la personnifier. Mais le chant de cette sirène qu'est la personne morale a été le plus fort, et continue de séduire.

Ainsi, en déterminant les avantages et les inconvénients de chaque technique juridique, et en les rapprochant des situations d'appropriation typiques, il est possible de comprendre comment le droit affronte les difficultés engendrées par la situation de propriété commune.

867. La difficulté la plus importante concerne la *structure* de la propriété commune. Les biens communs font-ils partie du patrimoine de chaque propriétaire ? Comment transcrire juridiquement la part de chaque propriétaire dans la propriété commune ?

Toute forme de propriété commune doit donc attribuer un statut à la *masse commune* et à la *part*. Ces deux notions sont spécifiques aux propriétés communes et sont irréductibles à quoi que ce soit d'autre. Toutefois, la spécificité de la propriété commune n'ayant jamais été reconnue, il a bien fallu faire appel aux outils classiques, élaborés pour d'autres institutions et pour d'autres objectifs. La masse commune peut parfois être assimilée à un patrimoine propre, éventuellement détenu par un sujet de droit fictif ; la part est également rapprochée d'un droit réel ou d'un droit personnel. Ces qualifications ne correspondent pas à une nature des choses ; elles sont adoptées car elles permettent d'atteindre un résultat bien concret : protéger la masse commune des saisies des créanciers personnels, faciliter ou limiter la circulation des parts, par exemple. Bien souvent d'ailleurs, la propriété commune affiche son particularisme en jouant avec les qualifications les plus importantes. La quote-part indivise est-elle un bien ? Tout dépend de la question : si on veut la céder, alors oui, elle est un bien ; mais si on veut la saisir, elle ne l'est plus.

868. Cette instrumentalisation des notions classiques s'observe également lorsqu'il s'agit de faire fonctionner la propriété commune. La situation de concurrence oblige chaque forme à répartir des habilitations à gérer entre les propriétaires, c'est-à-dire à préciser qui peut faire quoi, et comment. En fonction du nombre de propriétaires, de la nature de leurs relations et de l'importance de la prérogative en jeu, on aura recours à une gestion concurrente, concertée ou exclusive. Cette répartition est soumise à un unique impératif : assurer le bon fonctionnement de la propriété commune en évitant les blocages et les risques engendrés par la dépendance (risques d'agence). Les concepts usuels en sortent parfois égratignés : le contrat organisant la propriété commune est marqué d'un particularisme au regard des autres types de contrat (contrat-organisation) ; l'agent commun des propriétaires a un régime toujours à mi-chemin entre mandataire et représentant légal, même s'il se rapproche de l'une ou de l'autre figure selon les circonstances. Une politique similaire est adoptée en matière de sanctions quand une habilitation n'est pas respectée. Si les remèdes habituels (nullité, responsabilité) s'appliquent, ils sont souvent atténués voire écartés. La propriété commune colore et infléchit les institutions classiques ; elle les plie à sa logique propre.

869. La propriété commune restant une propriété, elle vise avant tout à conférer à ses titulaires une utilité économique. La finalité de l'appropriation est déterminante : certains propriétaires peuvent user directement des biens communs, d'autres se satisfont de l'espoir d'une part des fruits et revenus communs. Le particularisme des propriétés communes est ici sans doute plus affirmé : on ne se contente pas d'utiliser les notions classiques, mais on développe des institutions tout à fait autonomes. L'opération de distribution, le partage, le droit au retrait en sont des exemples. Si leur régime comporte encore des incertitudes, l'examen de la raison d'être de ces institutions permet sans doute de l'éclairer.

870. Qui dit propriété commune dit aussi dettes communes, au minimum les dettes d'entretien. Ce sont les propriétaires qui ont vocation à les assumer, de manière directe en réglant le créancier commun, ou de manière indirecte, par des appels à contribution. La conception orthodoxe de la personne morale a ici brouillé les repères. On ne peut pas déduire de l'existence de la personne morale un principe de responsabilité limitée ; c'est un non-sens historique. La respon-

sabilité limitée est une technique autonome qui peut se conjuguer à celle de la personne morale, mais qui en est dissociable. Elle procure certains avantages (protection des propriétaires passifs, création d'un marché de capitaux, protection de l'entrepreneur), mais engendre aussi des coûts (réduction du gage des créanciers sociaux, prises de risque excessives). À l'heure où cette responsabilité limitée est discutée pour les relations intra-groupes, une prise en compte de ces équilibres est sans doute utile. Elle n'apporte peut-être pas de réponse, mais permet de bien poser la question.

871. Maltraitée durant des siècles, la propriété commune a su pourtant se défendre. Elle a appris à ruser avec les concepts individualistes du droit civil, à les utiliser autant que de besoin, mais non au-delà. Ce n'est peut-être pas du *beau droit* comme on l'entend habituellement : les hésitations sont permanentes, les formes sont poreuses, tout semble toujours très "pragmatique"... Ce n'est pas le royaume des grands principes, des certitudes et de la symétrie. Mais on n'est pas obligé d'aimer seulement le droit-cathédrale : on peut aussi aimer un droit sans cesse en mouvement, dont l'objectif n'est pas de parvenir à une parfaite rationalité conceptuelle, mais de serrer au plus près les situations concrètes, quitte à construire de bric et de broc, à empiler les fictions et à résister à la doctrine. Telle est la propriété commune ; et finalement, *si*, c'est du beau droit.

La propriété commune ne s'est-elle pas d'ailleurs vengée de la propriété moderne ? Car autant la première affiche une belle vitalité, autant la seconde - individuelle, exclusive, perpétuelle, absolue - est en proie à une « crise ou, si l'on récuse le terme, [à] des incertitudes croissantes »¹. Tel un vieil empire qui se croyait immortel et qui s'est étendu au-delà de ses capacités, le modèle de la propriété moderne vacille. La tentation est alors de renoncer à toute théorie de la propriété, soit parce que cette dernière dissimulerait les "vrais" enjeux, soit parce qu'elle serait incompatible avec l'ère postmoderne dans laquelle nous serions entrés². D'un excès à l'autre : nous passerions d'un modèle unique, rigide,

1. L. PFISTER, « Les modèles propriétaires. Quelques réflexions en guise de synthèse et de conclusions provisoires » in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, p. 239.

2. Pour la première approche, v. J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD Civ.* 2014, p. 763-794. Pour la seconde, v. F. ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne » in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, p. 225-238.

ultra-rationalisé, centré sur l'individu, à une absence totale de modèle, à un impressionnisme chatoyant refusant toute rationalisation.

Pourtant, une troisième voie est possible, celle d'un «pluralisme ordonné»¹. La propriété commune peut servir d'exemple à ce projet plus général d'une refondation de la théorie de la propriété. Car il n'existe pas un seul modèle de propriété commune, ni même de modèle archétypal, mais une pluralité de situations sociologiques typiques. Ces idéaux-types ne sont pas des catégories dont découlerait naturellement un régime, mais ils créent des contraintes plus ou moins fortes qui influent sur le contenu des normes et leur interprétation. En suivant la même approche, ne pourrait-on pas diversifier l'interprétation de l'article 544 du Code civil en distinguant un droit des biens de consommation, un droit des facteurs de production, un droit des logements, etc. ? Sans doute les «attributs» de la propriété - l'exclusivité, l'importance des "lois et règlements" - sont-ils et doivent-ils être modulés selon ces contextes². Il serait alors possible de donner une grille de compréhension du droit des biens qui ne sacrifie ni à l'exigence d'intelligibilité du droit ni au respect de la complexité du réel.

1. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006. V. aussi P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat - Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000, n° 6. Que ce soit pour le droit international ou pour l'analyse du droit interne, le «pluralisme ordonné» combat «le double risque d'un ordre hégémonique ou d'un désordre impuissant» (D. TERRÉ, «Le pluralisme et le droit», *APD* 2005, n° 49, p. 69-83, p. 80, note 19.).

2. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 32 : «Pour des juristes dont l'art est de qualifier les faits, c'est-à-dire les faire entrer dans des dénominations préétablies, et non d'adapter des dénominations à des réalités mouvantes, un tel changement de méthode est considérable, mais il me semble inéluctable».

Annexe : Liste des formes de propriété commune

La liste proposée ci-après est solidaire de l'approche très large retenue dans cette thèse. Est une forme de propriété commune toute institution permettant à une pluralité de personnes d'exercer des droits analogues sur un même ensemble de biens, qu'il y ait ou non une personne morale¹. Vu le très grand nombre de groupements spéciaux en droit positif, la liste ne peut être exhaustive.

La classification proposée est une classification par *idéaux-types* et non par catégories. Ces idéaux-types visent à exprimer les grandes utilisations des propriétés communes, au-delà des institutions juridiques. Du fait des méandres de l'histoire, une même forme juridique, comme l'indivision ou la société, peuvent relever de plusieurs idéaux-types. Et inversement, un même idéal-type admet plusieurs formes juridiques. Il s'agit donc d'un mode de classification plus souple que la classification par catégories, qui suppose que chaque élément appartienne à une catégorie et une seule.

Le principal intérêt des idéaux-types est de montrer que les institutions qui relèvent d'un même idéal-type *tendent* à converger vers une structure et régime similaire en droit positif et dans l'histoire, et ce même si formellement ces institutions sont de nature différente.

Quatre idéaux-types peuvent être dégagés : les propriétés communes domestiques, de jouissance, d'alliance et d'entreprise².

1. V. *supra*, n° 8.

2. Cf. *supra*, n° 179 et s.

Les propriétés communes domestiques

Il s'agit des propriétés communes qui naissent du fait d'une vie en commun sous un même toit. Aujourd'hui, ces propriétés communes concernent les biens du couple. Les propriétaires sont toujours liés par des liens communautaires préexistants¹.

- Communauté légale (art. 1400 et s., C. Civ.)
- Communauté conventionnelle ou société d'acquêts (art. 1497 et s., C. Civ.)
- Indivision d'acquêts (art. 515-5-1 et s., C. Civ.)
- Indivision entre époux séparés de biens
- Indivision entre concubins

Les propriétés communes de jouissance

Ces propriétés communes confèrent aux propriétaires la jouissance directe des biens communs, sans qu'ils soient liés par des liens communautaires. Ces propriétés communes sont centrées sur les biens eux-mêmes, qui ne sont pas des moyens en vue d'autres objectifs².

Il existe de très nombreuses hypothèses dans lesquelles la jouissance d'un bien est partagée. Cette jouissance en commun peut notamment être subie ou volontaire.

Propriétés communes subies temporaires

- Indivision successorale (art. 815 et s., C. Civ.)
 - Indivision post-communautaire (art. 1476, C. Civ.)
 - Indivision post-sociétaire (art. 1844-9, C. Civ.)

Propriétés communes subies de voisinage

- Indivision forcée (reconnue par Cass. Req. 10 févr. 1823).

1. V. supra, n° 180.

2. V. supra, n° 182.

- Mitoyenneté (art. 653 et s., Code civil).
- Copropriété des immeubles bâtis (Loi du 10 juillet 1965).
- Sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé (Loi n° 86-18 du 6 janvier 1986).
- Sociétés d'habitat participatif (art. L. 200-1, C. constr. hab.).

Propriétés communes volontaires générales

- Société civile (ex : société civile immobilière) (art. 1845 et s., C. Civ.)
- Société en participation (art. 1871 et s., C. Civ.)
- Indivision conventionnelle (art. 1873-1 et s., C. Civ.)
- Indivision simple (ex : achat en commun) (art. 815 et s., C. Civ.)
- Tontine (Validité reconnue depuis Cass. Ch. mixte., 27 nov. 1970).
- Copropriété fiduciaire (art. 2011 et s., C. Civ.).

Propriétés communes spécialisées, assurant la jouissance d'un bien spécifique

- Copropriété de navire (art. L. 5114-30, C. transp.).
- Œuvre de collaboration (art. L. 113-3, C. prop. intell.).
- Copropriété de brevets (art. L. 613-29 et s., C. prop. intell.).
- Organismes de placement collectif (art. L. 214-1 et s., C. mon. fin.)
- Propriétés communes familiales
 - Souvenirs de famille
 - Tombeaux de famille
- Obligations plurales (art. 1197 et s., C. Civ. ; art. 1309 et s., Ord. 10 févr. 2016)
- Sociétés de construction-attribution (art. L. 212-1, C. constr. hab.)
- Groupement forestier (art. L. 331-1 et s., C. forestier).

Propriétés communes d'alliance

Cet idéal-type vise les cas où les propriétaires mettent en commun de biens en vue d'exercer en commun leur activité individuelle. C'est une alliance de

*personnes avant d'être une alliance de biens*¹.

Professions libérales

- Société civile professionnelle (Loi n° 66-879 du 29 nov. 1966)
- Société d'exercice libéral (Loi n° 90-1258 du 31 déc. 1990)
- Société pluri-professionnelle d'exercice (Loi n° 90-1258 du 31 déc. 1990, art. 31-3 et s.).
- Société civile ordinaire (utilisée comme société civile de moyens).

Commerçants

- Groupement d'intérêt économique (art. L. 251-1 et s., C. Com.)
- Société en nom collectif (art. L. 221-1 et s., C. Com.).
- Magasins collectifs de commerçants indépendants (art. L. 125-1 et s., C. Com.).

Agriculteurs

- Sociétés coopératives agricoles (art. L. 521-1, C. rur.).
- Groupement agricole d'exploitation en commun (art. L. 323-1 et s., C. rur.).
- Groupements pastoraux (art. L. 113-3, C. rur.)

Propriétés communes d'entreprise

*La propriété commune sert à assembler des ressources en vue d'une activité collective et autonome, bien distincte de celle des propriétaires. C'est une alliance de biens avant d'être une alliance de personnes. L'activité commune peut être à but lucratif ou non*².

- Sociétés par actions (SA, SAS, Commandite par actions) (art. L. 224-1 et s. ; C. Com.)
- Sociétés sportives (art. L. 122-1 et s., C. sport).

1. V. supra, n° 186.

2. V. supra, n° 189.

- Sociétés de banques et établissements de crédit (art. L. 511-1 et s., C. mon. fin.)
- Commandite simple (L. 222-1 et s., C. Com.)
- SARL (L. 223-1 et s., C. Com.)
- Indivision conventionnelle (entreprise indivise) (art. 1873-1 et s., C. Civ.).
- Association (Loi du 1er juillet 1901).
- Associations cultuelles (Loi du 9 décembre 1905, art. 18 et s.).
- Coopératives (Loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947)¹.

1. Les coopératives sont intermédiaires entre les propriétés communes d'alliance et d'entreprise. Elles ne peuvent en effet fournir des services qu'à leurs membres mais déploient une activité collective. En revanche, la société coopérative d'intérêt collectif relève plutôt des propriétés communes d'entreprise.

Bibliographie

Ouvrages juridiques

Manuels et ouvrages généraux

ATIAS (Christian), *Droit civil - Les Biens*, 11^e éd., Litec, 2011.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 4, 1871.

— *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 2, 1897.

— *Cours de droit civil français*, par ESMEIN, 7^e éd., t. 2, 1961.

AYNÈS (Laurent) et Pierre CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière*, 7^e éd., LGDJ-Lextenso, 2013.

BACACHE-GIBEILI (Mireille), *La responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Economica, 2012.

BÉNABENT (Alain), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2013.

— *Droit de la famille*, 3^e éd., LGDJ, 2014.

BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., coll. «Méthodes du droit», Dalloz, 2012.

BERGEL (Jean-Louis), Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les Biens*, 2^e éd., 2010.

BONASSIES (Pierre) et Christian SCALPEL, *Droit maritime*, 2^e éd., LGDJ, 2010.

BONNEAU (Thierry) et France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3^e éd., Economica, 2010.

- CABRILLAC (Rémy), *Droit des régimes matrimoniaux*, 9^e éd., LGDJ - Lextenso, 2015.
- CADIET (Loïc) et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013.
- CAPOULADE (Pierre), Claude GIVERDON et François GIVORD, *La copropriété*, Dalloz Action, 2012/2013.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 3 : *Les biens*, 17^e éd., PUF, 1997.
- *Droit civil, Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, coll. «Quadrige», PUF, 2004.
- *Droit civil, Les biens - Les obligations*, coll. «Quadrige», PUF, 2004.
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014.
- COLOMER (André), *Les régimes matrimoniaux*, 12^e éd., Litec, 2005.
- CORNU (Gérard), *Les régimes matrimoniaux*, 9^e éd., coll. Thémis, PUF, 1997.
- *Linguistique juridique*, 3^e éd., Domat-Montchrestien, 2005.
- *Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007.
- *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014.
- COURET (Alain), Hervé LE NABASQUE et Marie-Laure COQUELET, *Droit financier*, 2^e éd., Dalloz, 2012.
- COZIAN (Maurice) et Florence DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 39^e éd., LexisNexis, 2015.
- COZIAN (Maurice), Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015.
- DAURIAC (Isabelle), *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 4^e éd., LGDJ, 2015.
- DEFFAINS (Bruno) et Eric LANGLOIS, *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009.
- DELEBECQUE (Philippe), *Droit maritime*, 13^e éd., Dalloz, 2014.
- DEMOGUE (René), *Traité des obligations en général : Sources des obligations*, t. 3, A. Rousseau, 1923.
- DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. 9, 1852.
- DIDIER (Paul) et Philippe DIDIER, *Droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, coll. «Corpus», Economica, 2011.

- DOUET (Frédéric), *Précis de droit fiscal de la famille*, 14^e éd., LexisNexis, 2015.
- DROSS (William), *Les choses*, LGDJ, 2012.
- FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, Videcoq, 1836.
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Videcoq, 1836.
- FLOUR (Jacques), Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2011.
- *Les obligations*, t. 3 : *Le rapport d'obligation*, 7^e éd., Sirey, 2011.
- *Les obligations*, *L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014.
- FLOUR (Jacques) et Gérard CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Armand Colin, 2001.
- FRANÇOIS (Jérôme), *Les obligations - Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013.
- GAUTIER (Pierre-Yves), *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015.
- GERMAIN (Michel) et Véronique MAGNIER, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Les sociétés commerciales*, 21^{re} éd., LGDJ, 2014.
- GERMAIN (Michel) et Pierre-Louis PÉRIN, *SAS La société par actions simplifiée*, 5^e éd., Joly Editions, 2013.
- GHESTIN (Jacques), Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, 1^{re} éd., LGDJ, 2005.
- GHESTIN (Jacques), Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat*, t. 1 : *Le contrat - Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013.
- *La formation du contrat*, t. 2 : *L'objet - La cause*, 4^e éd., LGDJ, 2013.
- GRIMALDI (Cyril), *Droit des biens*, 1^{re} éd., LGDJ, 2016.
- GUTMANN (Daniel), *Droit fiscal des affaires*, 5^e éd., LGDJ, 2014.
- HÉMARD (Jean), François TERRÉ et Pierre MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972.
- HUET (Jérôme) et al., *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012.
- JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 1938.
- LARROUMET (Christian), *Droit civil : Les Biens - Droits réels principaux*, 5^e éd., t. 2, 2006.
- LARROUMET (Christian) et Sarah BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014.
- LAURENT (François), *Principes de droit civil français*, t. 26, Durand - Bruyland, 1877.

- LAURENT (François), *Principes de droit civil français*, t. 32, Bruylant, 1878.
- LE CANNU (Paul) et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015.
- LEGEAIS (Dominique), *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., LGDJ-Lextenso, 2013.
- LUCAS (André), Henri-Jean LUCAS et Anne LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., LexisNexis, 2012.
- LYON-CAEN (Charles) et Louis RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2 : *Des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 1908.
- MACKAAY (Ejan) et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2008.
- MALAURIE (Philippe) et Laurent AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Defrénois, 2007.
- *Droit des régimes matrimoniaux*, 5^e éd., LGDJ, 2015.
- *Les Biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015.
- MALAURIE (Philippe), Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, 2014.
- MALAURIE (Philippe), Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015.
- MALAURIE (Philippe) et Claude BRENNER, *Les successions - Les libéralités*, 6^e éd., LGDJ, 2014.
- MALINVAUD (Philippe) et al., *Droit de la promotion immobilière*, 9^e éd., Dalloz, 2015.
- MAZEAUD (Henri) et al., *Leçons de droit civil, Biens : Droit de propriété et ses démembrements*, par F. CHABAS, Montchrestien, 1994.
- *Leçons de droit civil*, t. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, par F. CHABAS, 12^e éd., Montchrestien, 2000.
- MERLE (Philippe), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2016.
- PEROCHON (Françoise), *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014.
- PERROT (Roger) et Philippe THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013.
- PIC (Paul), *Des sociétés commerciales*, 2^e éd., Rousseau, 1925.
- PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., t. 1, F. Pichon, 1904.
- PLANIOL (Marcel) et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3 : *Les Biens*, LGDJ, 1926.

- *Traité pratique de droit civil français*, t. 1 : *Les Personnes*, LGDJ, 1926.
- *Traité pratique de droit civil français*, *Les régimes matrimoniaux*, par J. BOULANGER, 2^e éd., LGDJ, 1960.
- POLLAUD-DULIAN (Frédéric), *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Economica, 2014.
- RIPERT (Georges), *Droit maritime*, 4^e éd., t. 1, Rousseau, 1950.
- RIPERT (Georges) et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2, 1957.
- ROCHFELD (Judith), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013.
- ROLAND (Henri) et Laurent BOYER, *Adages de droit français*, 4^e éd., Litec, 1999.
- SIMLER (Philippe), *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis, 2015.
- SIMLER (Philippe) et Philippe DELEBECQUE, *Les sûretés - La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012.
- STRICKLER (Yves), *Les biens*, 1^{re} éd., PUF, 2006.
- TERRÉ (François), Yves LEQUETTE et Sophie GAUDEMET, *Droit civil - Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2014.
- TERRÉ (François) et Philippe SIMLER, *Droit civil - Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014.
- *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Dalloz, 2015.
- TERRÉ (François), Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.
- THALLER (Edmond), *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., Rousseau, 1910.
- THALLER (Edmond) et Jean PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., t. 1, Rousseau, 1931.
- TROPLONG, *Commentaire du contrat de société*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1843.
- VINEY (Geneviève), Patrice JOURDAIN et Suzanne CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013.
- WEILL (Alex), *Les biens*, 2^e éd., Dalloz, 1974.
- ZENATI-CASTAING (Frédéric) et Thierry REVET, *Les Biens*, 3^e éd., PUF, 2008.
- *Cours de droit civil : Les Obligations - Régime*, 1^{re} éd., PUF, 2013.
- *Cours de droit civil : Contrats*, 1^{re} éd., PUF, 2014.

Ouvrages spéciaux

Thèses

- ATIAS (Christian), *Le transfert conventionnel de propriété*, Thèse dactylographiée, Université de Poitiers, 1974.
- AUDIT (Pierre-Emmanuel), *La “naissance” des créances - Approche critique du conceptualisme juridique*, préf. de D. MAZEAUD, Dalloz, 2015.
- AYNÈS (Laurent), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. de P. MALAURIE, Economica, 1984.
- BABY (Wilfried), *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité*, préf. de M. NICOD, Defrénois, 2013.
- BAYARD-JAMMES (Florence), *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier*, préf. de D. TOMASIN, LGDJ, 2003.
- BECQUÉ-ICKOWICZ (Solange), *Le parallélisme des formes en droit privé*, préf. de P.-Y. GAUTIER, éd. Panthéon-Assas, 2004.
- BECQUET (Samuel), *Le bien industriel*, préf. de T. REVET, LGDJ, 2005.
- BERLIOZ (Pierre), *La notion de bien*, préf. de L. AYNÈS, LGDJ, 2007.
- BLANLUET (Gauthier), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, préf. de P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, 1999.
- BLOCH (Cyril), *La cessation de l'illicite*, préf. de R. BOUT, Dalloz, 2008.
- BOFFA (Romain), *La destination de la chose*, préf. de M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Defrénois, 2008.
- BOURETZ (Emmanuelle), *Crédits syndiqués - Transfert et partage du risque entre banques*, Revue Banque, 2005.
- BOYER (Louis), *La notion de transaction - Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. de J. MAURY, Université de Toulouse, 1947.
- BRIAND (Philippe), *Eléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, Université de Nantes, 1999.
- BRUNET (François), *La normativité en droit*, préf. d'E. PICARD, Mare & Martin, 2011.
- CABRILLAC (Rémy), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. de P. CATALA, LGDJ, 1990.

- CAFFIN-MOI (Marie), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. de D. BUREAU, Economica, 2009.
- CARBONNIER (Jean), *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1932.
- CHAIGNEAU (Aurore), *Le droit de propriété en mutation - Essai à la lumière de l'expérience russe*, Dalloz, 2008.
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (Annie), *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM, 1999.
- CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (Anne-Laure), *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, préf. de J.-J. DAIGRE, Dalloz, 2010.
- CHARDEAUX (Marie-Alice), *Les choses communes*, préf. de G. LOISEAU, LGDJ, 2006.
- CHAUVIRÉ (Philippe), *L'acquisition dérivée de la propriété*, préf. de T. REVET, LGDJ, 2013.
- CHÉNEDÉ (François), *Les commutations en droit privé*, préf. d'A. GHOZI, Economica, 2008.
- CUIF (Pierre-François), *Le contrat de gestion*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2004.
- DANOS (Frédéric), *Propriété, possession et opposabilité*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2007.
- DEL CONT (Catherine), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, préf. de F. COLLART DUTILLEUL et G. J. MARTIN, L'Harmattan, 1997.
- DELHAY (François), *La nature juridique de l'indivision*, préf. de J. PATARIN, LGDJ, 1968.
- DENIS-FATÔME (Anne), *Apparence et contrat*, préf. de G. VINEY, LGDJ, 2004.
- DENIZOT (Aude), *L'universalité de fait*, préf. de R. LIBCHABER, Defrénois, 2008.
- DIDIER (Philippe), *De la représentation en droit privé*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000.
- DONDERO (Bruno), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. de H. LE NABASQUE, 2 t., PUAM, 2006.
- DUCLOS (José), *L'opposabilité*, préf. de D. MARTIN, LGDJ, 1984.
- DUPICHOT (Philippe), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. de M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2005.
- DURAND (Hélène), *La gouvernance des associations*, préf. de M.-H. MONSIÉRÉ-BON, Dalloz, 2015.

- FOREST (Grégoire), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. de F. LEDUC, Dalloz, 2012.
- GASTAUD (Jean-Pierre), *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977.
- GENICON (Thomas), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. de L. LEVENEUR, LGDJ, 2007.
- GIJSBERS (Charles), *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. de M. GRIMALDI, Economica, 2015.
- GINOSSAR (Shalev), *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960.
- GOLDIE-GENICON (Charlotte), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. d'Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009.
- GOUBEAUX (Gilles), *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969.
- GOUËZEL (Antoine), *La subsidiarité en droit privé*, préf. de P. CROCQ, Economica, 2013.
- GRANOTIER (Julien), *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. de D. COHEN, Economica, 2010.
- GUIGUET-SCHIELÉ (Quentin), *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, préf. de M. NICOD, Dalloz, 2015.
- GUINCHARD (Serge), *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976.
- HAMELIN (Jean-François), *Le contrat-alliance*, préf. de N. MOLFESSIS, Economica, 2011.
- HIEZ (David), *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. de P. JESTAZ, LGDJ, 2003.
- HONTEBEYRIE (Antoine), *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. de L. AYNÈS, Economica, 2004.
- IONASCO (Aurelian), *La copropriété d'un bien*, PUF, 1930.
- JACQUIER (Robert), *De la division par étages de la propriété des maisons*, Marseille, Imprimerie Ant. Ged., 1935.
- JAMBORT (Sébastien), *La propriété collective en droit des affaires*, th. Toulouse 1, 2005.
- LACROIX-DE SOUSA (Sandie), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. de M.-E. ANCEL, LGDJ - Varenne, 2011.
- LARROUMET (Christian), *Les opérations juridiques à trois personnes*, Université de Bordeaux, 1968.

- LAURENT (Julien), *La propriété des droits*, préf. de T. REVET, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012.
- LEQUETTE (Suzanne), *Le contrat-coopération*, préf. de C. BRENNER, Economica, 2012.
- MALASSIGNÉ (Vincent), *Les titres représentatifs*, préf. d'A. GHOZI, Dalloz, 2016.
- MEILLER (Eric), *La notion de servitude*, préf. de F. ZENATI, LGDJ, 2012.
- MESSAI-BAHRI (Soraya), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. de P. LE CANNU, IRJS, 2009.
- MIGNOT (Marc), *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. d'E. LOQUIN, Dalloz, 2002.
- NIORT (Jean-François), *Homo civilis*, préf. de J.-L. HALPÉRIN, 2 t., PUAM, 2004.
- OPPETIT (Bruno), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse Paris, 1963.
- PAPANDRÉOU-DETERVILLE (Marie-France), *Le droit anglais des biens*, préf. de G. SAMUEL, LGDJ, 2004.
- PELLIER (Jean-Denis), *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, préf. de P. DELEBECQUE, LGDJ, 2012.
- PRIETO (Catherine), *La société contractante*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 1994.
- QUIEVY (Jean-François), *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. de D. R. MARTIN, LGDJ, 2009.
- RANOUIL (Marine), *Les recours entre coobligés*, préf. de P. JOURDAIN, IRJS, 2014.
- REDENIUS-HOEVERMANN (Julia), *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, préf. de M. GERMAIN, LGDJ, 2010.
- REGNAUT-MOUTIER (Corinne), *La notion d'apport en jouissance*, préf. de J. PRIEUR, LGDJ, 1994.
- REILLE (Florence), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. de P. PÉTEL, Litec, 2006.
- REJET (Thierry), *La force de travail*, préf. de F. ZENATI, Litec, 1992.
- REYGROBELLET (Arnaud), *La notion de valeur mobilière*, thèse dact. Université Paris II, dir. B. OPPETIT., 1995.
- RICOL (Joseph), *La copropriété en main commune et son application possible au Droit français*, thèse Toulouse, 1907.

- ROBIN (Agnès), *La copropriété intellectuelle*, LGDJ, 2005.
- ROCHFELD (Judith), *Cause et type de contrat*, préf. de J. GHESTIN, LGDJ, 2000.
- SALORD (Géraldine), *La propriété collective des œuvres*, thèse Paris II, 2007.
- SIMLER (Christel), *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. de C. CARON, LexisNexis, 2010.
- SKODA (Diane), *La propriété dans le Code civil de la Fédération de Russie*, préf. de D. TALLON, Dalloz, 2007.
- STOFFEL-MUNCK (Philippe), *L'abus dans le contrat - Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, LGDJ, 2000.
- TADROS (Antoine), *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. de T. REVET, Dalloz, 2013.
- TERRÉ (François), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. de R. LE BALLE, LGDJ, 2014.
- TRÉBULLE (François-Guy), *L'émission de valeurs mobilières*, préf. d'Y. GUYON, Economica, 2002.
- VANUXEM (Sarah), *Les choses saisies par la propriété*, préf. de T. REVET, IRJS Editions, 2012.
- WICKER (Guillaume), *Les fictions juridiques*, préf. de J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997.
- XIFARAS (Mikhail), *La propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.
- ZEIN (Youmna), *Les pools bancaires - Aspects juridiques*, préf. de C. LARROUMET, Economica, 1998.
- ZENATI (Frédéric), *La nature juridique de la propriété*, th. Lyon III, 1981.

Monographies

- BOURJOL (Maurice), *Les biens communaux*, LGDJ, 1989.
- CAPITANT (Henri), *Droit civil approfondi : l'indivision : Cours de doctorat*, 1927—1928.
- CARBONNIER (Jean), *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001.
- *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2004.
- DABIN (Jean), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, réimp. 2008.
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.
- DEMOGUE (René), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : A. Rousseau, 1911.

- DUGUIT (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, 1912.
- GAUDEMET (Eugène), *Théorie générale des obligations*, préf. de D. MAZEAUD, 2004.
- GENY (François), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1914.
- GÉNY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. 1, LGDJ, 1919.
- HADJI-ARTINIAN (Serge), *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001.
- JESTAZ (Philippe) et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004.
- JULLIOT (Charles-Louis), Henri CAPITANT et Louis MAGUET, *Traité-formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, 2^e éd., Paris : Journal des notaires et des avocats, 1927.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, Bruylant LGDJ, 1999.
- MICHOUD (Léon), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 2 t., LGDJ, 1906.
- RIPERT (Georges), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951.
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- ROUBIER (Paul), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. de D. DEROUSSIN, réimpr. Dalloz, 2005.
- SALEILLES (Raymond), *De la personnalité juridique : Histoire et théories*, Paris : Arthur Rousseau, 1910.
- SAVATIER (René), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, t. 3, Dalloz, 1959.
- SCHMIDT (Dominique), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2^e éd., Joly, 2004.
- VILLEY (Michel), *Philosophie du droit*, réimpr., Dalloz, 2001.
- *La formation de la pensée juridique moderne*, coll. «Quadrige», PUF, 2006.
- WALINE (Marcel), *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Dalloz, 2007.
- WEBER (Max), *Sociologie du droit*, coll. Recherches politiques, PUF, 1989.

Encyclopédies

- ALBIGES (Christophe), « Indivision (Régime légal) », *Rép. civil Dalloz*, 2015.
- ATIAS (Christian), « Copropriété des immeubles bâtis », *Rép. civ. Dalloz*, 2016.
- BONHOMME (Régine), « Sous-contrat et co-contrat : Adjonction et conjonction de contractants », *J-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 105, 2004.
- DERRUPPÉ (Jean), « Sociétés en participation - Constitution », *J-Cl. Sociétés*, fasc. 47-20, 2007.
- DONDERO (Bruno), « Société en participation », *Rép. sociétés Dalloz*, 2014.
- LIBCHABER (Rémy), « Biens », *Rép. civil Dalloz*, 2009.
- LUCAS (François-Xavier), « Théorie des bénéfices et des pertes - Bénéfices, économies et pertes », *J-Cl. Sociétés*, fasc. 15-10, 2015.
- MEKKI (Mustapha), « Mandat - Obligations du mandant. - Effets entre les parties. - Effets à l'égard des tiers. J-Cl. Civil, Art. 1991-2002, fasc. 20. », *J-Cl. Civil, Art. 1991-2002*, fasc. 20, 2012.
- PASQUALINI (François), « Copropriété de navire », *Rép. com. Dalloz*, 2012.
- WICKER (Guillaume), « Personne morale », *Rép. civil Dalloz*, 2014.

Articles

- ABERKANE (Hassen), « L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision » in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 11–21.
- ALBARIAN (Alexis), « La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance », *RTD Com.* 2012, p. 1.
- ALBIGES (Christophe), « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ.* 2014, p. 795.
- AMRANI MEKKI (Soraya), « Les notions de la pluralité de parties » in *La pluralité de parties*, sous la dir. de L. CADIET et D. LORIFERNE, IRJS, 2013, p. 21–34.
- ANCEL (Pascal), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ.* 1999, p. 771.
- ARNAUD-GROSSI (Isabelle) et Jacques MESTRE, « Les piliers du droit des sociétés pourront-ils résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel ? », *RLDA* fév. 2008, p. 10–13.

- ASENCIO (Stéphane), « Le dirigeant de société, un mandataire «spécial» d'intérêt commun », *Rev. Sociétés* 2001, p. 683.
- ATIAS (Christian), « Une convention au pays de l'indivision non conventionnelle : l'accord de l'article 815-9 et la jouissance privative d'un coïndivisaire », *JCP G* 1979, I 2937.
- « Propriété et communauté dans la copropriété des immeubles bâtis », *JCP G* 1980, I 2971.
- « Propriété indivise et usage privatif », *JCP N* 1987, 353.
- « L'abandon du lot de copropriété », *Defrénois* 2005, p. 1867.
- « Le piège de l'illégalité en copropriété immobilière », *D.* 2007, p. 1893.
- AUTEM (Delphine), « Quel(s) partage(s) pour l'indivision des acquêts des partenaires ? », *Defrénois* 2014, p. 1155.
- AYNÈS (Laurent), « L'obligation de loyauté », *APD* 2000, 44, p. 195–204.
- « L'anéantissement rétroactif du contrat - Rapport introductif », *RDC* 2008, p. 9.
- BAFFOY (Gérard), « La transformation d'une société en participation en une société de droit est-elle possible ? », *JCP E* 1998, p. 359.
- BARABÉ-BOUCHARD (Véronique), « Le changement de signification du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux », *JCP N* 1994, 100399.
- BARBIÉRI (Jean-François), *Rev. Sociétés* 2010, p. 384, note sous Cass. Civ. 3ème, 12 mai 2010.
- « Responsabilité des professionnels libéraux exerçant pour une société : translucidité de la personne morale » in *Mélange P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 221–232.
- BEIGNIER (Bernard), « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? » in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 33–44.
- BERLIOZ (Pierre), « L'affectation au coeur du patrimoine », *RTD Civ.* 2011, p. 635.
- « Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz - LGDJ, 2014, p. 499–511.
- BEUDANT (Charles), « Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de sociétés », *Rev. crit. leg. jur.* 1869, 34, p. 135–164.
- BILLIAU (Marc), « Abrogeons l'article 815-3 3 du Code civil, avant que Strasbourg ne l'exige ! » in *Mélanges X. Linant de Bellefonds*, LexisNexis, 2007, p. 53–56.
- BLANCHARD (C.), *D.* 2013, p. 280, obs. sous Cass. Civ. 3ème, 24 oct. 2012.

- BONNEAU (Thierry), « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 1.
- BOURETZ (Emmanuelle), « Sous-participation - Rapports entre les banques et effet relatif du contrat », *RD Banc. fin.* 2004, Dossier 100009.
- BRÉMOND (Vincent), « Le conjoint du prêteur commun en biens : ni contractant, ni tiers », *JCP N* 2006, 1200.
- BRIAND (Philippe), « Retour sur la notion de coobligé », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 676.
- BUREAU (Dominique), « Nullités sans frontières ? A propos du domaine des articles L. 235-1 s. C. Com. » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 79–99.
- CABRILLAC (Rémy), « L'information entre époux dans les régimes matrimoniaux » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012.
- CAFFIN-MOI (Marie), « La responsabilité pour faute de l'associé, une évolution à fronts renversés » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 201–222.
- CAMENSULI-FEULLARD (Laurence), « L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 66.
- CAPITANT (Henri), « L'indivision héréditaire », *Rev. crit. leg. jur.* 1924, p. 19–36.
- CAPITANT (René), « Sur la nature des droits réels » in *Mélanges Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 29–37.
- CARBONNIER (Jean), « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger » in *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 227–238.
- « Les phénomènes d'internormativité » in *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 287–306.
- CATALA (Pierre), « L'indivision », *Defrénois* 1981, art. n° 32576, p. 241–265.
- « L'indivision », *Defrénois* 1981, art. n° 32597, p. 321–357.
- « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 9–42.
- « L'égalité du partage » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 184–193.
- « Nature du droit indivis » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 136.
- « Trois figures de la propriété collective » in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 107–123.
- CHAMPENOIS (Gérard), *Defrénois* 2002, p. 1019, obs. sous Cass. Civ. 1^e, 27 nov. 2001.

-
- « L'article 1413 du Code civil condamne-t-il le régime légal de communauté ? » in *Mélanges A. Ponsard*, Litec, 2003.
- *Defrénois* 2011, p. 965, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 févr. 2011.
- « Le financement du logement familial indivis par des époux séparés de biens » in *Mélanges R. Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 45–59.
- CHARTIER (Yves), « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. sociétés* 1980, p. 1.
- « L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières », *Rev. Sociétés* 1993, p. 1.
- *RTD Civ.* 2002, p. 119, note sous Cass. Civ. 1^e, 27 nov. 2001.
- CHAZAL (Jean-Pascal), « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD Civ.* 2014, p. 763–794.
- CHILSTEIN (David), « Les biens à valeur vénale négative », *RTD Civ.* 2006, p. 663.
- COMANGES (Louis), « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 12.
- CONAC (Pierre-Henri), « Rapport sur les cessions d'actifs significatifs par des sociétés cotées », *Rev. Sociétés* 2015, p. 263.
- CONSTANTIN (Alexis), « La tyrannie des faibles » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213–238.
- COQUELET (Marie-Laure), « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999.
- CORBIER (Isabelle), « La notion de faute inexcusable et le principe de limitation de responsabilité » in *Mélanges P. Bonassies*, Moreux, 2001, p. 103.
- COTTET (Marion), « Le régime patrimonial des droits entrés en communauté » in *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ/Lextenso, 2015, p. 167–187.
- COURET (Alain), « La contrainte du dividende dans les sociétés par actions » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 239–270.
- « La frontière entre meubles et immeubles à l'épreuve des sociétés immobilières », *Defrénois* 2009, p. 265.
- CROCQ (Pierre), « Propriété fiduciaire, propriété unitaire » in *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 9–13.
- DAGOT (Michel), « Le bail du bien indivis », *JCP G* 1985, I 3178.

- DAGOT (Michel) et Christian MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus », *Rev. Sociétés* 1988, p. 1–58.
- DAIGRE (Jean-Jacques.), « L'associé en industrie est un associé en capital en puissance », *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1131.
- DANET (Didier), « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD Com.* 1994, p. 173.
- DANOS (Frédéric), « La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire », *RJDA* 2008, p. 471.
- DEBOISSY (Florence), « Le contrat de société » in *Le contrat : journées brésiliennes*, Association Henri Capitant, Société de législation comparée, 2008, p. 119–146.
- DEBOISSY (Florence) et Guillaume WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 225.
- *JCP G* 2014, doct. 183, n° 3, obs. sous Cass. Com. 18 déc. 2012.
- DEDEURWAERDER (Gilles), « La personnalité fiscale des sociétés en participation et des sociétés créées de fait » in *Mélanges P. Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 147–177.
- DEGAGE (Isabelle), « La distinction entre la propriété et la jouissance exclusive d'une partie commune acquise par la prescription », *Deffrénois* 2012, p. 179.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (François), « L'indivision dans les sociétés en participation », *JCP G* 1980, I. 2970.
- DELAISI (Pierre), « La clandestinité des sociétés civiles », *Gaz. Pal.* 1968, 2. doct. 6.
- DELGA (Jacques), « L'administrateur indépendant en France : un mythe ? », *JCP E* 2004, 150.
- DIDIER (Paul), « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ. Com.* Nov. 1995, p. 74.
- « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.
- « Les biens négociables » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 327.
- DIDIER (Philippe), « Les origines de la représentation légale de la société » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 275–288.
- DONDERO (Bruno), « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D.* 2004, p. 405.
- « Le modèle de la personnalité morale dans le code civil » in *Code civil et modèles*, sous la dir. de T. REVET, LGDJ, 2005, p. 121–136.
- *D.* 2012, p. 1581, obs. sous Cass. Com. 30 mai 2012.

- DONNEDIEU DE VABRES (Henri), « De la copropriété des navires », *Annales de droit commercial* 1907, p. 356.
- DONZEL-TABOUCOU (Chantal), « Les actions : une espèce, au sein du genre des droits personnels » in *Mélanges P. Le Canu*, Dalloz - LGDJ, 2014, p. 269–276.
- DROSS (William), « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419.
- *RTD. Civ.* 2013, p. 153, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012.
- « L'évolution du droit de l'indivision », *Droit et ville* 2014, 77, p. 5–34.
- « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD Civ.* 2015, p. 27–43.
- DUPICHOT (Philippe), « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 260.
- DUVERT (Cyrille), « La propriété collective », *LPA*, 6 mai 2002, n° 90, p. 4.
- EMERIC (Nicolas), « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. Sociétés* 2013, p. 535.
- ENCINAS DE MUNAGORI (Rafael), « Les théories du risque en droit civil » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 125–147.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583.
- FAGES (Bertrand), « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p. 115.
- FAVARIO (Thierry), « La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », *Rev. proc. collectives* 2011, n° 3, étude 15.
- FIORINA (Dominique), *Defrénois* 2010, p. 2380, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 23 juin 2010.
- FLOUR (Jacques), « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois* 1975, p. 145–202.
- FLOUR (Yvonne), « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité », *Gaz. Pal.* 1999, 1. 184.
- « Le pacte civil de solidarité (PACS) » in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. de M. GRIMALDI, 4^e éd., Dalloz Action, 2011.
- FORGEARD (Marie-Cécile), « Le droit au partage et ses limites après la réforme du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1146.
- FRANÇOIS (Jérôme), « Les créances sont-elles des biens ? » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 149–180.

- GAUDEMET (Antoine), « La cession du principal actif d'une société cotée » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 343–352.
- GAUDEMET (Sophie), « PACS et principe participatif » in *Quelle association patrimoniale dans le couple ?*, Dalloz, 2010, p. 95–110.
- GAUTIER (Pierre-Yves), « Les limites de la personnalité morale » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012.
- « De l'annulation, au sein d'un groupement, d'un acte juridique à effets successifs » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 353–361.
- GAVALDA-MOULENAT (Christine), « L'indivision des créances », *LPA* 7 juin 2007, 114, p. 3.
- GERMAIN (Michel), « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial » in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 243–259.
- « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées » in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 189–203.
- GERMAIN (Michel) et Anne KARM, « Distributions des bénéfices et augmentation de capital : Variations autour des fruits ou revenus et des propres par accroissement », *Defrénois* 2015, p. 1041.
- GHESTIN (Jacques), « Le mandat d'intérêt commun » in *Mélanges J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 105–115.
- GIVERDON (Claude) et Pierre CAPOULADE, *D.* 2005, p. 1134, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004.
- GOUBEAUX (Gilles), « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens » in *Mélanges R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199.
- « La construction édifiée pour partie sur un terrain propre et pour partie sur un terrain commun », *Defrénois* 1993, p. 1233.
- « La carence du débiteur, condition de l'action oblique » in *Mélanges J-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 147–160.
- GRARE-DIDIER (Clothilde) et Marc PICHARD, « Les deniers des partenaires dans l'indivision d'acquêts » in *Mélanges P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 281–294.
- GRIMALDI (Cyril), « Mystérieuse tontine » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 417–429.
- GRIMALDI (Michel), *D.* 1995, p. 51, obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 fév. 1994.
- « La propriété fiduciaire » in *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 5–8.

- « Les biens du couple », *Gaz. Pal.* 30 mar. 2013, p. 19.
- GRIMONPREZ (Benoît), « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. Sociétés* 2009, p. 715.
- « Petite théorie des copreneurs à bail rural », *Defrénois* 2015, p. 1115.
- GRZEGORCZYK (Christophe), « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *APD* 1979, 24, p. 259–272.
- GUYON (Yves), « La situation des associés dans les sociétés de construction », *JCP* 1962, I 1735.
- HAMEL (Joseph), « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, p. 141.
- HIEZ (David), « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. Sociétés* 2012, p. 671.
- HONORAT (Jean), « Sociétés et cautionnement », *Defrénois* 1982, p. 1569.
- JACOB (François), « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et patr.* 2007, n° 161, p. 68–76.
- JAMBU-MERLIN (Roger), « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ? » in *Études J. Flour*, *Defrénois*, 1979, p. 305–318.
- JEANTIN (Michel), « Le droit financier des biens » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 3–10.
- JESTAZ (Philippe), « Fantaisie sur un mur mitoyen » in *Mélanges J-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 471–480.
- JEULAND (Emmanuel), « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.* 2003, p. 455.
- JOBERT (Laurent), « Le principe de responsabilité limitée », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 225.
- JOSSERAND (Louis), « Essai sur la propriété collective » in *Livre du Centenaire*, 1904, p. 357–379.
- JOURDAIN (Patrice), « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD Civ.* 1987, p. 498.
- « Retour sur l'imputabilité » in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511–527.
- JULIENNE (Maxime), « Pour un réexamen du principe de division des dettes conjointes », *D.* 2012, p. 1201.
- KALINOWSKI (Georges), « De la spécificité de la logique juridique », *APD* 1966, p. 7–23.
- KAN-BALIVET (Béatrice), « La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes », *Defrénois* 2008, art. n° 38825, p. 1765.
- KENDERIAN (Fabien), « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés* 2002, p. 617.

LABBÉ, S. 1878, 1. 5, obs. sous Cass. Req. 14 mars 1877.

LE CANNU (Paul), *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 482, obs. sous Cass. Com. 26 janv. 1993.

— « Existe-t-il une société de droit commun ? » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 247–258.

— « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés » in *Mélanges P. Bézard*, LGDJ, 2002, p. 113–125.

— *Rev. Sociétés* 2010, p. 304, note sous Cass. Com. 30 mars 2010.

LE CANNU (Paul) et Bruno DONDERO, *RTD Com.* 2008, p. 802, obs. sous Cass. Com. 23 sept. 2008.

— « Les sanctions d’une représentation déséquilibrée des sexes au conseil d’administration », *RTDF* 2011, p. 105.

LE CORRE (Pierre Michel), « La poursuite des associés de sociétés sous procédure collective par les créanciers », *JCP E* 2008, 1326.

LE MASSON (Jean-Marc), « La responsabilité des copropriétaires en raison de leur vote », *Administrer* nov. 1997, 294, p. 30–41.

LE NABASQUE (Hervé), « La solidarité des sociétés dans les opérations d’apport partiel d’actif soumises au régime des scissions » in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 271–280.

— *Rev. sociétés* 2000, p. 286, obs. sous Cass. Com. 5 oct. 1999.

— « Les actions sont des droits de créance négociables » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671–695.

— *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 651, note sous Cass. Com. 18 mai 2010.

LE TOURNEAU (Philippe), « De l’évolution du mandat », *D.* 1992, p. 157.

— « Remarques terminologiques autour de la vente » in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 469–486.

LEBEL (Christine), « L’obligation aux dettes sociales des associés en cas de défaillance de la société débitrice » in *Mélanges D. Tricot*, Litec - Dalloz, 2011, p. 487–505.

LEBLOND (Nicolas), « La crise dans l’indivision », *Deffrénois* 2010, p. 2173–2187.

— « Réflexions sur la personnification de l’indivision », *RLDC* 2011, art. 4255.

LECOURT (Benoît), « De l’utilité de l’action paulienne en droit des sociétés » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 615–655.

-
- « Questions autour de l'administrateur provisoire », *JCP E* 2016, 1384.
- LEQUETTE (Yves), « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 371.
- LIBCHABER (Rémy), « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles de voisinage » in *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, p. 421-439.
- « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, p. 1409.
- *D.* 2002, p. 2555, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002.
- « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux » in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717-736.
- « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil : 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004.
- *Defrénois* 2007, p. 1729, obs. sous Cass. Com. 23 oct. 2007.
- « Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 316.
- « Les incertitudes de la notion de communauté » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 583-598.
- *RDC* 2014, p. 207, obs. sous Cass. Com. 8 oct. 2013.
- « La souffrance et les droits - À propos d'un statut de l'animal », *D.* 2014, p. 380.
- *RDC* 2015, p. 257, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2014.
- LIENHARD (Alain), *D.* 2012, p. 1264, obs. sous Cass. Com. 3 mai 2012.
- LUCAS (François-Xavier), « Retour sur la notion de valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 765.
- *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 395, obs. sous CA Paris, 9 sept. 2003.
- *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 571, obs. sous Cass. Com. 29 mars 2011.
- MALECKI (Christine), « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1169.
- MALINVAUD (Philippe), « La distinction des meubles et des immeubles à l'épreuve des sociétés d'attribution » in *Mélanges R. Houin*, Dalloz, 1985, p. 201-218.
- MALLET-BRICOUT (Blandine), « Fiducie et propriété » in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010.

- MALLET-BRICOUT (Blandine), « Propriété, affectation, destination - Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *Rev. jurid. Themis* 2014, 48 (2).
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), *RTD Civ.* 2003, p. 763, obs. sous CEDH, 24 juin 2003.
- MARTIN (Didier), « Les pouvoirs du gérant de sociétés de personnes », *Rev. Sociétés* 1973, p. 185–206.
- MARTIN (Didier R.), « De la nature corporelle des valeurs mobilières », *D.* 1996, p. 47.
- « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.* 1998, p. 15.
- « La propriété de haut en bas », *D.* 2007, p. 1977.
- *D.* 2010, p. 2814, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 12 mai 2010.
- « Les règlements liquidatifs entre époux » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 601–615.
- MARTIN (Didier) et Mathieu FRANÇON, « Responsabilité des administrateurs : Les juges français appliquent-ils les principes du *duty of care* (sans le savoir) ? », *Actes prat. et ing. sociétaire* mai-juin 2014, 135.
- MASSART (Thibaut), « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 632.
- « La société sans apport » in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 289–313.
- « La société sans dividendes » in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis/LGDJ, 2015, p. 525–542.
- MASSON (Florent), « La transparence et l'obstacle », *LPA* 9 fév. 2015, p. 7.
- « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés* 2016, p. 84.
- MEKKI (Mustapha), *RDC* 2011, p. 158, obs. sous Cass. Civ. 3, 12 mai 2010.
- MERCADAL (Barthélemy), « Que faire des actions de préférence ? », *RJDA* 2006, p. 671.
- MESTRE (Jacques), *RTD Civ.* 1986, p. 601, obs. sous Cass. Com. 11 févr. 1986.
- *RTD Civ.* 1989, p. 303, obs. sous Cass. Com. 11 juillet 1988.
- MIGNOT (Marc), « Les méfaits durables de la stipulatio et l'obligation solidaire », *D.* 2006, p. 2696.
- « Sortir du droit romain. L'obligation solidaire et la réforme du régime de l'obligation » in *La réforme du régime général des obligations*, sous la dir. de L. ANDREU, Dalloz, 2011.

- MONGIN (Emile), « Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité », *Rev. crit. leg. jur.* 1890, p. 697–725.
- MONSÉRIÉ-BON (Marie-Hélène), *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 212, obs. sous Cass. Com. 4 déc. 2012.
- MORTIER (Renaud), « L’instrumentalisation de la personne morale » in *La personnalité morale*, Dalloz, 2010, p. 31–48.
- MORTIER (Renaud) et Yann KERAMBRUN, « Pourquoi les réserves distribuées sont à l’usufruitier et à lui seul ! », *JCP N* 2009, 1264.
- MOURY (Jacques), « Les nullités “en cascade” en droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2013, p. 599.
- NABET (Paola), « Pour un agent des sûretés efficace en droit français », *D.* 2012, p. 1901.
- NAUDIN (Estelle), « La protection de l’associé mineur d’une société civile immobilière face aux emprunts contractés par la société », *Dr. famille* 2006, Étude 26.
- NERSON (Roger), « Observations sur quelques espèces particulières d’indivision » in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 717.
- NURIT-PONTIER (Laure), « Repenser les apports en industrie », *LPA* 3 juil. 2002, p. 4.
- « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612.
- « L’obligation aux dettes sociales des associés des sociétés à risque illimité », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 152.
- PAGNUCCO (Jean-Christophe), « L’obligation à la dette de l’associé indéfiniment responsable », *RTD Com.* 2012, p. 55.
- PAILLUSSEAU (Jean), « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705.
- PATARIN (Jean), *RTD Civ.* 1989, p. 792, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1989.
- « La double face du régime juridique de l’indivision » in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 331–343.
- « Le partage des indivisions de nature familiale » in *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p. 311–319.
- *RTD Civ.* 1998, p. 432, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997.
- PÉRÈS (Cécile), « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, doct. 454.
- PÉRIN (Pierre-Louis), « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD Com.* 2015, p. 215–224.

- PÉRINET-MARQUET (Hugues), « La copropriété entre respect et adaptation du droit civil » in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 789–801.
- PEROCHON (Françoise), *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1174, obs. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007.
- PERROT (Roger), *RTD Civ.* 2002, p. 150, obs. sous Cass. Civ. 2^{ème}, 4 oct. 2001 et Cass. Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2001.
- PFISTER (Laurent), « Les modèles propriétaires. Quelques réflexions en guise de synthèse et de conclusions provisoires » in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, p. 239–254.
- PIATTI (Marie-Christine), « La copropriété intellectuelle », *JCP - Cah. Dr. Entrepr.* 2004, 4, p. 7–12.
- PIERRE (Nathalie), « Propriété et responsabilité » in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz/LGDJ, 2006, p. 423–443.
- PLANIOL (Marcel), *DP* 1891, 2. 353, obs. sous CA Nancy, 25 févr. 1891.
- POHÉ (Denis), « La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL », *LPA* 1^{er} juin 2007, p. 3.
- PORACCHIA (Didier), *D.* 2004, p. 855, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004.
- « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant «séparable de ses fonctions» commise à l'occasion des fonctions » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 377–389.
- POSEZ (Alexis), « La théorie des nullités - Le centenaire d'une mystification », *RTD Civ.* 2011, p. 647.
- POUSSON-PETIT (Jacqueline), « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal » in *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012, p. 563–587.
- PUIG (Pascal), « Pour un droit commun spécial des contrats » in *Mélanges J. Foyer*, Economica, 2008, p. 825–856.
- RANDOUX (Dominique), « La spécialisation des sociétés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz - Litec, 1983, p. 471.
- RENOUX-ZAGAMÉ (Marie-France), « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété », *Droits* n° 1 1985, p. 17–31.
- « Retour sur les origines théologiques de la propriété », *Droits* n° 58 2013, p. 51–67.
- RENET (Thierry), *RTD Civ.* 2000, p. 870, obs. sous Cons. Const. 9 nov. 1999.

-
- *RTD Civ.* 2004, p. 753, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004.
- *RTD Civ.* 2007, p. 149, obs. sous Cass. Com. 28 nov. 2006.
- « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC* 2013, p. 327.
- REYET (Thierry) et Jean-Baptiste SEUBE, *Dr. et Patr.* 2008, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 6 juin 2007.
- REYGROBELLET (Arnaud), *Rev. Sociétés* 2013, p. 223, obs. sous Cass. Com. 4 déc. 2012.
- RIPERT (Georges), « La loi de la majorité dans le droit privé » in *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 351–358.
- RIVERO (Jean), « Apologie pour les "faiseurs de système" », *D.* 1951, p. 99–102.
- ROBÉ (Jean-Philippe), « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir » in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Collège des Bernardins, 2012, p. 273–344.
- « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise » in *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015.
- ROBICHEZ (Juliette), *D.* 1999, p. 624, obs. sous Cass. Civ. 1, 12 nov. 1998.
- ROBIN (Agnès), « L'indivision communautaire : quand rien ne va plus », *RLDA* nov. 2007, p. 92–99.
- « La copropriété intellectuelle à l'épreuve des logiciels » in *Mélanges A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 653–671.
- ROCHFELD (Judith), « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *RIDC* 2014, p. 351–369.
- ROUAUD (Anne-Claire), *Bull. Joly Bourse* 2013, p. 296, obs. sous Sanct. AMF, 20 mars 2013, société 123 Venture.
- « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de la société », *Rev. Sociétés* 2014, p. 415.
- ROUBIER (Paul), « Les prérogatives juridiques », *APD* 1960, p. 65.
- ROUSSEAU (Stéphane), « Le *Say on Pay* : l'expérience nord-américaine », *RTD Com.* 2014, p. 461.
- RUBELLIN (Pascal), « Les nullités facultatives » in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006.
- SADI (Damien), « L'autorisation du conjoint donnée à l'époux caution : étude prospective », *D.* 2014, p. 231.

- SAINT-ALARY HOUIN (Corinne), « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD Com.* 1979, p. 645.
- « La responsabilité de la société-mère en raison des préjudices environnementaux causés par sa filiale en difficulté » in *Sites et sols pollués : enjeux d'un Droit, droit en jeu(x)*, sous la dir. de M.-P. BLIN-FRANCHOMME, LexisNexis/Litec, 2010, p. 169–177.
- SAINTOURENS (Bernard), « L'abus du droit de vote dans la copropriété » in *Mélanges J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 691–702.
- SALORD (Géraldine), « Propriété collective et exclusivité : propositions pour une conciliation des contraires » in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, p. 193–210.
- SAMUEL (Geoffrey), « Dépasser le fonctionnalisme » in *Comparer les droits, résolument*. PUF, 2009, p. 405–430.
- SCHILLER (Sophie), « La fraude, nécessaire *deus ex machina* face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2014, p. 211.
- SCHILLER (Sophie) et Pierre-Louis PÉRIN, « Les apports en industrie dans la SAS », *Rev. Sociétés* 2009, p. 59.
- SCHMEIDLER (Jasmin), « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013, p. 584.
- SÉRIAUX (Alain), « La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801.
- « “Nul n'est tenu de s'enrichir”. Une analyse économique du droit de propriété » in *Mélanges J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 703–729.
- SIMLER (Philippe), « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? » in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993.
- « Pour un autre régime matrimonial légal » in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999.
- « La propriété collective » in *Le patrimoine au 21^e siècle : regards croisés franco-japonais*, Société de législation comparée, 2012, p. 185–197.
- « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une « valeur empruntée » à la communauté ? » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 785.
- « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Defrénois* 2012, p. 1259.
- « La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ? » in *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 565.

- SORBARA (Jean-Gabriel), « Les biens communaux », *RD publ.* 2008, p. 1023.
- SOULEAU (Henri), « Le droit de disposer d'un lot dans un immeuble en copropriété » in *Mélanges J. Flour*, p. 409–435.
- SOURIOUX (Jean-Louis), « La croyance légitime », *JCP G* 1982, I 3058.
- STOFFEL-MUNCK (Philippe), « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD Com.* 2012, p. 705.
- « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr.* 2012, n° 213, p. 56–71.
- STORCK (Michel), « De la nature juridique des fonds communs de placement » in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz - LGDJ, 2006, p. 509–524.
- « La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 399–407.
- TERRAY (Jacques), « Syndication directe - Formation du contrat », *RD. Banc. fin.* 2004, dossier 100006.
- TERRÉ (Dominique), « Le pluralisme et le droit », *APD* 2005, n° 49, p. 69–83.
- TERRÉ (François), « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ Com.* Nov. 1991, p. 9–30.
- « Le compte joint entre époux » in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 529.
- TESTU (François-Xavier), « Sur la nature de l'indivision », *D.* 1996, p. 176.
- THÉRY (Philippe), « L'EIRL ou la prise de la Bastille » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 693.
- THIBIERGE (C. A.), « La loi du 2 janvier 1979 relative aux droits grevant les lots d'un immeuble en copropriété », *Defrénois* 1979, p. 401–453.
- TIERNEY (Brian), « Villey, Ockham, and the Origin of Individual Rights » in *The Idea of Natural Rights*, Scholars Press, 1997, p. 13–42.
- TISSERAND-MARTIN (Anne), « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial » in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois - Lextenso, 2012, p. 803–813.
- TRANCHANT (Laetitia), *RDI* 2011, p. 99, obs. sous Cons. Const. 12 nov. 2010.
- VAREILLE (Bernard), *RTD Civ.* 2007, p. 801, obs. sous Cass. Civ1. 13 mars 2007.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, « De la copropriété », *Rev. crit. leg. jur.* 1907, p. 530–541.

- VEAUX (Daniel) et Paulette VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547–567.
- VIALARD (Antoine), « La limitation de responsabilité, clé de doute pour le droit maritime du 21e siècle », *DMF* jan. 2009, p. 21–28.
- VILLEY (Michel), « Justice distributive et droit » in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1957, p. 185–193.
- « La nature des choses » in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969.
- VINCENT (Jean), « Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage », *Rev. crit. leg. jur.* 1932, p. 284.
- WATINE-DROUIN (Caroline), « Le rôle du juge relativement à la gestion et à l'utilisation des biens indivis », *RTD Civ.* 1988, p. 267.
- WICKER (Guillaume), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit » in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 691–731.
- ZENATI-CASTAING (Frédéric), *RTD Civ.* 1991, p. 565, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1991.
- « Clientèles : notion juridique et droit de présentation », *RTD Civ.* 1994, p. 639.
- « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667.
- « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges Gilles Goubiaux*, Dalloz - LGDJ, 2009.
- « Le crépuscule de la propriété moderne » in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012, p. 225–238.

Droits étrangers

- ALEXY (Robert), *A Theory of Constitutional Rights*, trad. par J. RIVERS, OUP, 2010.
- ALLEN (William T.), Reinier KRAAKMAN et Guhan SUBRAMANIAN, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 4^e éd., Wolters Kulwer, 2012.
- ALVENTOSA DEL RÍO (Josefina), « La usucapión en la comunidad de bienes » in *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, 2014.
- BACHNER (Thomas), *Creditor Protection in Private companies : Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2009.

- BAUEN (Marc), Robert BERNET et Nicolas ROUILLER, *La société anonyme suisse*, Bruylant - LGDJ - Schulthess, 2007.
- BEBCHUK (Lucian A.), « The Myth of the Shareholder franchise », *Virginia Law Review* 2007, 93, 3, p. 675–732.
- BEBCHUK (Lucian) et Jesse FRIED, « Executive compensation as an agency problem », *Journal of Economic Perspectives* 2003, 17, p. 71–92.
- BLACK (Bernard), Reinier KRAAKMAN et Anna TARASSOVA, « Russian Privatization and Corporate Governance : What Went Wrong ? », *Stanford Law Review* 2000, 52, p. 1731.
- BLAIR (Margaret M.), « Corporate law and the team production problem » in *Research Handbook on the economics of Corporate Law*, Edward Elgar, 2012, p. 33–51.
- « The Four Functions of Corporate Personhood » in *Handbook of Economic Organization*, sous la dir. de A. GRANDORI, Edward Elgar, 2013.
- BOWSTEAD et REYNOLDS, *Agency*, 20^e éd., Sweet et Maxwell, 2014.
- BRAS MIRANDA (Generosa), « La propriété collective. Est-ce grave docteur ? Réflexions à partir d’une relecture de l’arrêt Allard. », *Revue du Barreau* 2003, 63.
- CARINGELLA (Francesco), *Studi di diritto civile*, t. 2 : *Proprietà et diritti reali*, Giuffrè, 2007.
- CLERK et LINDSELL, *Torts*, 21^{re} éd., Sweet et Maxwell, 2014.
- European Condominium Law*, sous la dir. de C. VAN DER MERWE, CUP, 2015.
- FAIRFAX (Lisa M.), « The elusive quest for director independance » in *Research Handbook of the Economics of Corporate Law*, sous la dir. de C. A. HILL et B. H. MCDONNELL, Edward Elgar, 2012, p. 170–191.
- FLEMING (John), *The Law of Torts*, 10^e éd., Thomson Reuters, 2011.
- FREEDMAN (Judith), « Limited Liability : Large Company Theory and Small firms », *MLR* 2000, 63, 3, p. 317–354.
- GEVURTZ (Franklin A.), *Corporation Law*, 2^e éd., St. Paul Minn. : West, 2010.
- GLANSDORFF (Bernard), « De quelques avatars de la notion de société, à la lumière du droit comparé » in *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 447–463.
- GOWER, Paul L. DAVIES et Sarah WOTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 9^e éd., Sweet & Maxwell, 2012.
- GRUNDFEST (Joseph A.), « The Limited Future of Unlimited Liability : a Capital Market Perspective », *Yale Law Journal* 102 1992, p. 382.

- HALPERN (Paul), Michael TREBILCOCK et Stuart TURNBULL, « An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law », *University of Toronto Law Journal* 1980, 30, p. 117–150.
- HANSMANN (Henry) et Reinier KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal* 100 1991, p. 1879.
- « Do the Capital Markets Compel Limited Liability ? A Response to Professor Grundfest », *Yale Law Journal* 102 1992, p. 427.
- « The Essential Role of Organizational Law », *Yale Law Journal* 2000, 110, p. 387.
- HANSMANN (Henry), Reinier KRAAKMAN et Richard SQUIRE, « Law and the Rise of the Firm », *Harvard Law Review* 2006, 119, 5, p. 1333–1403.
- HARDIN (Garrett), « The Tragedy of the Commons », *Science* 1968-12-13.
- HART (H. L. A.), « Definition and Theory in Jurisprudence » in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press - Oxford, 1983, p. 21–48.
- HILL (Claire A.) et Brett H. McDONNELL, « Fiduciary duties : The emerging jurisprudence » in *Research Handbook on the Economics of Corporate Law*, Edward Elgar, 2012, p. 133–152.
- HOLDERNESS (Clifford G.), « Joint ownership and alienability », *International Review of Law and Economics* 2003, 23, p. 75–100.
- IRELAND (Paddy), « Limited liability, shareholder rights and the problem of corporate irresponsibility », *Cambridge Journal of Economics* 2010, 34, p. 837–856.
- JANSEN (Nils), « The Idea of Legal Responsibility », *Oxford Journal of Legal Studies* 2014, 34, 2, p. 221–252.
- JENSEN (Michael C.) et William H. MECKLING, « Theory of the firm : managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economics* 1976, p. 305–360.
- KRAAKMAN (Reinier), « Economic policy and the vicarious liability of firms » in *Research Handbook of the Economics of Torts*, Edward Elgar, 2013, p. 234–261.
- KRAAKMAN (Reinier), John ARMOUR et ALII, *The Anatomy of Corporate Law : A comparative and functional approach*, 2^e éd., OUP, 2009.
- MEGARRY et WADE, *The Law of Real Property*, 8^e éd., Sweet & Maxwell, 2012.
- MERRILL (Thomas W.), « Property and the Right to Exclude », *Nebraska Law Review* 1998, 77, p. 730–755.
- MORSE (Geoffrey), *Partnership Law*, 7^e éd., OUP, 2010.

- PIOTET (Paul), *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne : Staempfli & Cie, 1991.
- PIQUET (Hélène), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, 2005.
- POSNER (Richard), *Economic Analysis of Law*, 8^e éd., Wolters Kluwer, 2011.
- REYES LÓPEZ (María José), « La acción de división en la comunidad de bienes. Análisis de los arts. 400 a 401 CC » in *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 303–338.
- RIEHM (Thomas), « Le patrimoine d’affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés », *RLDC* déc. 2010, n° 77, p. 66–72.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Les sources du droit des sociétés au Cameroun oriental » in *Études R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 239–246.
- SMITH (Roger J.), *Property Law*, 7^e éd., Pearson, 2011.
- SONNENBERGER (Hans Jurgen), « La possession en droit des biens du BGB allemand : pouvoir de fait matériel ou notion juridique fonctionnelle ? » in *Mélanges J-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 731–748.
- STEINAUER (Paul-Henri), *Les droits réels*, 5^e éd., Stämpfli, 2012.
- TCHOTOURIAN (Ivan), « Personne morale et société de personnes : un oxymore dans le dispositif du Code civil du Québec ? » in *Personne et patrimoine en droit*, sous la dir. de L.-D. MUKA TSHIBENDE, Bruylant, 2014, p. 443–461.
- TRACHT (Marshall E.), *Co-ownership and Condominium in Encyclopedia of Law and Economics : Civil Law and Economics*, sous la dir. de B. BOUCKAERT et G. DE GEEST, t. 2, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.
- TUCKER (Eric), « Shareholder and Director Liability for Unpaid Workers’ Wages in Canada : From condition of Granting limited liability to exceptional remedy », *Law and History Review* 2008, 26, 1, p. 57–97.
- WALDRON (Jeremy), « What is Property ? », *Oxford Journal of Legal Studies* 1985.

Histoire

Sources

BEAUMANOIR, *Coutumes de Clermont et de Beauvaisis*, éd. A. SALMON, 2 t., A. Picard, 1899.

CICÉRON, « Pro Q. Roscio Comoedo » in *Discours*, trad. par H. DE LA VILLE DE MIRMONT, Les Belles Lettres, t. 1, 1921.

CUJAS, *Opera omnia*, t. 4, Naples, 1753.

GAIUS, *Institutes*, trad. et annot. par J. REINACH, 4^e éd., Les Belles Lettres, 1991.

Les établissements de Saint-Louis, éd. P. VIOLLET, t. 1, 1881-1886.

POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris : Debure père, 1772.

— « Traité du contrat de société » in *Œuvres*, 1808.

TACITE, *La Germanie*, trad. par J. PERRET, Les Belles Lettres, 1949.

UBALDIS (Petrus de), *Tractatus de duobus fratribus et aliis quibuscunque sociis*, D. Anselmus (Avignon), 1500.

Travaux

- ARABEYRE (Patrick), Jean-Louis HALPÉRIN et Jacques KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, PUF, 2007.
- BARRON BASKIN (Jonathan) et Paul J. MIRANTI JR, *A History of Corporate Finance*, Cambridge University Press, 1999.
- BRAUDEL (Fernand), *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle*, t. 1 : *Les structures du quotidien*, Le Livre de Poche, 1993.
- CARBASSE (Jean-Marie), *Manuel d'introduction historique au droit*, 6^e éd., PUF, 2015.
- CHABOT (Isabelle), « "Biens de famille". Contrôle des ressources patrimoniales, *gender* et cycle domestique (Italie, XIII^e - XV^e siècles) » in *The Household in late medieval cities, Italy and Northwestern Europe compared*, Garant, 2001.
- CHEVREAU (Emmanuelle), « Quelques remarques sur la continuité des «personnes juridiques» en droit romain classique » in *Mélanges A. Lefebvre-Teillard*, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 217–231.
- « Aux origines du contrat de gérance », *RDC* 2012, p. 11.
- DARESTE (Rodolphe), *Nouvelles études d'histoire du droit*, Larose, 1906.
- DE VISSCHER (François), « La notion de "corpus" et le régime des associations privées à Rome » in *Mélanges Contardo Ferrini*, t. 4, Milano : Vita e pensiero, 1949, p. 43–54.
- DEROUSSIN (David), *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Economica, 2012.
- DUFOUR (Geneviève), *Les societates publicanorum de la République romaine : ancêtres des sociétés par actions ?*, Thémis, 2012.
- GARNSEY (Peter), *Penser la propriété*, Les Belles Lettres, 2013.
- GAUDEMET (Jean), *Étude sur la notion d'indivision en droit romain*, 1933, Sirey.
- *Les communautés familiales*, Marcel Rivière, 1963.
- « L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques » in *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p. 79–89.
- « Naissance d'une notion juridique : Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome Antique », *APD* 2000, 44.
- GAUDEMET (Jean) et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, 2009.
- GIRARD (Paul-Frédéric), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris : A. Rousseau, 1929.

- GROSSI (Paolo), « “Usus facti” (La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova) » in *Il dominio e le cose*, Giuffrè, 1992.
- *L’ordine giuridico medievale*, Laterza, 1996.
- GUARINO (Antonio), *Diritto privato romano*, 12^e éd., Jovene Napoli, 2001.
- GUYADER (Josseline), « Existait-il une doctrine commercialiste dans l’Ancienne France ? » in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 77–111.
- HALPÉRIN (Jean-Louis), *Histoire du droit privé depuis 1804*, coll. Quadriga, PUF, 2001.
- *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008.
- « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? », *Conférence faite au Japon aux Universités Nanzan et Keio* 2010, URL : hal-00460386.
- HARRIS (Ron), *Industrializing English law : Entrepreneurship and Business Organization, 1720-1844*, Cambridge University Press, 2000.
- « The institutional dynamics of early modern Eurasian trade : The commenda and the corporation », *J. Econ. Behav. Organ.* 71 2009, p. 606–622.
- « The Private origins of the Private Company : Britain 1862-1907 », *Oxford Journal of Legal Studies* 2013, 33, 2, p. 339–378.
- HILAIRE (Jean), *Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier : du début du XIII^e siècle à la fin du XVI^e siècle : Contribution aux études d’histoire du droit écrit*, Montpellier, 1957.
- *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986.
- *La vie du droit*, PUF, 1994.
- « Les perspectives historiques des usages communautaires » in *La vie du droit*, PUF, 1994.
- « La commandite : une structure de transition » in *Le droit, les affaires, l’histoire*, Economica, 1999.
- ISMARD (Paulin), « La construction du fait associatif en droit athénien et les limites de la notion de personnalité juridique », *Dike* 2007, 10, p. 57–83.
- JACOB (Robert), « Philippe de Beaumanoir et les clercs - Pour sortir de la controverse du *ius commune* », *Droits* 2010, 50, p. 163–188.
- JHERING (Rudolf von), *L’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, A. Marescq, 1877.
- *Histoire du développement du droit romain*, A. Marescq, 1900.

- La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, sous la dir. de G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993.
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *La société anonyme au XIX^e siècle*, PUF, 1985.
- « La Révolution : une période décisive pour les sociétés par actions », *Rev. Sociétés* 1989, p. 345–358.
- LEVY (Ernst), *West Roman Vulgar Law - The Law of Property*, American Philosophical Society, 1951.
- LEVY (Jean-Philippe) et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. «Précis», Dalloz, 2010.
- LEVY-BRUHL (Henri), *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien, 1938.
- MICHAUD-QUENTIN (Pierre), *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Vrin, 1970.
- NICOLET (Claude), « Deux remarques sur l'organisation des sociétés de publicains à la fin de la République romaine » in *Censeurs et publicains, économie et fiscalité dans la Rome antique*, Fayard, 2000, p. 305.
- OURLIAC (Paul), « Propriété et droit rural : l'évolution du droit français depuis 1945 », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1976, p. 723–752.
- OURLIAC (Paul) et Jean DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé : Les Biens*, 2^e éd., t. 2, PUF, 1971.
- PATAULT (Anne-Marie), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.
- PATURET (Arnaud), « L'individu entre l'homme et la chose. Note sur l'esclave en droit romain », *Droits* 51 2010.
- POISNEL (Charles), « Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains », *NRHDFE* 1879, p. 431–462.
- POUDRET (Jean-François), *Coutumes et coutumiers : histoire comparative des droits des pays romands du XIII^e à la fin du XVI^e siècle*, t. 3, 4 t., Berne : Staempfli, 1989-2002.
- PRÉVOST (Xavier), *Jacques Cujas (1522-1590), jurisconsulte humaniste*, préf. d'A. ROUSSELET-PIMONT et J.-L. THIREAU, Droz, 2015.
- REYERSON (Kathryn L.), « Women in business in Medieval Montpellier » in *Society, Law and Trade in Medieval Montpellier*, Variorum Reprints, 1995.

- SALEILLES (Raymond), « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial* 1895.
- SCHIAVONE (Aldo), *Ius, l'invention du droit en Occident*, Belin, 2009.
- SICARD (Germain), *Aux origines de la société anonyme : les moulins de Toulouse au Moyen-Âge*, préf. de G. BOYER, Oberthur, 1953.
- SZRAMKIEWICZ (Romuald) et Olivier DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2013.
- THIREAU (Jean-Louis), « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits* 1997, p. 81–100.
- THOMAS (Yan), « La langue du droit romain - Problèmes et méthodes », *APD* 1974, p. 103–125.
- « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale » in *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 951–976.
- « *Fictio legis* - L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » in *Les opérations du droit*, EHESS - Gallimard - Seuil, 2011, p. 133–186.
- « L'institution civile de la cité » in *Les opérations du droit*, EHESS - Gallimard - Seuil, 2011, p. 103–130.
- VEYNE (Paul), « Droit romain et société : les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire » in *La société romaine*, 2001, p. 247–280.
- « La famille et l'amour sous le Haut-empire romain » in *La société romaine*, Points Histoire, 2001.
- « Vie de Trimalcion » in *La société romaine*, Points Histoire, 2001.
- « Existait-il une classe moyenne en ces temps lointains ? » in *L'empire gréco-romain*, Seuil, 2005.

Ouvrages non juridiques

- ARROW (Kenneth), *Les limites de l'organisation*, PUF, 1976.
- AUGUSTIN (St), *Les Confessions*, Gallimard, coll. «La Pléiade», 1998.
- BUCHANAN (James) et Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent : Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, 1962.

- CLERC (Denis) et Jean-Paul PIRIOUX, *Lexique de sciences économiques et sociales*, 9^e éd., La Découverte, 2011.
- DAGOGNET (François), *Philosophie de la propriété*, PUF, 1992.
- DARDOT (Pierre) et Christian LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014.
- DUMONT (Louis), « Genèse, II : La catégorie politique et l'État à partir du XIII^e siècle » in *Essais sur l'individualisme*, Points Seuil, 1983.
- DURKHEIM (Emile), *Leçons de sociologie*, PUF, coll. «Quadrige», 2010.
- HAYEK (Friedrich August), *Droit, législation et liberté*, PUF, 2013.
- HÉSIODE, *Les travaux et les jours*, trad. par P. MAZON, Les Belles Lettres, 1986.
- HIRSCHMAN (Albert O.), *Les passions et les intérêts : Justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, coll. «Quadrige». PUF, 1997.
- HONNETH (Axel), *La lutte pour la reconnaissance*, coll. «Passages», Cerf, 2000.
- HUME (David), *Du nombre des hommes dans les nations anciennes in Essais moraux, politiques et littéraires*, t. 2, Vrin, 2009.
- JESSUA (Claude), *Histoire de la théorie économique*, PUF, 1991.
- KANT (Emmanuel), « Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique » in *Œuvres philosophiques*, t. 2, Gallimard, «La Pléiade», 1985.
- Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, sous la dir. de B. CORIAT, Les liens qui libèrent, 2015.
- LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, GF-Flammarion, 1992.
- MACPHERSON (C. B.), *La théorie politique de l'individualisme possessif*, Folio Essais, 2004.
- MANIN (Bernard), *Principes du gouvernement représentatif*, Champs Essais, 2012.
- OSTROM (Elinor), *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.
- *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010.
- PIKETTY (Thomas), *Le capital au XXI^e siècle*, Seuil, 2013.
- POCOCK (John G. A.), « Autorité et propriété - La question des origines du libéralisme » in *Vertu, commerce et histoire*, PUF, «Leviathan», 1998.

- QUESNAY (François), « Dialogue sur les travaux des artisans (1767) » in *François Quesnay et la Physiocratie*, PUF-Ined, 1958.
- Repenser les biens communs*, sous la dir. de B. PARANCE et J. de SAINT-VICTOR, CNRS éditions, 2014.
- ROSANVALLON (Pierre), *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, coll. «Points Histoire», Le Seuil, 1998.
- SAADA (Julie), *Hobbes et le sujet de droit*, préf. de J.-F. KERVEGAN, éd. CNRS, 2010.
- SEN (Amartya), « Quelle égalité ? » in *Ethique et économie*, PUF, 2012.
- SÉNÈQUE, *Lettres à Lucilius*, trad. par H. NOBLOT, t. 4, Les Belles Lettres, 1962.
- VIRGILE, *Géorgiques*, trad. par J. DELILLE, Folio, 1997.
- WEBER (Max), *Essais sur la théorie de la science*, trad. par J. FREUND, Plon, 1965.
- *Histoire économique : Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Gallimard, 1992.
- *Économie et société : Les catégories de la sociologie*, t. 1, Pocket, 1995.
- *Économie et société : L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, t. 2, Pocket, 1995.

Index

Les entrées référencées renvoient aux numéros de paragraphe.

Les numéros de paragraphe en **gras** indiquent la référence principale d'une entrée.

A

Abus de droit de vote (étude générale), **572**

Abusus, **724**

Action oblique, 274, 798

Action paulienne, 361

Actions de préférence, 406

Actions possessoires, 157

Administrateur

indépendant, 521

provisoire (étude générale), **587**

Affectation

et destination, 343

et impossibilité du partage, 748

Indivision, 359

Notion, 341

Affrètement, 53

Agence commune, 506

Pouvoirs résiduels, 512

Agent des sûretés, 231

Allocation (problème d'), **139**

Apparence

Mandat apparent, 624, 628

Obligation aux dettes sociales, 800

Responsabilité limitée, 847

Apport

Caractère translatif, **308**

Définition générale, 306

en industrie, **206**

en jouissance, 323

Insuffisance au moment de la constitution, 850

Traitement fiscal, 326

Apport en compte courant, 109, 819

Apport partiel d'actifs (protection des créanciers), 364

Association

Liberté de gestion, 496

Pouvoirs du président, 513

Attribution préférentielle, 769

Autonomie patrimoniale

Avantages, 339

Coûts, 354

et personnalité juridique, 334

Fondements économiques, 346

Rôle de la loi, 368

Avantage matrimonial

Nature juridique, **778**

B

Biens

Notion moderne, 94

optionnels, 416

Bricolage conceptuel, **106**, 112

C

Clause d'accroissement, *voir* Tontine

Clientèle

Apport en industrie, 213

Indivision post-communautaire, 708

Co-emploi (théorie), 673

Co-gérants, *voir* Gestion concurrente

Coûts d'agence, **514**

Cocontrat

Analyse, **223**

Communauté légale, 582

Exercice des prérogatives contractuelles, 547

Nullité, 549

Syndicats de prêt, 229

Communauté légale

Avantage matrimonial, 778

Blocage par un époux, 578

Cogestion, 569

Compensation, 346

Contrat (pouvoirs du conjoint), 582

Créanciers, 268

Devoir d'information entre époux, 562

Faute de gestion, 650, 658

Gains et salaires, 200

Gestion concurrente, 540

Gestion directe impérative, 503

Gestion exclusive, 581

Nature juridique, 133

Servitudes, 298

Spécificité, 107

Transfert des pouvoirs, 728

Travail sur les propres, 202

Type sociologique, 180

Universalité de droit, 294

Vente entre époux, 317

Communauté médiévale

Quasi-contrat (Pothier), 59

taisible, 51, 166

Communaux, 690

Communs, **9**

Commutation

Logique commutative, **101**

Rôle de la personne morale, 378

Compagnies coloniales, 352, 831

Compensation, 346

Concepts juridiques, **82**

Confusion des patrimoines, 849

Contrainte conceptuelle, **99**

Propriété commune, **102**

Contrat-organisation

Apport, 306

Limitations contractuelle des pouvoirs, 606

Nature juridique, **171**

Pratique médiévale, 53

Terme, 692

Copossession, *voir* Possession commune

Copropriété des immeubles bâtis

Abus de droit de vote, 575

Action des créanciers communs, 798

Administrateur provisoire, 588

Droit de jouissance privatif, 583

Esprit de la loi, 106

Histoire, 499

Nature juridique, 439

Nullités en cascade, 603

Possession commune, 156

Répartition des charges, 809

Responsabilité du syndic, 680

Responsabilité du syndicat, 675

Servitudes entre partie commune et partie privative, 298

Servitudes entre parties privatives, 444

Type sociologique, 184

Copropriété quiritaire

Administrateur provisoire, 588

Nature juridique, 191

- Nature juridique du quirat, 454
- Responsabilité limitée, 830
- Cotitularité
 - Bail, 226
 - Nature juridique, 218
- Créanciers personnels
 - Action oblique, 274
 - et structure de la propriété commune, 258
 - Société en participation, 358

D

- Décisions collectives
 - Causes de nullité, **629**
 - Nullités en cascade, 603
- Démolition, 135
- Destination
 - Copropriété des immeubles bâtis, 443
 - Jouissance des biens indivis, 691
 - Notion, 343
- Devoir de loyauté
 - Gestion déléguée, 527
- Devoir de vigilance (société-mère), 854
- Dirigeant social
 - Devoir de loyauté, 527
 - Faute détachable, 682
 - Nature des fonctions, 509
 - Rémunération, 531
 - Révocation, 533
- Dividendes
 - Naissance du droit individuel, 722
 - Nature juridique, 701, **723**
 - Obligation de distribuer (non), 715
- Division des créances et dettes, *voir* Obligation plurale
- Dominium, 40
- Droit subjectif
 - Apparition, 89
 - Avenir, 115
- Droits sociaux

- Nature juridique, **458**
- Nature mobilière, 449
- Usufruit, 718

E

- Erreur (cession de parts), 423
- Exclusivité, 145
- Expulsion (indivisaire), 698

F

- Famille, 96
- Faute détachable (théorie), 679
- Fiction
 - Rôle et limites, 108, **382**
- Fiction juridique
 - Dividendes, 723
- Fiducie, 113
 - Cogestion (communauté), 734
 - Fiducie plurale, **174**
- Force de travail
 - Objet de propriété commune, **196**
- Formes de propriété commune, **168**
 - Diversité, 174
- Fruit
 - Fruits industriels, 709
 - Notion, 702
 - Prime d'émission, 718
 - Réserves (société), 718

G

- Garantie (effet de)
 - Propriété commune, **265**
 - Solidarité passive, 245
- Garanties de la vente (parts), 424
- Gesammte Hand, 6, 112, 128, 178
- Gestion concertée, **565**
- Gestion concurrente, **540**
 - Avantages, 543
 - Coûts, 545
 - Droit d'opposition, 556
 - Obligation d'information, 560

- Responsabilité des titulaires, 664
- Gestion déléguée
 - Avantages, 502
 - Coûts, 514
 - Obligation d'information, 523
 - Rémunération, 531
- Gestion directe
 - Dangers, 494
 - Domaine d'ordre public, **518**
 - Lien avec personne morale, 492
- Gestion exclusive, **579**
- Gestion par les propriétaires, *voir* Gestion directe
- GIE
 - Type sociologique, 186
- H**
- Habilitation
 - Définition, **486**
- I**
- Idéal-type, 179
 - et formes juridiques, 191
- Individualisme
 - Droit contemporain, **97**
 - Modernité, 87
 - Révolution (idéologie), 76
 - Structure conceptuelle, **78**
 - Théorie de la propriété, **102**
- Indivision
 - Administrateur provisoire, 588
 - Autonomie patrimoniale, 359
 - Bail, 380, 618
 - Blocage par un indivisaire, 578
 - Clientèle, 708
 - Créanciers de l'indivision, 350
 - Différence entre gestion et amélioration, 712
 - Distribution des fruits et revenus, 717
 - Droit au partage, **743**
 - Droit fondamental de propriété, **135**
 - Droit romain, **28**
 - Droits personnels (droit romain), 26 et société (droit romain), 31
 - Exclusivité, 131
 - Expulsion, 698
 - Gestion concurrente, 544
 - Indemnité (jouissance privative), 695
 - Inopposabilité des actes irréguliers, 614
 - Jouissance concurrente, 691
 - Jus prohibendi, 558
 - Partage, 284
 - Personnification, **132**
 - Principe majoritaire, 569
 - Quasi-contrat, 37, 59
 - Quote-part, *voir* Quote-part (indivision)
 - Réduction des actes irréguliers, 615
 - Rémunération du gérant, 498
 - Servitudes, 297
 - Société d'indivision, 66
 - Usucapion, 154
- Indivision conventionnelle
 - Pouvoir de disposer, 731
 - Saisie de quote-part, 357
- Indivision d'acquêts
 - Actes de disposition, 734
 - Avantage "pacsial", 778
 - Effet déclaratif du partage, 765
 - Faute de gestion, 650
 - Partage en cours de Pacs, 741
 - Revenus du travail, 704
 - Transformation en communauté, 303
 - Travail sur un bien indivis, 708
 - Type sociologique, 181
- Indivision forcée
 - Apparition, 65
 - Caractère perpétuel, 748

Type sociologique, 184
Inopposabilité, 612

L

Legs, 619
Limitations statutaires, *voir* Contrat-
organisation

M

Majorité (loi)
 Cocontrat, 231
 Fondements, 567
Mandat
 Actes de disposition, 732
 Application à l'agence commune, **507**
 Coûts d'agence, 515
 Dépassement de pouvoirs, 623
 Mandat d'intérêt commun, 536
Mitoyenneté
 Cession forcée, 313

N

Nullité, **595**
 Décisions collectives, 629
 de droit, 642
 Droit de critique, 606
 Facultative, 636
 Fonction répressive, 644
 Nullités en cascade, 603

O

Obligation
 Rôle, 92
Obligation conjointe
 Analyse classique, 237
 Bénéfice de division, 248
Obligation d'information
 Gestion concurrente, 560
Obligation plurale
 Analyse classique, 233
 Conception renouvelée, 244

Obligation solidaire, *voir* Solidarité

Œuvre de collaboration, 178

 Cession de quote-part, 754

 Droit au partage (non), 750

 Unanimité, 571

OPCVM

à compartiments, 336

Action en responsabilité des porteurs,
 651

de capitalisation, 715

Faute du gestionnaire, 659

Nature juridique, 185

Partage, 749

Personne morale, 379

Préjudice individuel/collectif du por-
 teur, 427

Responsabilité du dépositaire, 655

Type sociologique, 183

P

Pacs

Dissolution par mariage des parte-
 naires, 303

Indivision d'acquêts, *voir* Indivision
 d'acquêts

Pareto (optimum), 278

Part

Assimilation à un droit réel ou person-
 nel, 480

Autonomie de la notion, **475**

Définition générale, 401

Dépréciation (responsabilité), 426

Droit romain, **39**

Mobiliérisation, 447

Nantissement (efficacité), 735

Nature juridique, **405**

Nature mobilière ou immobilière, 431

Réification, 417

Partage

Caractère subsidiaire, 284

- Caractère translatif, 309
- Créanciers personnels, 276
- Différence avec distribution des fruits, 714
- Droit fondamental, 739
- Effet déclaratif, 764
- Égalité, 767
- Moyens de défense, 280
- Notion, 758
- Œuvre de collaboration, 750
- Partnership
 - Créanciers communs, 350
 - Dépassement de pouvoirs, 626
 - Nature juridique, 187
- Patrimoine
 - Notion, **292**
 - Patrimoine d'affectation, 293, **342**
- Personne morale, **70**
 - Abus, 391
 - Avantages, 385
 - Caractère optionnel dans sociétés civiles, 398
 - Coûts, 390
 - Conception orthodoxe, 257
 - Dissolution, 821
 - Double aspect, **334**
 - Droit romain, **45**
 - Faute détachable, 679
 - Immatriculation, 371
 - Propriété individuelle ou collective, 7, **382**
 - Responsabilité civile, 674
 - Théorie réaliste technique (critique), 493
- Position contractuelle, 411
- Possession commune, **150**
 - Droit romain, 27
 - Meubles, **158**
- Préjudice, *voir* Responsabilité
- Preuve de la propriété
 - Propriété commune, 164
 - Situations de cohabitation, 159
- Prime d'émission, *voir* Société
- Privilège du bailleur, 698
- Propriété
 - Droit fondamental, 315
- Propriété collective
 - Codification napoléonienne, 64
 - Théories, **6**
- Propriété commune
 - Domaine, **8**
 - Types sociologiques, **179**
- Propriété commune d'alliance, **186**
 - Durée, 386
 - Personne morale (transparence), 388
 - Risque illimité, 798
- Propriété commune d'entreprise, **189**
 - Autonomie patrimoniale, 346, 351
 - Faute détachable, 682
 - Risque limité, 827
- Propriété commune de jouissance, **182**
 - Faute de gestion, 659
- Propriété commune domestique, **180**
 - Faute de gestion, 658
 - Preuve de la propriété, 164
- Propriété individuelle
 - Droit fondamental, 739
 - et propriété privée, 124
- Propriété moderne
 - Abusus, 727
 - Caractéristiques, 140
 - et propriété commune, **143**
 - Genèse (Pothier), 61
 - Individualisme, **102**
- Propriété privée
 - Droit fondamental, **137**
 - Nature juridique, 125

Q

- Quote-part (indivision)
 - Analyse classique, 128
 - Nature juridique, 432
 - Sûretés, 435
 - Saisie, 357

R

- Récompense
 - Nature juridique, 204
 - Travail sur les propres, 202
- Réduction (sanction), 615
- Référé
 - Administrateur provisoire (nomination), **590**
 - Jouissance (indivision), 693
- Réserves (société), *voir* Société
- Révocation (étude générale), 532
- Rationalisation conceptuelle, **99**
- Recours en contribution entre propriétaires, **811**
- Représentation mutuelle (solidarité), *voir* Solidarité
- Responsabilité
 - Administrateurs, 528
 - Commune (étude générale), **670**
 - du fait des choses communes, 672
 - Externe, **669**
 - Fautes de gestion (étude générale), **657**
 - Interne, **647**
 - pour insuffisance d'apports, 850
 - Préjudice individuel/collectif, 426, 649, 691
- Responsabilité du fait d'autrui
 - Fondements, 677
 - Préposé commun, 673
- Responsabilité limitée, **826**
 - Droit maritime, 854
- Retrait
 - Action oblique, 275

Étude générale, 755

- Revenus
 - Indivision d'acquêts, 704
 - Types de revenus (étude générale), **700**
- Risques d'agence, *voir* Coûts d'agence

S

- Sûretés
 - Défaut d'autorisation du CA, **613**
 - Intérêt social, 397
- SAS
 - Apport en industrie, 215
- SCI
 - Action paulienne, 363
 - Affectation à la garantie de la dette d'un tiers, 397
 - Associé mineur, 793
 - Attribution préférentielle des parts, 772
 - Ecran de la personne morale, 394
 - Inutilité de la personne morale, 398
 - Nature meuble des parts, 452
 - Type sociologique, 183
- SCP
 - Responsabilité solidaire, 387, 680
 - Type sociologique, 186
- Servitude, **296**
 - Copropriété des immeubles bâtis, 444
 - Indivision (droit romain), 25
- SNC
 - Partage (faillite individuelle), 277
- Société
 - Abus de majorité/minorité, 572
 - Action ut singuli, 653
 - Administrateur provisoire, 589
 - Affectation des biens, 342
 - Appel de fonds, 806
 - Autonomie patrimoniale, 346, 351
 - Bénéfices (nature juridique), 709
 - Cession de l'actif principal, **732**

- d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, 692
 - d'attribution en jouissance à temps partagé, 456
 - d'indivision, 66
 - Décisions collectives, *voir* Décisions collectives
 - de tous les biens, 267
 - Diversification, 68
 - Droit romain, **31**
 - Faute de gestion, 660
 - Fictivité, 392
 - Histoire (Moyen-Age), 57
 - Nullités, *voir* Nullité
 - Obligation aux dettes sociales (étude générale), **788**
 - Prime d'émission (qualification), 719
 - Réserves (qualification), 718
 - Sûretés en garantie de la dette d'autrui, 397
 - Société civile de moyens
 - Appel de fonds, 807
 - Type sociologique, 186
 - Société en participation
 - Compensation, 346
 - Créanciers personnels, 358
 - Patrimoine "interne", 327
 - Personnalité fiscale, 331
 - Transformation, 302
 - Sociétés de publicains, 352, 492
 - Solidarité
 - Aménagement contractuel, 251
 - Analyse classique, **240**
 - Apport partiel d'actifs, 364
 - Effets secondaires, 242, **550**
 - Liens communautaires, 554
 - Solidarité active, 269
 - Souvenirs de famille, 753
 - Structure conceptuelle fondamentale, **81**, **97**
 - Contrainte conceptuelle, 99
 - Droit moderne, **90**
 - Droit romain, 85
 - Sujet de droit
 - et patrimoine, 375
 - Notion, 93
 - Syndicats de prêt, *voir* Cocontrat
- T**
- Tontine, **175**
 - Insaisissabilité, 370
 - Partage, 749
 - Transformation, **301**
 - en indivision (après dissolution), 763
 - Translatif (acte)
 - Définition, 305
 - Partage, 764
- U**
- Unanimité, 566, 570
 - Universalité de droit, 294
 - Universitas
 - Antiquité, **43**
 - Autonomie patrimoniale, 346
 - Moyen-Age (pariage), 51
 - Parts immobilières, 453
 - Personne morale, 385
 - Représentation, 508
 - URSS, 77
 - Usucapion, **153**
 - Usufruit
 - et propriété collective, 9
- V**
- Vente entre époux, 317
 - Veto, *voir* Abus de droit de vote

Table des matières

Glossaire	vii
Sommaire	ix
Introduction	1

Partie I La spécificité de la propriété commune 17

Titre I Une situation spécifique : l'appropriation en commun 21

Chapitre 1 L'impossible propriété commune 25

Section I L'absence de théorisation de la propriété commune dans l'histoire du droit 26

§ 1. LES PROPRIÉTÉS COMMUNES EN DROIT ROMAIN : DIVERSITÉ ET TENTATIVES DE RAPPROCHEMENT 27

A. *L'appréhension extensive de la propriété commune : les cas d'indivision en droit romain classique* 28

1. Aux origines : le consortium 28

2. L'apparition de nouveaux cas d'indivision et la création de l'action *communi dividundo* 29

3. L'extension du champ d'application de l'action *communi dividundo* 30

B. *Une structure commune à l'indivision et à la société : la part* . . . 33

1. Indivision et société : deux espèces d'un même genre ? 33

a. Le rapprochement théorique opéré par Quintus Mucius 33

b. L'utilité pratique d'un rapprochement : le *Pro Roscio Comedo* de Cicéron 34

c. Byzance : l'indivision comme quasi-contrat de société 36

2. Les prémisses d'une théorie de la part 37

a. Un concept abstrait de part 37

b. *Dominium* et *pars*, l'impossible conciliation 39

C. *Les biens des collèges et des universitates : vers l'idée d'une masse commune autonome* 40

§ 2. DE L'UNITÉ À L'ÉCLATEMENT DE LA PROPRIÉTÉ COMMUNE . . . 43

A. *La réception des pratiques communautaires dans un cadre général* 44

1. Hors du droit savant 44

a. La *compagnie* chez Beaumanoir 45

b.	Dans la pratique notariale du Midi	46
2.	Dans le droit savant	48
a.	L'élargissement de la notion de société	48
b.	La propriété commune chez Pothier	49
B.	<i>La perte d'un cadre commun après 1804</i>	52
1.	Les propriétés communes dans le Code civil	53
a.	La segmentation dans le Code civil de 1804	53
b.	Les effets de la segmentation	54
2.	Le maintien de la fragmentation au XX ^e siècle	55
a.	La différenciation croissante des propriétés communes	55
b.	L'importance accordée à la personnalité morale	57
Section II L'obstacle à la théorisation de la propriété commune		61
§ 1. LA CONTRAINTE EXERCÉE PAR L'INDIVIDUALISME CONCEPTUEL		
	DU DROIT PRIVÉ	62
A.	<i>La notion de «structure fondamentale»</i>	64
1.	Le «découpage du monde» par le droit	65
2.	Un découpage structuré	67
B.	<i>La structure fondamentale actuelle</i>	69
1.	Le tournant subjectiviste	69
2.	La redéfinition du système	72
§ 2. L'INCOMPATIBILITÉ DE LA PROPRIÉTÉ COMMUNE AVEC LA		
	STRUCTURE CONCEPTUELLE	78
A.	<i>Les raisons de l'incompatibilité</i>	78
1.	La contrainte conceptuelle produite par la structure fondamentale	78
2.	La contrainte conceptuelle subie par la propriété commune . . .	80
B.	<i>Les effets de l'incompatibilité</i>	82
1.	Les effets sur le droit	82
a.	Le bricolage	83
b.	L'isolement	83
c.	La fiction	85
2.	Les effets sur la science du droit	86
a.	Trois attitudes générales	87

b. Le choix opéré pour la propriété commune	88
Chapitre 2 L'existence de la propriété commune	93
Section I La possibilité de la propriété commune	94
§ 1. LA PROPRIÉTÉ COMMUNE, FORME DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE	94
A. <i>La propriété ne se réduit pas à la propriété individuelle</i>	94
1. L'assimilation de la propriété à la propriété individuelle	95
a. Des justifications différentes	95
b. Un même effet : l'impossibilité de penser l'appropriation en commun	97
i. Les contradictions engendrées par le réductionnisme	97
ii. Les risques pratiques engendrés par le réductionnisme	101
2. L'indépendance de la propriété commune par rapport à la pro- priété individuelle	103
a. La fonction générale de la propriété privée : résoudre le «pro- blème d'allocation»	103
b. L'application à l'appropriation en commun	105
B. <i>L'existence de la possession commune</i>	110
1. Conditions de la copossession	111
2. Effets de la copossession	112
a. Usucapion	112
b. Actions possessoires	115
3. Possession commune et art. 2276 du Code civil	115
a. Les difficultés d'application de l'art. 2276 en cas de vie com- mune	115
b. Pour une adaption de l'art. 2276 aux situations de cohabitation	118
§ 2. LES FORMES DE PROPRIÉTÉ COMMUNE	121
A. <i>La diversité des formes de propriété commune</i>	121
1. La liberté des propriétaires quant à l'organisation	121
2. L'absence de <i>numerus clausus</i>	123
a. Les propriétés communes nommées par la loi	123
b. L'admission d'une forme innommée : la tontine	126

<i>B. Les fondements du pluralisme</i>	128
1. Quatre idéaux-types de propriété commune	130
i. Les propriétés communes domestiques	131
ii. Les propriétés communes de jouissance	133
iii. Les propriétés communes d'alliance	135
iv. Les propriétés communes d'entreprise	136
2. L'écart possible entre idéal-type sociologique et forme juridique	137
Section II L'objet de la propriété commune	139
§ 1. TOUS LES BIENS ? LE CAS DES FRUITS DU TRAVAIL	139
<i>A. L'industrie des époux, un bien commun ?</i>	141
1. Les fruits du travail des époux, actif de la communauté	141
2. Un îlot de résistance : l'absence de récompense à la communauté pour le travail sur les propres	142
<i>B. L'industrie de l'apporteur, un bien commun ?</i>	144
1. L'objet de l'apport en industrie : l'apport des fruits d'un travail .	145
2. L'imparfaite reconnaissance de l'apport en industrie	147
a. L'admission de la clientèle civile comme bien commun	147
b. Le refus d'attribuer des actions ordinaires à l'apporteur en industrie dans la SAS	149
§ 2. TOUS LES LIENS ? LE CAS DES DROITS PERSONNELS	151
<i>A. Le contrat commun</i>	153
1. La «propriété commune» d'un contrat	153
a. Une structure similaire	154
b. Des difficultés similaires	155
2. Des formes complexes de contrat commun : les syndicats de prêts	156
<i>B. L'obligation commune</i>	158
1. L'analyse classique : la présence d'une pluralité de liens de droit	160
a. Dans l'obligation conjointe	161
b. Dans l'obligation solidaire	163
2. L'obligation plurale, obligation commune	165
a. L'utilité théorique de l'analyse en terme de propriété commune	166
b. L'utilité pratique de l'analyse en terme de propriété commune	167

c. Les perspectives ouvertes par l'analyse en terme de propriété commune	169
Titre II Une structure spécifique	175
Chapitre 1 Le statut des biens communs	179
Section I Les masses transparentes	181
§ 1. LES EFFETS DE LA TRANSPARENCE POUR LES CRÉANCIERS	181
A. <i>L'étendue du droit de gage des créanciers personnels</i>	182
1. La possibilité de saisir tous les biens communs	182
2. La limitation à la quote-part	186
a. Par prélèvement direct	186
b. Par voie oblique	188
B. <i>Les défenses opposables par les propriétaires en commun</i>	191
1. Vers l'admission d'un bénéfice de discussion	191
a. Justification	191
b. Régime	192
2. Le partage comme mesure subsidiaire	194
a. Les limites existantes au droit au partage	194
b. L'octroi de nouvelles défenses	195
§ 2. LES EFFETS SECONDAIRES DE LA TRANSPARENCE	197
A. <i>L'incertitude quant au statut de la masse commune</i>	197
1. Une qualification incertaine	197
2. Un régime incertain	199
a. Les servitudes entre fonds commun et fonds propre	200
b. La transformation des masses transparentes	203
B. <i>L'incertitude sur la nature juridique des flux entre masse commune et masses propres</i>	205
1. L'absence de caractère translatif en droit civil	206
a. Un problème général	207
b. Les répercussions du problème : deux exemples	210
i. La «cession forcée» de mitoyenneté	210

ii. La «vente entre époux»	212
2. L'application par analogie du régime des commutations	214
a. L'analogie en droit civil	214
b. L'analogie en droit fiscal	215
Section II Les masses autonomes	218
§ 1. LES EFFETS DE L'AUTONOMIE PATRIMONIALE	220
A. <i>Les avantages de l'autonomie de la masse</i>	221
1. La protection de l'affectation des biens communs	221
a. La notion d'affectation	221
b. L'autonomie patrimoniale des masses communes, effet de l'affectation subjective	226
2. La protection des créanciers communs	230
a. A minima, la reconnaissance d'une préférence sur les biens communs	230
b. A maxima, l'attribution d'un monopole sur les biens communs	231
B. <i>Les coûts de l'autonomie</i>	233
1. Le coût principal : l'atteinte faite aux créanciers personnels . . .	233
a. Le report sur la part	233
b. Le risque de fraude engendré par la segmentation des patri- moines	236
i. La protection de droit commun : l'action paulienne	236
ii. La protection par le droit spécial	238
2. La réduction des coûts : l'encadrement légal	240
a. Les limites à la liberté de créer des masses autonomes	240
b. Le recours à des mesures de publicité	242
§ 2. LES EFFETS DE LA PERSONNIFICATION	244
A. <i>Les avantages de la personnification</i>	246
1. Le rétablissement de la logique commutative	246
a. Dans les relations avec les tiers	246
b. Dans les relations internes	248
2. La stabilité dans le temps	250
B. <i>Les coûts de la personnification</i>	253

1. Un coût social : le risque d'interposition frauduleuse de personnes	253
2. Les coûts pour les propriétaires	255
a. La perte des régimes protecteurs	255
b. L'impossibilité d'affecter les biens communs en garantie de dettes personnelles	257
Chapitre 2 Le statut de la part	265
Section I Analyse générale de la part	266
§ 1. LA STRUCTURE DE LA PART	266
A. <i>Description de la part : une synthèse de droits, devoirs et pouvoirs</i>	266
1. Le contenu de la part	266
2. L'unification de ce faisceau et sa division en entités	268
B. <i>Qualification : la symbolisation d'une position juridique</i>	269
1. La notion de position juridique	269
2. La part, un type de position juridique	271
§ 2. LA PARTICULARITÉ DE LA PART EN DROIT DES BIENS	272
A. <i>Une création de l'esprit juridique</i>	272
1. Des biens optionnels	273
2. L'«acquisition originaire» des parts	274
B. <i>La nécessaire dépendance à l'égard du tout : deux exemples</i>	276
1. La mauvaise évaluation des parts	276
2. Le préjudice né de la perte de valeur des parts	279
Section II Les formes juridiques revêtues par la part	281
§ 1. LE PRINCIPE : LA PART ASSIMILÉE À UN DROIT RÉEL	282
A. <i>La quote-part indivise</i>	283
1. La quote-part indivise, un “quasi-bien” ?	283
2. Les limites de l'autonomie : les sûretés sur quote-part	284
B. <i>Le lot de copropriété</i>	286
1. Le lot de copropriété, part dans une propriété collective	286
2. Les opérations sur le lot	289

§ 2. L'AUTONOMISATION DES PARTS : L'ASSIMILATION À UN DROIT	
PERSONNEL	291
A. « <i>Meubles par détermination de la loi</i> »	292
1. Les raisons de la mobiliérisation des parts	292
2. Les limites de la mobiliérisation	295
a. L'exemple des sociétés civiles immobilières	295
b. Vers l'admission de la nature immobilière des parts	297
B. <i>Les droits sociaux sont des parts</i>	299
1. Les tentatives de réduction des droits sociaux à des catégories mieux connues	299
a. La tentation de la rationalisation : les droits sociaux sont des créances	300
b. La tentation du corporel	301
2. L'utilité de la qualification de part : la dissociation de la forme et du contenu des droits sociaux	303
a. Les raisons de la distinction	303
b. L'utilité de la distinction	304
§ 3. LA PART, ENTRE DROIT RÉEL ET DROIT PERSONNEL	307
A. <i>L'impasse</i>	307
B. <i>L'irréductibilité de la part au droit réel ou personnel</i>	308
1. Une différence de structure	308
2. Une différence de définition	309
C. <i>La gradation des types de parts</i>	311
1. Du droit réel au droit personnel	311
2. La possibilité d'assimiler les parts aux droits subjectifs classiques	312

Partie II Le fonctionnement de la propriété commune	319
Titre I Gérer les biens communs	323
Chapitre 1 Répartir les habilitations à gérer	327
Section I Le titulaire de l'habilitation : gestion directe ou gestion déléguée	328
§ 1. LE CHOIX ENTRE LES DEUX MODES DE GESTION	328
A. <i>Le recours à la gestion directe</i>	329
1. Un paramètre indifférent : la présence d'une personne morale	329
2. Les limites économiques de la gestion directe	330
a. La gestion directe impossible	332
b. Le risque de la gestion directe : la «tragédie» de la passivité	332
B. <i>Le recours à la gestion déléguée</i>	335
1. Les avantages du recours à la gestion déléguée	335
a. Le droit à la passivité	335
b. La professionnalisation de la gestion	337
2. Analyse juridique de l'agence commune	338
a. Deux grandes traditions	338
b. L'agence commune, entre contrat et représentation légale	340
§ 2. LA RÉDUCTION DES INCONVÉNIENTS DE LA GESTION DÉLÉGUÉE (COÛT D'AGENCE)	342
A. <i>Les mesures d'encadrement</i>	344
1. La limitation des pouvoirs	344
a. Le maintien légal d'un domaine réservé à la gestion directe	344
b. Le contrôle par les tiers	346
2. L'imposition de devoirs	348
a. Les devoirs d'information	348
b. Les devoirs fiduciaires	350
B. <i>Les mesures incitatives</i>	352
1. La rémunération de l'agent	353

2.	La menace de la révocation	354
a.	Une prérogative fondamentale des propriétaires	354
b.	L'indemnisation de l'agent	355
Section II Les modes d'exercice de l'habilitation : gestion		
	concurrente, concertée, exclusive	359
§ 1.	LA GESTION CONCURRENTE	360
A.	<i>Analyse économique de la gestion concurrente</i>	361
1.	Les critères de l'efficacité de la gestion concurrente	362
a.	Les avantages : liberté et réactivité	362
b.	Les inconvénients : risques d'agence et incohérence	363
2.	L'exemple du cocontrat et de l'obligation plurale	364
a.	L'exercice des prérogatives contractuelles	364
b.	La gestion de l'obligation commune	366
B.	<i>Vers un droit commun de la gestion concurrente</i>	368
1.	La généralisation d'un droit d'opposition	368
2.	La reconnaissance d'un devoir d'information	371
§ 2.	LA GESTION CONCERTÉE	373
A.	<i>La construction d'une volonté collective</i>	373
1.	Le choix entre unanimité et majorité	374
2.	La fixation des seuils de majorité	375
B.	<i>La lutte contre les risques d'abus découlant de la gestion concertée</i>	377
1.	La lutte contre le risque d'atteinte aux droits de la minorité	378
2.	La lutte contre le risque de blocage	381
§ 3.	LA GESTION EXCLUSIVE	383
A.	<i>La rareté de la gestion exclusive par un "copropriétaire"</i>	384
1.	L'exemple du droit matrimonial	384
2.	L'exemple de la copropriété des immeubles : le droit de jouis- sance privatif	386
B.	<i>L'utilité de la gestion exclusive exercée par un représentant</i>	387
1.	L'intérêt du procédé hors période de crise	388

2. Un remède aux crises de la propriété commune : l'administrateur provisoire	388
a. Les fondements de la nomination de l'administrateur	389
b. Les pouvoirs de l'administrateur provisoire	391
Chapitre 2 Respecter les habilitations à gérer	395
Section I Le sort de l'acte juridique irrégulier	396
§ 1. LA TENDANCE AU CANTONNEMENT DE LA NULLITÉ	396
A. <i>Les raisons du cantonnement</i>	397
1. L'aggravation des coûts usuels	397
2. Un coût spécifique aux propriétés communes : la difficulté d'opérer la remise en état	398
B. <i>Les manifestations du cantonnement</i>	401
1. La restriction du droit de critique	401
a. Le principe de la nullité relative	401
b. Le cas particulier des prérogatives exercées irrégulièrement	402
2. Le recours à des sanctions alternatives	404
a. Le rôle résiduel de l'inopposabilité	405
b. La possibilité de recourir à la réduction de l'acte	407
§ 2. POUR UNE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS	411
A. <i>Les irrégularités non sanctionnées par la nullité de l'acte</i>	412
1. Les irrégularités touchant les actes passés avec les tiers	412
a. Les limites du droit du mandat	412
b. Pour un principe de validité des actes «courants»	414
2. Les irrégularités touchant les décisions internes	416
a. Le critère de la source : pas de nullité pour la violation des règles statutaires	417
b. Pour la seule considération du caractère non impératif de la règle violée	418
B. <i>Les irrégularités sanctionnables par la nullité</i>	420
1. Pour un principe de nullité facultative	421
a. Justification	421

b. Domaine	422
2. Pour une nullité obligatoire à titre d'exception	424
a. Les nullités de droit en raison de la gravité de l'atteinte	425
b. La nullité répressive	427
Section II La responsabilité des titulaires	429
§ 1. LA RESPONSABILITÉ ENVERS LES COPROPRIÉTAIRES («INTERNE»)	429
A. <i>La particularité de l'action en responsabilité</i>	430
1. La réparation d'un préjudice commun	430
2. Les titulaires de l'action	432
B. <i>Les conditions de l'action</i>	435
1. La nécessité de préciser les comportements fautifs	435
a. La faute de gestion dans les propriétés communes domestiques	436
b. Dans les propriétés communes de jouissance	437
c. L'appréciation de la faute dans la gestion entrepreneuriale	438
2. L'identification des responsables	440
a. En gestion concurrente	441
b. En gestion concertée	442
§ 2. LA RESPONSABILITÉ ENVERS LES TIERS («EXTERNE»)	444
A. <i>La responsabilité commune</i>	444
1. Les responsabilités objectives	445
2. La responsabilité pour faute	446
B. <i>La responsabilité individuelle des titulaires envers les tiers</i>	449
1. Une immunité non justifiable par la seule personne morale	450
2. La justification de l'immunité de certains titulaires	451
 Titre II Jouir des biens communs	 457
 Chapitre 1 Partager la richesse commune	 461
Section I Partager les utilités économiques	461
§ 1. PARTAGER L'USAGE (<i>usus</i>)	462
A. <i>L'aménagement de la concurrence</i>	462

1.	En l'absence de convention	463
2.	Les aménagements contractuels	465
B.	<i>Le paiement d'une indemnité en cas de jouissance privative</i>	467
1.	La notion de jouissance privative au sens de l'art. 815-9 al. 2. . .	467
2.	La nature de l'indemnité : un quasi-loyer ?	468
§ 2.	PARTAGER LES REVENUS (<i>fructus</i>)	470
A.	<i>Les sources des revenus</i>	470
1.	Les revenus du capital et du travail	471
a.	Les fruits communs	471
b.	Le rôle résiduel des gains et salaires	472
2.	Le travail sur les biens communs (revenus mixtes)	473
a.	Histoire d'un oubli	473
b.	Pour un nouveau régime des fruits et plus-values industrielles	476
B.	<i>La distribution des fruits et revenus</i>	480
1.	Distribution et partage	480
2.	L'analyse juridique de la somme reçue : la part, bien frugifère ?	485
§ 3.	PARTAGER LE DROIT DE DISPOSER (<i>abusus</i>)	488
A.	<i>La restriction du droit de disposer matériellement des biens</i>	489
1.	L' <i>abusus</i> , symbole de la conception moderne et individualiste de la propriété	489
2.	Les limites de l' <i>abusus</i> matériel dans la propriété commune . .	491
B.	<i>L'aménagement du droit de disposer juridiquement des biens</i> . . .	493
1.	Le contrôle par la collectivité des actes de disposition juridique sur les biens communs	493
2.	Un correctif : le droit de disposer de sa part	496
Section II Partager les biens		498
§ 1.	LE PARTAGE, SIMPLE MODE D'ORGANISATION D'UNE PROPRIÉTÉ COMMUNE	499
A.	<i>Droit au partage et liberté individuelle</i>	499
1.	Un droit de nature constitutionnelle ?	500

2.	Une nécessité économique ? L'exemple de l'indivision successorale	503
B.	<i>Le refus d'un droit au partage</i>	505
1.	La cause : la protection de l'intégrité de la masse	505
2.	Les correctifs à l'absence de droit au partage	509
a.	Le correctif principal : le droit de céder sa position	509
b.	Un compromis : le retrait	511
§ 2.	LA MISE EN ŒUVRE DU PARTAGE	513
A.	<i>L'indivision, forme de transition vers le partage</i>	514
1.	La transformation automatique	514
2.	L'effet déclaratif du partage	516
B.	<i>L'égalité, âme des partages ?</i>	518
1.	L'inégalité quant au contenu des lots	519
a.	La liberté de déterminer <i>ex ante</i> le contenu des lots	520
b.	Améliorer l'égalité : le développement des attributions préférentielles	520
2.	Inégalité dans le partage et libéralités	522
	Chapitre 2 Assumer le passif ?	529
	Section I L'obligation personnelle aux dettes communes	532
§ 1.	LE PAIEMENT DIRECT DES DETTES COMMUNES	533
A.	<i>L'obligation aux dettes communes en présence d'une personne morale</i>	534
1.	Un retour à la cotitularité originelle	534
2.	Les conséquences de la qualification : deux exemples	536
B.	<i>Le caractère spécifique de l'obligation personnelle au paiement des dettes communes</i>	539
1.	La subsidiarité de l'engagement des patrimoines personnels	539
2.	L'application temporelle de l'obligation aux dettes communes	542
§ 2.	LA RÉPARTITION DU PASSIF EN INTERNE	546
A.	<i>La contribution pendant la propriété commune</i>	546

1.	La dépendance du propriétaire en commun face aux appels à contribution	546
2.	L'exposition au recours en contribution émanant d'un copropriétaire	550
B.	<i>La contribution lors de la liquidation</i>	553
1.	Le rééquilibrage des masses	553
2.	Le sort des dettes communes après le partage	556
Section II L'immunité du propriétaire : la responsabilité limitée		559
§ 1.	POURQUOI LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE ?	559
A.	<i>Trois justifications</i>	560
1.	Protéger l'investisseur passif	561
2.	Permettre l'appel à l'épargne publique	562
3.	Développer l'entrepreneuriat	564
B.	<i>Les coûts de la responsabilité limitée : l'atteinte aux créanciers communs</i>	565
1.	L'atteinte minimale faite aux créanciers institutionnels	566
2.	Deux catégories sensibles : les salariés et les victimes de délits	568
a.	Les salariés	568
b.	Les victimes de délits	570
§ 2.	LES LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE	572
A.	<i>Les déchéances en cas de perte de justification</i>	573
1.	L'implication du propriétaire	573
2.	Le non-respect du projet entrepreneurial	575
B.	<i>Responsabilité limitée et responsabilité civile</i>	579
1.	Pour un nouveau cas de responsabilité pour autrui ?	579
a.	La faute est-elle un critère pertinent ?	580
b.	Faut-il se limiter aux groupes de sociétés ?	582
2.	Vers d'autres modes de conciliation	583
Annexe : Liste des formes de propriété commune		599

Bibliographie	605
Ouvrages juridiques	605
MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX	605
OUVRAGES SPÉCIAUX	610
Thèses	610
Monographies	614
Encyclopédies	616
ARTICLES	616
DROITS ÉTRANGERS	632
Histoire	636
SOURCES	636
TRAVAUX	637
Ouvrages non juridiques	640
Index	643
Table des matières	651