



HAL
open science

La gestion des biens d'autrui

Quentin Prim

► **To cite this version:**

Quentin Prim. La gestion des biens d'autrui. Droit. Université de Bordeaux, 2021. Français. NNT : 2021BORD0260 . tel-03474116

HAL Id: tel-03474116

<https://theses.hal.science/tel-03474116>

Submitted on 10 Dec 2021

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.

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT
SPECIALITE DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Quentin PRIM**

LA GESTION DES BIENS D'AUTRUI

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Jean-Marie PLAZY

Soutenue publiquement le 05 novembre 2021

Membres du jury :

Mme CHAMOULAUD-TRAPIERS, Annie
Professeur à l'Université de Limoges

M. DELMAS-SAINT-HILAIRE, Philippe
Professeur à l'Université de Bordeaux

M. LIBCHABER, Rémy
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, *rapporteur*

Mme NAUDIN, Estelle
Professeur à l'Université de Strasbourg, *rapporteur*

M. PLAZY, Jean-Marie
Professeur à l'Université de Bordeaux, *directeur de thèse*

Mme SCHILLER, Sophie
Professeur à l'Université Paris Dauphine, *présidente du jury*

REMERCIEMENTS

Alors que s'achève ce long trajet, je me rends compte qu'ils sont nombreux ceux qui ont participé de près ou de loin à son accomplissement. J'aimerais tous les citer, mais ce qui suit cette page est probablement déjà suffisamment dense.

Je souhaite exprimer ma profonde reconnaissance envers le Professeur Jean-Marie Plazy, pour m'avoir accordé sa confiance et son soutien pendant ce parcours, pour ses conseils et ses remarques toujours pertinents, et pour son infinie sympathie. Il a su me donner l'autonomie nécessaire et a été pour moi un guide d'une grande stabilité et d'une grande pédagogie.

Je tiens à remercier les Professeurs Annie Chamoulaud-Trapiers, Philippe Delmas-Saint-Hilaire, Rémy Libchaber, Estelle Naudin et Sophie Schiller, pour m'avoir fait l'honneur de participer au jury de cette thèse.

Je voudrais également témoigner ma reconnaissance auprès des Professeurs Cécile Arnaudin, Philippe Delmas-Saint-Hilaire, Nader Hakim et Guillaume Wicker pour les échanges fructueux qui ont fait évoluer ma pensée pendant toute cette période.

Je remercie aussi l'Université de Bordeaux pour m'avoir permis de réaliser ce travail de recherche, et plus particulièrement l'IRDAP et l'ensemble de ses membres et collaborateurs, représentés par le Professeur Ronan Raffray, pour leur accueil et leur sympathique soutien. J'ajoute mes remerciements aux collaborateurs de la scolarité, des Bibliothèques universitaires et de l'école doctorale, dont l'écoute et l'efficacité m'ont permis d'organiser au mieux mes recherches.

A tous les doctorants, collègues et amis avec qui j'ai pu partager cette expérience, et plus particulièrement à ceux qui ont participé à la relecture de mes écrits, Pierre-Nicolas Gleize et Damien Nègre, j'adresse un grand merci.

Pour leur patience, leurs encouragements et leur soutien inconditionnel, je remercie chaleureusement mes amis et ma famille. Ils sont à l'origine de mon parcours et j'espère que le résultat les rendra fiers.

Enfin, mes derniers remerciements vont à Manon, pour tout ce qu'elle a fait pour moi et bien plus encore. Sa présence fut inestimable.

LISTE DES ABREVIATIONS

al. : Alinéa	C. civ. rou. : Code civil roumain
AJ contrat : Actualité Juridique Droit des contrats	C. com. : Code de commerce
AJ fam. : Actualité Juridique Droit de la famille	C. env. : Code de l'environnement
AJDI : Actualité Juridique Droit de l'immobilier	C. mon. fin. : Code monétaire et financier
APD. : Archives de philosophie du droit	C. pén. : Code pénal
Art. : Article	C. pr. civ. : Code de procédure civile
Ass. plén. : Cour de cassation, assemblée plénière	C. pr. civ. ex. : Code des procédures civiles d'exécution
BDP : Bibliothèque de droit privé	C. prop. int. : Code de la propriété intellectuelle
BRDA : Bulletin Rapide Droit des Affaires	C. trav. : Code du travail
Bull. ANSA : Bulletin de l'Association Nationale des Sociétés par Actions	CA : Cour d'appel
Bull. civ., ass.plén. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière)	CASF : Code de l'action sociale et des familles
Bull. civ., ch. mixte : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre mixte)	Cass. : Cour de cassation
Bull. civ. I, II, III, IV ou V : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles : respectivement les 1 ^{ère} , 2 ^{ème} et 3 ^{ème} chambres civiles, Chambre commerciale et chambre sociale)	CC : Conseil constitutionnel
Bull.crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)	CCC : Contrats, concurrence, consommation
Bull. Joly : Bulletin Joly	CE : Conseil d'Etat
BJB : Bulletin Joly Bourse	CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
BJS : Bulletin Joly Sociétés	Chap. : Chapitre
C. C. Q. : Code civil québécois	Chron. : Chronique
C. civ. : Code civil	Civ. 1 ^{ère} , Civ. 2 ^{ème} , Civ. 3 ^{ème} : Cour de cassation chambres civiles

CSDH : Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

D. : Recueil Dalloz

D. H. : Dalloz hebdomadaire

D. P. : Dalloz périodique

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

Dir. : Direction

Doctr. : Doctrine

Dr. et pat. : Droit et patrimoine

Dr. Fam. : Droit de la famille

Dr. pénal : Droit pénal

Dr. sociétés : Droit des sociétés

éd. : Edition

ét. : Étude

Ex. : Exemple

Fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Ibid. : Ibidem

J.-Cl. (Civil, Pénal...) : Juris-Classeur

JCP G : Juris-Classeur Périodique, édition générale

JCP E : Juris-Classeur Périodique, édition Commerce et industrie

JCP N : Juris-Classeur Périodique, édition notariale et immobilière

J. O. : Journal officiel

L. : Loi

LPA : Les Petites affiches

Mél. : Mélanges

N° : Numéro

Obs. : Observations

Op. cit. : Opere citato

Ord. : Ordonnance

p. : Page(s)

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses Universitaires de France

PULIM : Presses universitaires de Limoges

Rappr. : Rapprocher

RCA : Responsabilité civile et assurances

RCLJ : Revue critique de législation et de jurisprudence

RD ban. fin. : Revue de droit bancaire et financier

RDA : Revue de droit d'Assas

RDC : Revue de droit des contrats

RDI : Revue de droit immobilier

Rép. civ. : Répertoire civil

Rép. com. : Répertoire commercial

Rép. immo. : Répertoire immobilier

Rép. proc. civ. : Répertoire procédure civile

Resp. civ. et assur. : Responsabilité civile et assurance

RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé

Rev. gén. dr. méd. : Revue générale de droit médical

Rev. Soc. : Revue des sociétés

RFDA : Revue française de droit administratif

RHDFE : Revue historique de droit français et étranger

RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale

RJO : Revue juridique de l'Ouest

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires

RLDC : Revue Lamy Droit Civil

RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique

S. : Sirey (Recueil)

Soc. : Cour de cassation chambre sociale

Somm. : Sommaire

Spéc. : Spécialement

t. : Tome

Trad. : Traduction

V. : Voir

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LA NOTION DE GESTION DES BIENS D'AUTRUI

Titre 1 : L'origine de la gestion des biens d'autrui

Chapitre 1 : La redéfinition de la propriété

Chapitre 2 : Le transfert de gestion

Titre 2 : La finalité de la gestion des biens d'autrui

Chapitre 1 : Les contraintes de gestion

Chapitre 2 : La satisfaction de l'intérêt du propriétaire

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA GESTION DES BIENS D'AUTRUI

Titre 1 : L'action du gestionnaire dans l'intérêt du propriétaire

Chapitre 1 : L'ouverture de la gestion

Chapitre 2 : L'exercice de la gestion

Chapitre 3 : La fin de la gestion

Titre 2 : L'efficacité de la gestion auprès des tiers

Chapitre 1 : Les modes de relations avec les tiers

Chapitre 2 : Les champs d'application des modes de relations avec les tiers

INTRODUCTION

1. Fonction du droit – « 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. »¹

Le droit est un outil de régulation sociale.² Son rôle premier est d'assurer la cohésion entre les membres d'un groupe, à travers la prévention et la résolution de leurs conflits. L'une des principales sources de conflits est, et a toujours été, le partage des ressources entre les membres du groupe. C'est pourquoi le droit positif se doit, en tant que système normatif, de régir à la fois l'attribution et la protection des ressources créées par le groupe.³ Pour cela, il fait usage de la technique de l'appropriation : il désigne une entité, groupement ou individu, attributaire définitif d'une part de la production, qui pourra ultimement la consommer. Dans un système individualiste, cette entité est en principe une personne individuelle qui bénéficie exclusivement des ressources attribuées.

Mais le destinataire de la ressource n'est pas nécessairement celui qui maîtrise sa production ou qui a la charge de son entretien. Comment expliquer sinon qu'un enfant ou une personne mentalement déficiente puisse être considérée comme étant propriétaire ? De même, son absence peut nécessiter de devoir confier ses biens à une personne de confiance pour la continuité de leur exploitation. Il est également parfois intéressant de choisir une personne que l'on considère comme plus compétente pour s'occuper de la conservation ou l'amélioration de ses biens, afin d'en optimiser l'usage. Chaque fois, il est nécessaire de désigner un tiers chargé de cette fonction, qui aura des prérogatives sur les choses dont d'autres auront l'usage. Se pose alors une question fondamentale, celle de la gestion des biens d'autrui.

¹ R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », in *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, Éditions La Mémoire du Droit, coll. Références, 2001, p. 325.

² « Qui s'intéresse au droit autrement qu'en simple technicien sait qu'il est une discipline de régulation sociale et qu'il lui revient à ce titre d'assurer le fonctionnement le plus harmonieux possible de la société des hommes. » W. DROSS, « La propriété à l'épreuve de la préservation et du partage des ressources naturelles », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 30.

³ A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation : Essai à la lumière du droit russe*, Paris, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2008, p. 8 ; F. OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 205 et s., spéc. p. 208. V. aussi W. DROSS, *Droit civil : Les choses*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, n° 2 : « Donner à chacun le sien est la grande affaire du droit. La répartition des choses entre les hommes est sa tâche première : c'est pour cela que la matière est essentielle. »

2. Évolution historique – Le besoin de gestion par autrui a historiquement toujours existé, mais les techniques permettant d’y pourvoir ont fortement évolué dans le temps.⁴ Le droit romain archaïque ne connaît pas d’autre moyen de confier la gestion de ses biens à un tiers que le transfert de propriété, à charge pour lui de les restituer en fin de mission.⁵ Cette opération est néanmoins risquée car étant considéré comme le propriétaire, le gestionnaire peut disposer des biens confiés ou se les faire saisir par l’un de ses propres créanciers. Pour faire face à ces difficultés, et grâce au perfectionnement du droit positif, de nouvelles techniques sont progressivement inventées pour éviter le transfert de propriété, telles que le gage, le dépôt, le commodat ou le mandat⁶, ou pour permettre de partager les utilités d’un bien et donc la charge de sa gestion, comme l’usufruit.⁷

Durant le Moyen-Âge, les techniques perfectionnées des romains tombent en désuétude, et le recours au transfert de propriété se fait de nouveau, sous l’influence des règles coutumières franques.⁸ Toutefois, le partage des utilités des biens immobiliers connaît un essor sans précédent, du fait de la conception abstraite de la propriété féodale.⁹ A partir du XII^{ème} siècle, la redécouverte du droit romain encourage le développement, parallèle au transfert de propriété, d’autres techniques.¹⁰ Progressivement, l’amélioration de la publicité permet le transfert d’informations et l’intégration de mécanismes comme l’hypothèque¹¹ ou le mandat social.¹²

L’avènement du Code civil est également celui de la représentation, utilisée dans la plupart des régimes, encore actuellement : mandat, droit des régimes matrimoniaux,

⁴ B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d’autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 9 et s.

⁵ La *fiducia cum amico* en est le modèle-type. Sur la fiducie romaine, v. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010, n° 476 ; A. MAGES, M. CHEYNET DE BEAUPRE, « La fiducie-gestion : aspects historiques », RLDC, 2019, n° 168.

⁶ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 477.

⁷ B. BALIVET, « L’émergence de l’usufruit en tant que mode d’administration autonome du bien d’autrui », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

⁸ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 14. Le *fideicommiss* est une survivance de la *fiducia* romaine influencée par les coutumes franques. Il se rapproche des substitutions graduelles, particulièrement utilisées par la noblesse pour conserver des biens au sein de la famille (A. MAGES, M. CHEYNET DE BEAUPRE, art. préc.). Le but de ces mécanismes est de confier la propriété de biens successoraux à une personne (un tiers pour le *fideicommiss*, un héritier pour la substitution graduelle), à charge pour elle de les conserver et de les transmettre ensuite aux héritiers (le destinataire de la substitution doit conserver les biens jusqu’à sa propre mort).

⁹ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, n° 8.

¹⁰ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 17 et s. L’auteur cite notamment le régime de l’absence, fondé sur une sorte d’usufruit, et le mandat, dont la représentation parfaite devient progressivement une caractéristique à partir du XVI^{ème} siècle.

¹¹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 764.

¹² E. CHEVREAU, « Aux origines romaines de la gérance », RDC, 2012, p. 11 ; P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges en l’honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 273-288 ; B. FAGES, « La représentation en droit des groupements », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 125-135.

successions, droit des personnes protégées...¹³ A partir du XIX^{ème} siècle, elle fait l'objet d'un véritable engouement, et s'étend à d'autres régimes encore, notamment aux propriétés collectives (indivision, copropriété des immeubles bâtis...). La période d'inflation législative contemporaine entraîne la création de nouveaux régimes venant répondre à de nouveaux besoins, en particulier pour la gestion de biens complexes ou immatériels qui nécessitent une expertise professionnelle. Ainsi, le législateur a intégré le fonds commun de placement parmi les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)¹⁴ et a fait une place à un nouveau type de fiducie, impliquant la création d'un patrimoine d'affectation.¹⁵ De nouvelles institutions comme le mandat à effet posthume¹⁶, le mandat de protection future¹⁷ ou l'habilitation familiale¹⁸ ont été introduites pour pallier l'incapacité d'un propriétaire à gérer ses propres biens. Enfin, la jurisprudence admet désormais la création de nouveaux droits réels sur la chose d'autrui, adaptés à chaque situation particulière, multipliant ainsi les possibilités de partage des utilités d'un bien.¹⁹

3. Diversité des régimes – Ainsi, le droit positif offre de nombreuses techniques visant à répondre aux besoins de gestion de biens par autrui. On peut citer à l'emporte-pièce le mandat²⁰, la commission²¹, la gestion d'affaires²², le dépôt²³, les régimes de protection des

¹³ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 20 et s. Pour les personnes protégées, v. T. FOSSIER, L. PECAUT-RIVOLIER, « Réforme des tutelles : la protection des intérêts patrimoniaux », *AJ fam.*, 2007, p. 167.

¹⁴ V. l'étude de T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD civ.*, 1991, p. 1 sur cette introduction et ses conséquences.

¹⁵ L. n° 2007-211 du 19/02/2007. Sur cette réforme et les suivantes, v. R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois*, 2007, n° 15, p. 1094 et n° 17, p. 1194 ; C. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie : propos critiques », *D.* 2007, p. 1350 ; A-S. COURTIER, « La fiducie et le principe d'unité du patrimoine », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 46, p. 3 ; M. GRIMALDI, R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670.

¹⁶ C. BRENNER, « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2559 ; M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Defrénois*, 2007, n° 1, p. 3 ; B. VAREILLE, « Le mandat à effet posthume », *LPA*, 28/06/2007, n° 123, p. 16.

¹⁷ D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois*, 2009, p. 142 ; L. LEVENEUR, « Intérêts et limites du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 571-582.

¹⁸ G. RAOUL-CORMEIL, « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie en la forme et au fond », *D.* 2015, p. 2335.

¹⁹ J. FRANCOIS, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », *D.* 2019, p. 1660 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété », *D.* 2020, p. 1689.

²⁰ Art. 1984 et s. C. civ.

²¹ Art. L. 132-1 et s. C. com.

²² Art. 1301 et s. C. civ.

²³ Art. 1915 et s. C. civ.

majeurs²⁴, l'administration légale²⁵, le mandat à effet posthume²⁶, le mandat de protection future²⁷, ou le régime de l'absence.²⁸ En élargissant le spectre à la gestion d'un groupement de biens, s'y ajoutent l'indivision²⁹, le fonds commun de placements ou de titrisation³⁰, la communauté conjugale³¹, voire même les personnes morales comme la société³² ou le syndicat de copropriété des immeubles bâtis³³ et les procédures collectives qui s'y appliquent et confient leur gestion à un tiers.³⁴ D'autres régimes ont une place plus ambiguë, et certaines de leurs caractéristiques font douter de leur intégration à cette liste. La fiducie³⁵ est-elle réellement un régime de gestion des biens d'autrui, alors que certains considèrent qu'elle implique un transfert de propriété ? De même, les droits sur la chose d'autrui comme le prêt à usage³⁶, le bail³⁷, l'usufruit³⁸ ou les sûretés réelles avec dépossession³⁹ confèrent certaines prérogatives de gestion au titulaire du droit, mais il les exerce surtout dans son propre intérêt. Le contrat d'entreprise⁴⁰ permet à l'entrepreneur d'exercer des actes matériels sur un bien qui peut éventuellement appartenir au donneur d'ordre : peut-on pour autant l'assimiler aux autres régimes ?

Nous estimons qu'une acception large du sujet mérite d'être adoptée, quitte à exclure dans un second temps les éléments qui ne correspondraient pas aux critères retenus. Dans tous ces exemples, des normes juridiques désignent une personne qui n'est pas propriétaire exclusive des biens administrés et lui attribuent des prérogatives quant à la conservation ou l'exploitation

²⁴ Art. 425 et s. et 494-1 et s. C. civ. Les mesures d'accompagnement administrative (art. L. 271-1 et s. CASF) et judiciaire (art. 495 et s. C. civ.) peuvent y être rattachées mais portent uniquement sur la perception et la gestion de prestations sociales.

²⁵ Art. 382 et s. C. civ.

²⁶ Art. 812 et s. C. civ.

²⁷ Art. 477 et s. C. civ.

²⁸ Art. 112 et s. C. civ.

²⁹ Art. 815 et s. (indivision légale) et 1873-1 et s. C. civ. (indivision conventionnelle).

³⁰ Art. L. 214-8 et s. C. mon. fin.

³¹ Art. 1401 et s. C. civ. On peut y ajouter les règles spécifiques relatives à l'indivision entre partenaires pacsés (art. 515-5-1 et s. C. civ.) et la société d'acquêts (G. YILDIRIM, « Séparation de biens », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 45 et s.).

³² Art. 1832 et s. C. civ. ; art. L. 221-1 C. com.

³³ L. n° 65-557 du 10/07/1965.

³⁴ Art. L. 631-12 et art. L. 641-9 I C. com.

³⁵ Art. 2011 et s. C. civ.

³⁶ Art. 1875 et s. C. civ.

³⁷ Art. 1713 et s. C. civ. Les baux spéciaux comme les baux commerciaux ou d'habitation et les autres droits sur des immeubles (servitude, emphytéose, droit de superficie...) ou la location-gérance sont également concernés ici.

³⁸ Art. 578 et s. C. civ. Il faut y ajouter tous les autres droits réels qu'une personne peut avoir sur le bien d'autrui (droit d'usage et d'habitation, droits réels de jouissance spéciale...).

³⁹ Art. 2337 (gage avec dépossession) et 2387 et s. C. civ. (gage immobilier). On peut y ajouter le droit de rétention (art. 2286 C. civ.), bien qu'il ne s'agisse pas d'une sûreté à proprement parler.

⁴⁰ Le régime du contrat d'entreprise est très divers car dépend du contrat spécial mis en œuvre, mais on peut y trouver un droit commun au sein du Code civil (art. 1787 et s.).

de ces biens. On retrouve des points communs entre eux, mais aussi de nombreuses divergences : leur source (conventionnelle, judiciaire ou légale), les pouvoirs du gestionnaire, les rapports avec les tiers... Faut-il tenter de les rassembler autour de règles et principes communs, ou vaut-il mieux prendre acte de leur diversité et les analyser séparément ?

4. Droit comparé – Des législations étrangères ont sauté le pas et fait le choix de créer un droit commun de la gestion des biens d'autrui.⁴¹ Le droit québécois est en ce sens précurseur.⁴² La réforme du Code civil de 1991 a introduit un « Titre septième » dédié à l'administration du bien d'autrui.⁴³ Le but avoué était de créer un droit commun pour unifier les règles relatives à ce domaine, qui ne serait pas fondé sur celles du mandat ni sur celles du *trust*.⁴⁴ L'article 1299 délimite le champ d'application de ce régime.⁴⁵ Celui-ci est volontairement large et exclut uniquement les règles applicables aux personnes morales, les droits sur la chose d'autrui et les prestations de service.⁴⁶ Sont distinguées la simple et la pleine administration, selon le critère de la finalité de la gestion (conservation de la valeur des biens ou réalisation d'une plus-value).⁴⁷ Surtout, le régime comporte une série d'obligations fondamentales communes à tous les gestionnaires, telles que la loyauté, la prudence et la diligence, et des mécanismes communs impératifs (régulation des conflits d'intérêts, actes

⁴¹ D'autres, comme les droits russe ou néerlandais, ont préféré introduire uniquement un contrat spécial consacré à la gestion des biens d'autrui, inspiré par le *trust* anglo-saxon. Les droits anglo-saxons constituent des systèmes fondamentalement différents des droits continentaux, ce qui rend la comparaison difficile en droit des biens (B. NICHOLAS, « Le langage juridique des biens dans la Common Law », APD, 1979, p. 55-65). L'outil principal utilisé pour la gestion des biens d'autrui est le *trust*, mais il est utilisé pour de nombreuses autres finalités également (L. CHAMBAZ, « Le mandat posthume, le *trust* et la fiducie », RLDC, 2006, n° 33).

⁴² M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000 ; « L'administration des biens d'autrui dans le Code civil du Québec », *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 3, 2004, p. 17-26. L'auteur, adepte de la théorie du pouvoir, considère que cette dernière constitue le fondement théorique à toute la construction législative, et regrette que cela ne soit pas explicite au sein des textes (*ibid.*, n° 14).

⁴³ Art. 1299 à 1370 C. C. Q.

⁴⁴ M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, *op. cit.*, n° 52 et s.

⁴⁵ « Toute personne qui est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui. Les règles du présent titre s'appliquent à une administration (*sic*), à moins qu'il ne résulte de la loi, de l'acte constitutif ou des circonstances qu'un autre régime d'administration ne soit applicable. »

⁴⁶ M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, *op. cit.*, n° 71 et n° 151 et s. C'est ce qui permet à cet auteur d'évoquer la théorie du pouvoir, puisque tous les mécanismes qui n'en usent pas sont exclus.

⁴⁷ Art. 1301 et 1306 C. C. Q. M. CANTIN CUMYN, « L'administration des biens d'autrui... », art. préc. Sont notamment soumis à la simple administration le tuteur du mineur (art. 208 C. C. Q.), le liquidateur d'une succession (art. 802 C. C. Q.), le gérant d'une indivision (art. 1209 C. C. Q.) ou d'un syndicat de copropriété (art. 1085 C. C. Q.), et le créancier hypothécaire ayant obtenu le délaissement du bien (art. 2768 C. C. Q.). Sont notamment soumis à la pleine administration le curateur du majeur (art. 282 C. C. Q.), le liquidateur des biens d'une personne morale (art. 360 C. C. Q.), le fiduciaire (art. 1278 C. C. Q.), et le créancier hypothécaire ayant pris possession à des fins d'administration (art. 2773 C. C. Q.).

interdits, reddition de compte..).⁴⁸ La proximité du droit québécois et du droit français interroge sur la pertinence d'introduire un régime semblable, ou du moins de s'en inspirer, mais il faut rappeler que le premier est également fortement influencé par la *common law*, ce qui implique un usage bien plus important en pratique de la fiducie et donc la nécessité de prévoir un régime adapté.⁴⁹

Le Nouveau Code civil roumain s'est inspiré du droit québécois pour introduire son propre droit commun de l'administration des biens d'autrui aux articles 792 et suivants.⁵⁰ Il s'applique par défaut à tous les cas d'administration des biens d'autrui, sauf disposition légale contraire.⁵¹ Est qualifié d'administrateur des biens d'autrui « toute personne qui est chargée, en raison d'un legs ou d'une convention, d'administrer un ou plusieurs biens, une masse patrimoniale ou un patrimoine qui n'est pas le sien ». ⁵² Le régime est sensiblement le même que celui du droit québécois ; nous nous référerons donc plutôt à ce dernier dans la suite de nos développements.

5. Études doctrinales – L'influence de ces exemples en droit comparé questionne la pertinence d'une unification des régimes au sein du droit français. La gestion des biens d'autrui a donc logiquement fait l'objet de quelques études doctrinales. Un premier groupe d'auteurs s'est intéressé de manière partielle ou accessoire à la question.⁵³ Les thèses sur la représentation⁵⁴ et l'intermédiation⁵⁵ sont ainsi nombreuses. De manière plus complète, les adeptes de la théorie du pouvoir juridique ont recherché le fondement des prérogatives d'une personne sur la situation juridique d'une autre.⁵⁶ Ils se bornent toutefois aux seuls régimes qui, selon eux, mettent en œuvre un pouvoir juridique, ce qui exclut à la fois ceux qui sont fondés sur un droit subjectif, ceux qui mettent en œuvre des actes matériels et la gestion d'affaires. Dans une autre optique, Pierre-François Cuif a proposé la consécration d'une nouvelle

⁴⁸ Art. 1308 et s. C. C. Q.

⁴⁹ M. CANTIN CUMYN, « L'administration des biens d'autrui... », art. préc., n° 14.

⁵⁰ V. STOICA, « Commentaire introductif au Livre III : Des biens », in *Nouveau Code civil roumain*, Paris, Dalloz, 2013, p. 173-186.

⁵¹ Art. 794 C. civ. rou.

⁵² Art. 792 C. civ. rou.

⁵³ V. les nombreuses références citées par B. BALIVET, *op. cit.*, n° 2.

⁵⁴ Pour les plus récentes, v. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982 ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000.

⁵⁵ G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris, Sirey, 1950 ; D. L'HÔTE, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne : De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Lille, ANRT Diffusion, coll. Thèse à la carte, 2002 ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007.

⁵⁶ V. notamment E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985 ; M. CANTIN CUMYN, « Le pouvoir juridique », *McGill Law Journal*, 2007, n° 52, p. 215-236.

technique contractuelle, le contrat de gestion, qui se substituerait à plusieurs régimes aujourd'hui distincts.⁵⁷ Sa thèse ne répond néanmoins qu'à un seul des besoins pratiques qui composent la gestion des biens d'autrui, à savoir l'exploitation d'une activité par une personne plus qualifiée. Ce faisant, il met de côté les régimes de source extracontractuelle ou qui répondent à un besoin différent.⁵⁸

Deux auteurs ont cependant réfléchi à une véritable prise en compte de tous les régimes de gestion des biens d'autrui et ont proposé une théorie générale pour les unifier.⁵⁹ Frédérique Julienne a, dans un article, recensé les divers points communs qui les relient et tenté d'en faire ressortir des règles communes.⁶⁰ Sa théorie reste cependant attachée à celle du pouvoir juridique, ce qui restreint son champ d'application. Elle permet néanmoins de relever certaines convergences entre les différents régimes.

La thèse de Béatrice Balivet est en ce sens bien plus complète.⁶¹ Son mérite est d'englober dans son étude tous les régimes précités, et de ne pas se limiter à ceux qui impliquent l'existence d'un pouvoir juridique. La raison en est qu'elle prend comme point de départ les besoins pratiques auxquels répond la gestion des biens d'autrui. Elle analyse alors les techniques utilisées pour y répondre, et les divise en trois, selon le fondement utilisé : le pouvoir, la propriété ou la détention. Elle en déduit qu'à chacun de ces fondements correspond une finalité spécifique et une protection plus ou moins intense du géré.⁶² Si nous adhérons à de nombreux points de sa thèse, la méthode utilisée nous semble pouvoir être critiquée car elle implique une division relativement stricte des différentes techniques, alors qu'elles paraissent en réalité pouvoir répondre à différents besoins. De plus, de nouveaux mécanismes ont intégré le droit positif depuis la rédaction de cette thèse et amènent des questionnements renouvelés.

6. Objectif de la thèse – Notre travail s'inscrit à la suite de ces précédents, qui sont somme toute peu nombreux. Il vise à proposer l'unification de l'ensemble des régimes de gestion des biens d'autrui, dans une perspective la plus large possible. Ce qui implique de

⁵⁷ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2004, VI.

⁵⁸ De même, v. G. FLATTET, *op. cit.* Sa proposition nous servira néanmoins à identifier des éléments de régime pertinents pour nos propres développements.

⁵⁹ Qui mentionne également la possibilité d'une théorie générale : J.-M. PLAZY, « Ouverture », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 39-42, n° 2. Il ajoute : « Les interrogations sont communes, mais reçoivent des réponses différentes selon les types de gestion envisagés. »

⁶⁰ F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », *RRJ*, 2008-3, p. 1323-1338.

⁶¹ Elle vise explicitement à proposer une théorie générale de la gestion de biens d'autrui (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 2).

⁶² *Ibid.*, n° 700 et s.

répondre à deux questions : la première est celle de la manière d'unifier ces régimes et la seconde est celle de leur délimitation. A ces deux interrogations, il convient d'apporter une réponse d'ordre méthodologique.

L'unification des régimes pose la question de la technique juridique à mettre en œuvre pour le faire. Doit-on préconiser un droit commun de la gestion des biens d'autrui, comme l'ont fait le Québec et la Roumanie, ou préférer se contenter d'une théorie générale ?⁶³ La question est importante. Le droit commun renvoie à un ensemble de règles fixes qui s'appliquent à défaut d'une règle spéciale. Dès lors qu'une situation de fait répond aux critères de la qualification en question (ici, la gestion des biens d'autrui), ces règles vont s'y appliquer de manière subsidiaire.⁶⁴ La constitution d'un droit commun est donc l'apanage du législateur, puisqu'il vise à créer du droit. Bien que la science du droit, en raison de son objet, soit à la fois descriptive et performative⁶⁵, il nous semble que le rôle du chercheur n'est pas de substituer d'autres solutions à l'état du droit existant, mais de proposer une clé de lecture pour organiser et articuler les normes juridiques, et d'orienter leur interprétation pour une application cohérente et efficace.⁶⁶

C'est tout l'intérêt d'une théorie générale. Celle-ci vise à proposer un système cohérent d'interprétation des règles sans les modifier, en les articulant autour de principes généraux.⁶⁷ Il s'agit d'un « phénomène doctrinal »⁶⁸ dénué de tout aspect normatif direct. La construction

⁶³ Les deux expressions sont souvent confondues, alors qu'elles désignent bien deux mécanismes très différents. V. notamment J. HAUSER, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », RLDC, 2011, n° 83, p. 69, qui constate le manque de définition de la notion de théorie générale mais semble plutôt proposer un droit commun de la protection, prônant la création de règles communes. V. sur ce sujet N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2016, n° 51.

⁶⁴ N. BALAT, *op. cit.*, n° 839 et s. Le droit commun peut aussi être défini comme l'ensemble des règles communes à un ensemble de régimes distincts, mais son rôle est alors descriptif et non performatif.

⁶⁵ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », APD, 1979, p. 259-272.

⁶⁶ « La doctrine juridique, lorsqu'elle s'affirme comme telle, se conçoit avant tout comme une aide à la décision prise par d'autres, à savoir le législateur et le juge. » D. GUTMANN, « La fonction sociale de la doctrine juridique », RTD civ., 2002, p. 455.

⁶⁷ « Le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée. » D. MARTIN, Préface de la thèse de J. DUCLOS, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1998. V. aussi la définition donnée par P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 230 et s. : « un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures. » Pour une critique de cette opération, v. S. PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », RTD civ., 2009, p. 417 et N. DISSAUX, « Les standards doctrinaux », RDA, 2014, n° 9, p. 36, qui y voient une manière de « scientifier le droit » en ne retenant que les règles considérées comme pertinentes et occultant les autres. Ce faisant, elle aurait une portée normative et pas uniquement didactique, et rigidifierait le droit positif au profit d'une conception idéologique particulière. Ces remarques sont pertinentes mais omettent le fait que le caractère normatif de la théorie n'est obtenu que si elle est consacrée par la loi ou la jurisprudence (P. DEUMIER, « Existe-t-il une doctrine positive ? », RTD civ., 2006, p. 63).

⁶⁸ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 443 ; N. BALAT, *op. cit.*, n° 52.

d'une théorie générale fait partie intégrante du travail du théoricien en droit, puisqu'elle consiste en la présentation d'une organisation logique des règles du droit positif, articulée autour de principes et de concepts.⁶⁹ Elle est une solution à l'éparpillement des normes car elle les présente de manière didactique, ce qui permet aux praticiens de s'appuyer sur la construction proposée pour produire de nouvelles règles cohérentes vis-à-vis des précédentes.⁷⁰ Comme tout travail doctrinal, la théorie générale comporte un aspect politique, dans la mesure où elle implique une sélection des normes pertinentes et le choix de fondements qui dépendent de la subjectivité de chaque auteur.⁷¹ Son évolution doctrinale, sa faculté à répondre aux problèmes pratiques et théoriques et sa confrontation aux nouvelles normes du droit positif permettent d'évaluer sa pertinence dans le temps.

L'objectif de cette thèse est de démontrer qu'il est possible de construire une théorie générale de la gestion des biens d'autrui. Une telle proposition répondrait à la diversification des régimes par une unification bienvenue, sans réformer le droit positif. Dégager des principes au fondement des nombreuses techniques mises en œuvre donnerait des clés d'interprétation pour les praticiens, qui sauraient quelle finalité ils doivent viser dans l'application des règles.⁷² L'intérêt théorique de cette opération est également important, car les travaux sur le sujet de la gestion des biens d'autrui restent rares. D'autant plus que de nouvelles interrogations se font jour en droit des biens, intégrant les enjeux environnementaux ou les nouvelles technologies. Un éclairage neuf sur les anciennes notions serait pertinent pour introduire ces innovations et les articuler avec les normes existantes.

7. Délimitation du sujet – Cet objectif nécessite toutefois de délimiter un champ d'étude, afin de savoir quels mécanismes doivent être intégrés au sein de la théorie. Le travail de définition est le rôle principal dévolu à tout théoricien du droit, qui doit l'exercer en toute liberté et avec pour seul but de proposer une réponse adaptée au problème auquel il fait face et

⁶⁹ C. PERELMAN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », APD, 1966, p. 25-43, n° 12 ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, n° 17.

⁷⁰ « Une théorie générale ne consiste pas à réduire à l'unité l'explication d'un phénomène mais à rendre compte dans une explication d'ensemble de la diversité de ses manifestations. » G. WICKER, « La notion de patrimoine », in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244, n° 7.

⁷¹ N. DISSAUX, art. préc.

⁷² « La théorie générale est un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures. » P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 230 et s.

pour seules limites celles de la logique juridique.⁷³ Cette étape, indispensable, est cependant plus délicate qu'elle en a l'air, puisqu'elle nécessite de revenir sur chacun des termes de l'expression. Or, tous font l'objet de débats théoriques et pratiques insolubles. Il nous appartiendra de revenir dessus et d'apporter un point de vue sur chacun, ce qui aura une incidence fondamentale pour la suite.

Il convient tout d'abord de définir les termes nécessaires à la compréhension de la notion de gestion des biens d'autrui : la personne, le bien et la gestion.

La notion de personne

8. Rôle de la notion – La notion de personne est fondamentale en droit civil car elle permet de déterminer les entités agissantes et bénéficiaires du monde juridique. Plus précisément, il s'agit ici de définir à qui correspond « l'autrui » dont on gère les biens, c'est-à-dire celui qui peut avoir la qualité de propriétaire. En effet, cette qualité nécessite au préalable celle de personne juridique. Il est donc important de sélectionner les critères permettant de reconnaître les entités potentiellement propriétaires.

9. Personne abstraite et personne concrète – Avant toute chose, il convient de présenter une première distinction doctrinale entre la conception abstraite de la personne et sa conception concrète.⁷⁴ La première est une approche fonctionnelle qui identifie la personne au sujet de droits⁷⁵, dans la mesure où elle doit répondre à une fonction d'imputation de droits et de devoirs. La personnalité est alors attribuée par le droit positif selon des critères artificiels qu'il détermine, variables selon les lieux et les époques.⁷⁶ La seconde définit la personne selon

⁷³ « Faisant « table rase », reprenant les questions à zéro, c'est à lui, à chacun de ceux qui, à un moment donné, s'attaquent à l'entreprise, de poser la classification et les concepts, et les qualifications qui s'ensuivent, en toute liberté par rapport à tous « préjugés », ne connaissent comme guide et comme critères que les lois élémentaires de la logique et les principes de la valeur scientifique des idées. » C. PERELMAN, art. préc., n° 12. V. aussi J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD civ., 1984, p. 255.

⁷⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2^{ème} éd., 2013, p. 12 et s. ; P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, t. 1, 39^{ème} éd., 2019, n° 98 (qui parlent de « sens précis » et de « sens large ») ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244, n° 9 et s. (qui étudie le passage d'une notion à l'autre).

⁷⁵ Le terme « droit » peut être mis au singulier ou au pluriel ici. Dans le premier cas, il renvoie au « sujet DU droit », dans un sens objectiviste, comme l'entité active par opposition à l'entité passive, l'objet de droit. Dans le second cas, il revêt un sens plus subjectiviste, renvoyant au titulaire de droits subjectifs. La distinction n'a aucune influence en pratique, nous préférons user du pluriel par simple souci de commodité et d'habitude.

⁷⁶ Selon un auteur, la personne morale serait ainsi le modèle du sujet de droits, en tant que corps artificiel susceptible de relations avec autrui. X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le*

un critère substantiel et rattache cette qualité à la nature d'être humain, dans le but de protéger le corps humain et la dignité.⁷⁷

Il nous faut dès à présent rejeter cette seconde approche, non pas en raison de la solution qu'elle propose⁷⁸, mais du fait du raisonnement qu'elle suit. La personnalité est une notion juridique, elle est déterminée socialement et ne peut se fonder sur des critères substantiels. *A priori*, aucun être ne peut prétendre à la personnalité juridique, parce qu'elle remplit une fonction politique qui doit être déterminée en amont. Rappelons que le terme « personne » dérive du latin « *persona* », qui désigne le masque porté par les comédiens.⁷⁹ La personnalité est un costume qui ne se confond pas avec l'être qui le porte et qui attribue un rôle sur le théâtre juridique. Les personnes sont les entités reconnues dignes d'agir dans le monde juridique, auxquelles on attribue des droits et des devoirs.⁸⁰ C'est la raison pour laquelle les qualités d'être humain et de personne juridique peuvent ne pas être confondues.⁸¹

Reste ensuite à déterminer quels critères le droit positif retient pour accorder la personnalité juridique, et selon quels fondements. La question semble ne plus vraiment être d'actualité, la doctrine préférant se concentrer plus spécifiquement sur la notion de personne morale, laissant de côté celle de personne en général. Le débat ressurgit néanmoins ponctuellement pour savoir s'il faut accorder la personnalité à telle ou telle entité, remettant au goût du jour la pensée d'auteurs presque oubliés. Il nous semble important de revenir sur les thèses principales qui ont été exprimées sur le sujet pour démontrer quels sont les enjeux théoriques de la définition de personne. Ce faisant, nous pourrions exposer notre propre

sujet des droits fondamentaux, Paris, Dalloz, 2003, n° 361. Dans le même sens, R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », RTD civ., 1981, p. 785 (l'auteur distingue les notions de personne et de sujet de droits).

⁷⁷ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 17 ; I. MARIA, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », JCP G, 2009, doctr. 149. Dans ce sens : G. CORNU, *Les personnes*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 6 ; X. LABBEE, « Faut-il personnifier la voiture autonome ? », D. 2019, p. 1719.

⁷⁸ Nous aboutirons finalement peu ou prou au même résultat, cf. *infra*, n° 22.

⁷⁹ A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthémis, 2013, p. 15-17.

⁸⁰ « La personne est un organisme exerçant une activité propre dans le fonctionnement de la vie sociale. » R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé : Patrimoine d'affectation*, thèse de doctorat, Paris, 1951, p. 5. Cf. également G. GOUBEAUX, « Personne morale, droit des personnes et droit des biens », in *Aspects du droit commercial français : études dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 203 ; R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », RTD civ., 2003, p. 166. Pour une présentation des philosophies qui sous-tendent l'idée d'une « conception relationnelle » de la personne, cf. X. BIOY, *op. cit.*, p. 193 et s. et p. 260 et s. Selon un auteur, la personnalité juridique a pour fonction d'octroyer la faculté de s'approprier des biens (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ., 2006, p. 445).

⁸¹ On cite généralement l'exemple des esclaves en droit romain, qualifiés de *persona* au sens du droit naturel mais de *res mancipi* au sens du droit civil. Cf. P. GARNSEY, *Penser la propriété : De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, éd. Les Belles Lettres, 2^{ème} éd., trad. Alexandre Hasnaoui, 2013, p. 146-148.

conception, issue des théories antérieures, qui permettra de donner un point de départ théorique à notre thèse.

Sujet-volonté et sujet-intérêt

10. Savigny contre Ihering – La controverse sur la nature de la personnalité juridique s’est déroulée entre la fin du XIX^{ème} siècle et le début du XX^{ème} entre deux juristes allemands.⁸² Le premier, Savigny, est un disciple de Kant : selon lui, la personnalité est fondée sur le concept de volonté.⁸³ Seules les entités dotées d’une volonté rationnelle et autonome, et susceptibles de l’exprimer, sont qualifiées de personnes.⁸⁴ Par conséquent, seules les personnes physiques entrent dans cette catégorie *de facto*. Les personnes morales et les personnes physiques inaptes à exprimer une volonté ne sont pas naturellement des personnes⁸⁵ et ont besoin de l’intervention de la loi pour qu’on leur accorde cette qualification, à travers une fiction juridique. Cette conception présente toutefois des failles du fait de l’utilisation de la fiction, que certains auteurs ont tenté de corriger en admettant la possibilité d’une volonté collective caractéristique d’un sujet de droits.⁸⁶

Pour combler ces insuffisances, un autre auteur, Ihering, a proposé une théorie inverse. Plutôt que de s’intéresser au sujet actif, il s’est concentré sur le sujet destinataire. Inspiré par Hegel, il estime que la personnalité ne peut émaner que de la puissance étatique, à travers la reconnaissance d’un intérêt digne d’être protégé.⁸⁷ Le sujet n’est pas issu de relations interindividuelles mais d’une puissance juridique supérieure. Il n’existe donc aucun sujet

⁸² Pour un exposé très complet des thèses en vigueur au début du XX^{ème} siècle, cf. A. GOROVTSEFF, « La lutte autour de la notion de sujet de droit », *RTD civ.*, 1926, p. 877-972. Également sur ce débat, cf. G. WICKER, *Les fictions juridiques : Contribution à l’analyse de l’acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 168 et s. ; I. MARIA, art. préc.

⁸³ Sur les origines du subjectivisme de Savigny, cf. B. SCHMIDLIN, « La personne individuelle, pierre angulaire du système du droit moderne », in B. SCHMIDLIN (dir.), *Personne, société, nature : La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l’écologie moderne*, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg, coll. Enseignement du 3^{ème} cycle de droit 1994, 1996, p. 3-12.

⁸⁴ « La personne juridique est l’être humain individualisé, conçu comme ayant une existence propre et caractérisée essentiellement par son unicité (individualité) son intériorité (conscience de soi), sa rationalité (faculté de raisonnement), et son autonomie (volonté libre et faculté de se donner des normes). » A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, v. « Personne ».

⁸⁵ V. par ex. R. MARTIN, « Personne, corps et volonté », *D.* 2000, p. 505. Pour une thèse radicale, qui admet uniquement la personnalité des « sujets de disposition » et pas celle des « sujets de jouissance », cf. E. HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, Leibnitz, Duncker et Humblot, 1905.

⁸⁶ A. GOROVTSEFF, art. préc., p. 883.

⁸⁷ R. von IHERING, *L’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marescq, 3^{ème} éd., trad. O. de Meulenaere, t. 4, 1877-1878, p. 315-352. Dans le même sens, E. BEKKER, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, Berlin, F. Mauke, 1871, p. 3.

naturel et toute entité peut se voir attribuer la qualité de personne dès lors que le droit positif reconnaît qu'elle est importante. Le recours à la fiction n'est pas nécessaire puisque par essence, toute personne est issue d'une reconnaissance juridique.⁸⁸

11. Théories intermédiaires – De nombreux auteurs adhèrent en partie à chaque conception et les remodelent.⁸⁹ Ils construisent des théories intermédiaires dont celle dite des centres d'intérêts, qui propose de reconnaître des degrés de personnalité permettant une adaptation des régimes applicables à chaque personne et d'intégrer ainsi des entités dignes d'être protégées mais n'exprimant aucune volonté (animaux, enfants à naître, monuments historiques...).⁹⁰ Elles remettent ainsi en cause la *summa divisio* entre les personnes et les choses, instaurant des catégories intermédiaires.⁹¹

12. Enjeux – On pourrait penser que ces débats sont vains et purement théoriques. Ce serait se fourvoyer gravement. Le choix d'un critère d'attribution de la personnalité juridique est une question fondamentale, qui a des justifications politiques et philosophiques et de grandes conséquences juridiques. Les questionnements les plus contemporains le prouvent : la personnalité juridique des animaux⁹², des robots⁹³, de la nature⁹⁴ sont sources de nombreux conflits opposant des arguments juridiques bien souvent justifiés par des conceptions idéologiques.⁹⁵ De même, le concept de personnalité a des impacts sur le droit des groupements : faut-il avoir la personnalité pour avoir la capacité pour agir au nom du groupe ?

⁸⁸ G. WICKER, *Les fictions juridiques*, op. cit., n° 171 et s.

⁸⁹ D'autres rejettent les deux théories en admettant qu'il puisse exister des sujets de droits sans personnalité : les patrimoines d'affectation (A. von BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. 1, Erlangen, A. Deichert, 1857, § 52-62 ; E. BEKKER, op. cit., p. 1 et s.) et certains vont jusqu'à contester l'existence même de la notion de personne (L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), Paris, Dalloz, 2003, p. 174 et s.).

⁹⁰ E. BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Persönlichkeit*, 1890 ; G. JELLINEK, *System Der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, 1892 ; F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 90 ; G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ., 2002, p. 221. L'idée a été systématisée par Demogue qui adopte une vision utilitariste en souhaitant reconnaître la qualité de « sujet de jouissance » à tout être vivant susceptible de ressentir de la satisfaction ou de la douleur (R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, La Mémoire du Droit, 2001, p. 331) ainsi qu'aux entités auxquelles on attribue un but visant à satisfaire des intérêts humains (*ibid.*, p. 344 et s.).

⁹¹ A. GOROVITSEFF, art. préc., p. 930 et s.

⁹² Cf. *infra*, n° 16.

⁹³ A. BENSAMOUN, G. LOISEAU, « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », Dalloz IP/IT, 2017, p. 239 ; X. LABBEE, art. préc.

⁹⁴ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », D. 2017, p. 1040 ; A. GAILLARD, « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », D. 2018. 2422. Cf. également *infra*, n° 17.

⁹⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La notion de personne : tentative de synthèse », D. 2017, p. 2046

Le groupe personnifié a-t-il un intérêt supérieur autonome ? Et ceux qui ne le sont pas ? La nécessité d'apporter une réponse claire et cohérente à ces interrogations se fait ressentir, car un choix politique précipité aurait des conséquences importantes sur les notions juridiques fondamentales.

13. Conception retenue – La définition de la personne juridique passe nécessairement par un choix politique qu'il nous faut assumer.⁹⁶ Il doit évidemment être justifié par des considérations techniques. Une décision devant être prise, nous préférons nous ranger derrière la théorie du sujet-intérêt. D'une part, parce que nous rejetons la conception concrète de la personne juridique. Il n'y a pas de qualité naturelle nécessaire pour devenir une personne. D'autre part, parce que la théorie du sujet-volonté et ses dérivés voient dans le sujet actif le modèle de la personne, celle qui a atteint sa complétude. Or, notre thèse repose sur l'idée que le droit n'a pas vocation à régir uniquement les rapports entre les entités agissantes, il a pour fonction première de satisfaire et d'organiser les intérêts humains.⁹⁷ Certes, le sujet actif est indispensable au fonctionnement du système juridique, il en est le moteur ; mais il n'en est pas la fin, comme le moteur d'un véhicule n'est qu'un outil au service du système entier qu'est la machine, qui est elle-même au service de son conducteur. Le droit est une machine artificielle, un instrument social. C'est pourquoi lui seul est apte à déterminer quels sont les bénéficiaires de ses effets, les personnes.

Il nous semble que ces éléments mènent à la conclusion que la théorie du sujet-intérêt est la plus pertinente en l'état. Il convient cependant d'aller plus loin que cette simple affirmation et de la démontrer, ce qui nécessite de définir ce qu'est l'intérêt, ce qui nous permettra ensuite de préciser quelles entités doivent recevoir la qualité de personne juridique.

La notion d'intérêt

14. Avantage, sujet ou rapport – L'intérêt est un concept équivoque, source de beaucoup de confusion.⁹⁸ N'étant pas une notion purement juridique, il est difficile de l'intégrer dans une réflexion sans le définir. Il renvoie à trois réalités et trois usages différents.

⁹⁶ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2003, p. 105 ; C. GAZEAU, « La personne morale, un enjeu sociétal », D. 2020, p. 1132.

⁹⁷ Cf. *supra*, n° 1.

⁹⁸ « Notion-clé, notion passe-partout de la législation moderne, elle se dérobe aux définitions. » J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 103. Cf. également A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Paris,

A un premier niveau, l'intérêt est défini comme un avantage objectif ou une prérogative. C'est dans ce sens que Ihering définit le droit subjectif comme un « intérêt juridiquement protégé ». ⁹⁹ Il est alors un objet ayant une certaine valeur ou une certaine utilité attribuée à un sujet, et c'est la question de son contenu et de sa distribution qui importe. ¹⁰⁰

A un deuxième niveau, il est assimilé au sujet. ¹⁰¹ C'est ainsi que certains auteurs justifient la qualification de personne juridique des personnes morales ou des animaux : ils auraient la qualité de sujet parce qu'ils disposent d'un intérêt autonome ou parce qu'ils représentent un intérêt à défendre (selon la préférence de l'auteur envers la théorie du sujet-volonté ou celle du sujet-intérêt). Au lieu de conclure à une protection objective de l'entité et d'attribuer son bénéfice à un tiers, c'est l'inverse qui se produit : la chose est personnifiée, ce qui est censé lui accorder une protection par nature et empêche son appropriation.

Enfin, à un troisième niveau, l'intérêt est un rapport d'évaluation entre le sujet et l'objet : il est une technique permettant d'apprécier la valeur d'un objet vis-à-vis d'un sujet. ¹⁰² On constate cette utilisation à travers les notions d'intérêt social ou d'intérêt de l'enfant : ce n'est ni l'avantage en question ni la nature de la personne qui est désigné, mais le rapport entre les deux. Ces concepts sont en fait des techniques visant à apprécier si un avantage correspond bien

thèse de doctorat, 1975, p. VI et s. ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, n° 282 et s. ; E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, p. 157. Un auteur le définit comme la « monnaie du droit », dans le sens où il s'agit d'une notion souple servant de passerelle entre le droit et les matières extrajuridiques (F. OST, *op. cit.*, p. 13).

⁹⁹ R. von IHERING, *op. cit.*, p. 319. Dans le même sens, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 69 ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, t. 1, 1961, p. 241 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, thèse de doctorat, 1965, n° 222.

¹⁰⁰ Dans ce sens : « Dans cette diversité il y a, toutefois, un fonds commun : l'idée de valeur, d'avantage. L'intérêt est ce qui motive les individus à agir. » T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 582. V. aussi R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1990, p. 35 et s., qui relie l'intérêt à l'objet d'un acte juridique.

¹⁰¹ Sur ce sujet, v. E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 283. V. par ex. R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.*, 1909, p. 630 ; J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial : Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932, p. 4 et p. 116.

¹⁰² Dans ce sens, J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, n° 34 ; M.-H. FRAYSSINET, *La notion d'intérêt en droit administratif*, Toulouse, thèse de doctorat, 2000, p. 21 et s. ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 182 ; E. DOCKES, *op. cit.*, p. 157 ; T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Nanterre, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2014, n° 68 ; F. OST, *op. cit.*, p. 23 : « L'intérêt est la valeur dans son rapport particulier avec le sujet et ses buts ». Néanmoins, l'auteur utilise la notion également en tant qu'avantage de même nature qu'un droit subjectif (F. OST, *ibid.*, p. 35 et s. ; il cite par ailleurs l'article de Gervais mentionné *supra*). En revanche, il parle bien de « sujets d'intérêts » pour désigner les personnes (*ibid.*, p. 72 et s.). Le professeur Wicker s'en sert à la fois pour justifier l'existence de la personne et comme technique d'orientation des décisions (G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 250 ; G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 29-31).

aux attentes et aux besoins de la personne de référence.¹⁰³ Elle permet de déterminer si un acte va « dans l'intérêt » de ce sujet ou non.¹⁰⁴

Il nous semble que la troisième approche est la plus pertinente et la plus opératoire en droit positif. Les deux autres sont soit trop objective, soit trop subjective. En tant que simple avantage, l'intérêt n'a que peu d'utilité, d'autant plus qu'il peut être difficile de qualifier objectivement la valeur d'une chose.¹⁰⁵ Il se confond alors avec d'autres concepts, ceux de bien ou de droit subjectif. Assimilée à la personne, la notion ne sert plus à rien puisqu'elle est intégrée dans une autre. De plus, son utilisation est artificielle puisqu'elle revient à qualifier arbitrairement les personnes juridiques sans apporter de réel critère. En tant que technique juridique, elle révèle toute sa complexité et son étendue.¹⁰⁶ Par conséquent, l'intérêt doit être défini comme une technique d'appréciation de la conformité d'un acte avec les attentes et les besoins d'une personne.¹⁰⁷ Il relie l'avantage objectif au sujet qui en est bénéficiaire, permettant de déterminer quelle est la valeur du premier à l'égard du second.

Ainsi, la personne est l'entité titulaire d'un intérêt, c'est-à-dire celle dont les attentes et besoins doivent être pris en compte et satisfaits. La notion d'intérêt présente une utilité directe pour notre sujet, car elle va avoir un rôle prépondérant dans le cadre de la gestion. Le cœur du problème réside dans la détermination des intérêts dignes d'être satisfaits.

Les titulaires d'intérêt

La personne est l'entité titulaire d'un intérêt que le droit consent à satisfaire. Un critère de sélection doit dès lors être proposé, sans quoi les relations juridiques deviendraient éminemment complexes du fait de la multiplication des acteurs en jeu. En effet, la reconnaissance d'une personne implique d'une part le respect de sa qualité, donc de ses droits fondamentaux et de son intérêt, et d'autre part la possibilité d'une action directe ou indirecte visant à satisfaire ses besoins, à travers la création de relations juridiques, dont l'appropriation des biens. Trois catégories de personnes potentielles seront étudiées : les êtres humains (i.), les entités individuelles protégées (ii.) et les êtres abstraits (iii.).

¹⁰³ C'est ainsi que la notion est utilisée dans le cadre du contrôle de l'exercice d'un pouvoir, par ex. E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 214 et s. ; P. DIDIER, *op. cit.*, p. 129 et s. ; E. DOCKES, *op. cit.*, p. 158-159.

¹⁰⁴ Le conflit d'intérêts est alors une situation dans laquelle un gestionnaire doit satisfaire deux objectifs distincts et divergents, représentés par deux intérêts contraires. Cf. *infra*, n° 282.

¹⁰⁵ Cf. *infra*, n° 33.

¹⁰⁶ Un auteur démontre bien le lien entre l'aspect objectif et l'aspect subjectif de la notion d'intérêt (G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 108).

¹⁰⁷ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 182.

15. Fondement et limites – Il nous semble évident et nécessaire que l'être humain soit qualifié de personne juridique de sa naissance à sa mort. Parce que le droit est au service de l'homme, c'est ce dernier qui doit en être l'ultime bénéficiaire.¹⁰⁸ L'humanisme, l'individualisme et le subjectivisme du droit occidental, et particulièrement du droit français, le justifient.¹⁰⁹ Ce constat n'est pas dû à une qualité naturelle mais à une reconnaissance légale, un choix du législateur et par conséquent de la société. Il s'agit de « la réception immédiate par l'ordre juridique de cette réalité naturelle qu'est l'individu ».¹¹⁰ L'être humain né et vivant est donc une personne juridique (ce que nul ne conteste par ailleurs), qualifiée de « physique ».

La personnalité physique comporte néanmoins des limites temporelles.¹¹¹ D'abord, seul l'être humain né vivant et viable peut y prétendre.¹¹² La jurisprudence l'a déjà rappelé à plusieurs reprises et la loi confirme que l'embryon et le fœtus sont exclus de cette catégorie.¹¹³ L'adage *infans conceptus*, qui permet de reconnaître de manière rétroactive la personnalité à un enfant à naître parce qu'il y va de son intérêt¹¹⁴, n'y fait pas exception. En effet, pour obtenir la qualité de sujet de droits, il doit nécessairement naître vivant et viable.¹¹⁵

¹⁰⁸ « *Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...* » (« Tout le droit étant établi en faveur des personnes... »). D. 1.5.2. Le terme « *hominum* » renvoie aux personnes humaines, esclaves compris, et pas uniquement aux personnes juridiques.

¹⁰⁹ C'est ce qu'exprime le premier article de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. »

¹¹⁰ G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 23.

¹¹¹ J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique », Dr. Fam., 2012, n° 9, dossier 4.

¹¹² P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 9^{ème} éd., 2017, p. 29 et s. ; B. TEYSSIE, *Droit des personnes*, Paris, LexisNexis, 22^{ème} éd., 2020, n° 27 et s. ; P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 106. C'est pourquoi l'avortement est autorisé et ne constitue pas un homicide (art. L. 2212-1 et s. et L. 2213-1 CSP) et que l'enfant né non-viable ne peut pas faire l'objet d'une filiation (art. 318 C. civ.), ni succéder (art. 725 C. civ.), ni être destinataire d'une libéralité (art. 906 C. civ.). L'enfant mort-né n'est pas considéré comme ayant eu la personnalité, bien qu'il puisse faire l'objet d'un acte d'enfant sans vie (art. 79-1 al. 2 C. civ.).

¹¹³ Cass. Ass. plén., 29/06/2001, n° 99-85973, Bull. crim., n° 165 ; D. 2001. 2907, note J. PRADEL ; D. 2001. 2917, note Y. MAYAUD ; JCP 2001. II. 10569, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE ; Cass. Crim., 25/06/2002, n° 00-81359 ; D. 2002. 3099, note J. PRADEL ; D. 2002. 2475, chron. O. SAUTEL ; D. 2003. 243, obs. S. MIRABAIL ; D. 2003. 660, obs. F. PLANCKEEL ; Just. et cass. 2005. 181, rapp. F. ROCHETEAU ; RSC 2003. 91, obs. B. BOULOC ; RSC 2003. 95, obs. Y. MAYAUD. La Cour européenne des droits de l'Homme refuse de se prononcer sur la question en raison de l'absence de consensus européen sur le sujet (CEDH, 08/07/2004, *VO c/ France* ; D. 2004.2456, note J. PRADEL, 2535, obs. I. BERRO-LEFEBVRE, 2754, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, 2801, chron. E. SERVERIN ; RJP 2004/9.48, chron. N. FRICERO ; RTD civ. 2004, p. 799, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD civ. 2004, p. 740, obs. J. HAUSER).

¹¹⁴ Art. 725 et 906 C. civ. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 10/12/1985, n° 84-14328.

¹¹⁵ Repousser les effets de la personnalité antérieurement à la naissance ne signifie pas qu'il avait cette qualité auparavant, il s'agit uniquement d'une exception à l'imputation de certains effets patrimoniaux, dont l'une des conditions au transfert (l'existence d'une personne juridique destinataire au jour de la transmission) est abandonnée. C'est à l'égard de cette transmission que la loi fait exception, pas envers la personnalité juridique de l'enfant, qui apparaît nécessairement à sa naissance. J. HAUSER, art. préc., n° 9. *Contra*, G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 177 et s.

Ensuite, la personnalité juridique disparaît lors du décès.¹¹⁶ Les textes et la jurisprudence sont, là aussi, très clairs à ce sujet : le cadavre n'est pas une personne¹¹⁷ et les droits personnels du défunt ne survivent pas après lui.¹¹⁸ Précisons que certains événements sont assimilés au décès et produisent les mêmes effets. Anciennement, la mort civile mettait fin à la personnalité juridique à titre de sanction, mais elle a été abolie. Aujourd'hui, les mécanismes d'absence¹¹⁹ et de disparition¹²⁰ jouent toujours ce rôle lorsque la mort ne peut pas être constatée mais qu'elle est présumée.¹²¹

Mises à part ces limites temporelles, la qualité d'être humain suffit à se voir reconnaître la personnalité juridique sans autre condition.¹²² Ainsi, tout être humain, de sa naissance (vivant et viable) à sa mort (constatée ou présumée), est une personne juridique.

ii. Les entités individuelles concrètes

16. Exclusion de la personnalité – Qu'en est-il des autres entités concrètes dont la protection est assurée par le droit ? Ce bénéfice est-il la preuve d'un intérêt digne d'être reconnu ? Nous faisons ici référence à ce que certains auteurs nomment les « centres d'intérêts »¹²³ : les animaux, les monuments historiques, l'enfant à naître, le cadavre... Tous disposent d'un régime spécifique empêchant d'y porter certaines atteintes. Y voyant donc un intérêt reconnu, on pourrait imaginer que celui-ci soit satisfait par le biais d'un gestionnaire qui prendrait les actes nécessaires, comme s'il s'agissait de personnes vulnérables soumises à un régime de protection. Certains pensent également à y inclure les robots et intelligences artificielles, décelant en eux un simulacre de volonté du fait qu'ils prennent des décisions.¹²⁴

¹¹⁶ P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, p. 36 et s. ; P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *op. cit.*, n° 108.

¹¹⁷ B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 347. Ce qui n'empêche pas sa défense en tant que bien protégé (cf. *infra*, n° 132) : art. 16-1-1 C. civ. (respect dû au corps humain), art. 225-17 C. pén. (interdiction de profaner des tombeaux et sépultures), art. L. 1232-1 CSP (encadrement des prélèvements d'organes post-mortem).

¹¹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/2005, n° 03-18302 ; Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2005. 597 ; D. 2005. 2643, obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. BIGOT ; RTD civ. 2005. 363, obs. J. HAUSER. Concernant la succession et l'idée d'une « continuation de la personne », cf. *infra*, n° 123.

¹¹⁹ Art. 112 et s. C. civ.

¹²⁰ Art. 88 et s. C. civ.

¹²¹ B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 407 et s. et 438 et s. ; P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *op. cit.*, n° 110 et s.

¹²² C'est pourquoi elle ne se réduit pas aux nationaux et s'étend à toute l'humanité.

¹²³ Cf. *supra*, n° 11.

¹²⁴ Ce qui est faux en réalité, ils ne font que respecter les instructions de leur programme. Ce qui est appelé aujourd'hui « intelligence artificielle » est en réalité du *machine learning*, un procédé technique qui permet à un logiciel de déterminer à partir d'une base de données les critères de sélection correspondant à telle ou telle catégorie et usant ensuite des critères découverts à des fins de classification, pouvant mener à une prise de décision.

Il nous semble fondamentalement erroné d'adopter un tel mode de pensée. D'abord, la comparaison avec les personnes vulnérables est selon nous inadaptée et contradictoire avec l'évolution du droit des personnes protégées, qui tend à leur reconnaître le maximum d'autonomie, et leur permet d'exprimer leur volonté. Or, même si nous n'adhérons pas à la thèse du sujet-volonté en raison de sa difficulté d'application, la volonté reste un élément central de la personnalité car elle permet de donner une grille de référence pour apprécier l'intérêt.¹²⁵ Même une personne dans le coma peut avoir une volonté qu'il convient d'interpréter. Il s'agit d'une question de dignité humaine. Par ailleurs, la personnalité est un attribut social, elle permet la création de relations juridiques interpersonnelles, à la fois extrapatrimoniales (filiation, conjugalité...) et patrimoniales (relation créancier/débiteur). Reconnaître la personnalité juridique à de telles entités revient à admettre qu'elles puissent avoir ce type de relations, et donc un patrimoine.¹²⁶ Mais de quoi pourrait-il être composé ? Elle implique également l'idée de responsabilité, ce qui signifie que la personne doit se soumettre consciemment dans son comportement à la norme juridique.¹²⁷ Quelle responsabilité peut-on reconnaître au robot ou à l'animal qui causerait un dommage, sans qu'il ait conscience des règles à respecter ?¹²⁸ Enfin, il nous semble que la personnalité doit rester une notion unitaire, insusceptible de degrés.¹²⁹ Les effets qu'elle produit (attribution de droits fondamentaux et d'un patrimoine, faculté d'être responsable et de conclure des actes juridiques) ne sont pas facultatifs.

En réalité, les critères prétendument identifiés qui devraient les faire accéder à la personnalité ne sont pas propres aux entités considérées. L'intérêt protégé n'est pas celui de l'animal, du cadavre ou du monument, c'est celui de l'humanité, qui considère selon ses valeurs morales qu'il est nécessaire de ne pas y porter atteinte.¹³⁰ La volonté manifestée n'est pas celle du robot mais de celui qui l'a programmé ou de celui qui l'utilise. Ce sont eux qui doivent être tenus pour responsables en cas de dommage causé. C'est pourquoi toutes les entités concrètes

¹²⁵ Cf. *infra*, n° 178 et s.

¹²⁶ A. BENSAMOUN, G. LOISEAU, art. préc.

¹²⁷ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1994, p. 15.

¹²⁸ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. préc., qui alerte sur le fait que la personnalité du robot pourrait être une manière de déresponsabiliser ses concepteurs.

¹²⁹ *Contra* : F. OST, *op. cit.*, p. 82-83 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », *Dr. Fam.*, 2011, n° 5, étude n° 15 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, p. 209 ; G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, LexisNexis, 2009, p. 691-731 (qui distingue la « personnalité substantielle » et la « personnalité processuelle », caractérisant des degrés dans la personnalité).

¹³⁰ O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 1978, p. 182 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. préc.

qui ne sont pas des êtres humains nés vivants et viables doivent être qualifiées de choses, dont le régime peut être adapté afin d'assurer une protection de l'utilité qui leur est reconnue.

iii. *Les entités abstraites*

17. Universalités de fait – Reste la catégorie des entités abstraites, appelées « universalités ». Il s'agit de groupements de biens ou de personnes unifiés en tant que contenant.¹³¹ Il en existe deux sortes en droit positif : les universalités de fait et les universalités de droit. Les premières sont des regroupements de biens au sein d'une enveloppe unique, dont le point commun est lié à leur nature semblable (par exemple un troupeau ou une bibliothèque), à une affectation commune (comme le fonds de commerce), ou à un critère artificiellement défini (le patrimoine culturel ou l'environnement en font partie).¹³² Traditionnellement, les universalités de fait sont exclues de la qualification de personne car elles représentent surtout un instrument de simplification et d'unification de biens. Néanmoins, le débat s'ouvre autour de la reconnaissance de certaines d'entre elles en raison de la nécessité de leur protection, comme l'environnement, la biomasse ou plus localement certaines zones écologiques ou éléments naturels.¹³³ Les questionnements sont en réalité exactement les mêmes que pour les entités concrètes : on croit déceler un intérêt digne d'être personnifié là où il existe une protection juridique qui passe par la limitation des atteintes.¹³⁴ Il convient donc d'exclure les universalités de fait de la catégorie des personnes.

18. Universalités de droit – Les universalités de droit sont en revanche plus préoccupantes et focalisent le débat. Elles renvoient à la notion de patrimoine : il s'agit d'une

¹³¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 132 et s. « Constitue une universalité tout ensemble de biens qui se voit appliquer une ou plusieurs règles juridiques de manière uniforme, que ceci résulte de la loi ou d'une convention, dès lors que cette application uniforme ne se fait pas à chacun des biens pris isolément mais en tant qu'ils sont envisagés comme un tout. » D. HIEZ, *op. cit.*, p. 305. Pour M. Zénati, l'unification des éléments au sein de l'universalité s'explique par leur fongibilité (F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métémpsycose de la valeur) », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, n° 32, p. 632).

¹³² J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 2, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2017, n° 724.

¹³³ M.-A. HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois éditeur, 1988, p. 238 (proposition de reconnaissance de la personnalité de « zones de diversité biologique »); D. BOURG, *Une nouvelle terre*, Paris, Desclée de Brouwer, 2018 (reconnaissance de la personnalité du fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande); C. STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, Lyon, Le Passager clandestin, 2017 (proposition de reconnaissance de la personnalité des séquoias aux États-Unis). Sur les failles philosophiques de ces raisonnements, cf. J. NEWMAN, G. VARNER, S. LINQUIST, *Defending biodiversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Sur ce sujet, v. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, art. préc.

¹³⁴ A. GAILLARD, art. préc.

masse de biens à laquelle est associé un passif dont cette masse répond.¹³⁵ L'idée d'une personnification du patrimoine provient de la théorie d'Aubry et Rau, qui l'ont défini comme l'émanation juridique de la personne. Chaque personne a un patrimoine, alors à chaque patrimoine correspondrait une personne. Or, à partir du XIX^{ème} siècle, les développements du capitalisme et de projets économiques ambitieux ont nécessité la création de groupements où étaient distingués les dirigeants et les bailleurs de fonds.¹³⁶ Le but de ces institutions était de passer par la propriété collective pour récolter des financements tout en assurant aux investisseurs une limitation de leurs pertes, et en conservant le pouvoir de direction aux entrepreneurs à l'initiative du projet.¹³⁷ Pour ce faire, les juristes ont excipé le vieux mécanisme des personnes morales en l'adaptant aux enjeux de l'époque : le patrimoine créé acquiert la personnalité juridique conformément à la théorie d'Aubry et Rau, il est géré par des organes aux pouvoirs déterminés assimilés à des parties de la personne, et les investisseurs ne sont pas considérés comme étant propriétaires des biens qui le composent mais créanciers envers la personne nouvellement conçue.¹³⁸ Le mécanisme était tellement convainquant qu'il a été décliné sous de très nombreuses formes selon la finalité donnée au groupement (associations, fondations, congrégations...). Durant des décennies, les juristes ont tenté de justifier cette multiplication en recherchant le critère expliquant l'existence des personnes morales et leur nature profonde.¹³⁹ Finalement, un consensus se forme autour de l'idée que la personne morale est distincte de ses membres parce qu'elle dispose d'un intérêt propre et d'une organisation permettant l'expression de cet intérêt.¹⁴⁰

¹³⁵ Cf. *infra*, n° 137 et s. sur la notion de patrimoine.

¹³⁶ « La société anonyme est un merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises. » G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p. 106. Pour une critique par le « père » du capitalisme lui-même : « Les directeurs de ces sortes de compagnies étant les régisseurs de l'argent d'autrui plutôt que de leur propre argent, on ne peut guère s'attendre qu'ils y apportent cette vigilance égale et soucieuse que les associés d'une société apportent souvent dans le maniement de leurs fonds. » (A. SMITH, *La richesse des nations* (1776), Paris, éd. Garnier Flammarion, 1991, p. 366). Sur ce sujet, v. T. BONNEAU, « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés », *RTD com.*, 1988, p. 535, n° 66 et s.

¹³⁷ M. DAGOT, C. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus », *Rev. Soc.*, 1988, p. 1 ; F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 496.

¹³⁸ P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 227-241.

¹³⁹ Sur ce débat, cf. G. GOUBEUX, art. préc. ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc. ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 76 et s. ; G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 8 et s. ; B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 1310 et s.

¹⁴⁰ A l'origine de cette thèse, L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 3^{ème} éd., par L. TROTABAS, 1932, n° 45 et s. Consécration jurisprudentielle : Cass. Civ. 2^{ème}, 28/01/1954, *Bull. civ. II*, n° 32 ; D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, n° 7958, concl. L. LEMOINE (pour les comités d'établissement) ; Cass. Soc., 23/01/1990 ; *Rev. Soc.* 1990.444, note R. VATINET (pour les comités de groupe) ; Cass. Soc., 17/04/1991 ; *Rev. Soc.* 1992.53, chron. Y. GUYON (pour les comités d'hygiène et de sécurité).

Néanmoins, la fin du XX^{ème} siècle a donné lieu à des évolutions contradictoires avec les principes communément admis. D'une part, la notion de personnalité morale a été dévoyée puisque le législateur a admis qu'elle pouvait s'appliquer à des sociétés unipersonnelles : comment dans ce cas distinguer l'intérêt propre de la personne morale de celui de son unique membre ?¹⁴¹ La jurisprudence a également joué un rôle, admettant que l'intérêt social, supposé être autonome, pouvait en réalité se confondre avec l'intérêt commun des associés, et ce même lorsque la décision prise était directement contraire à l'intérêt objectif de la société.¹⁴² D'autre part, certains patrimoines isolés se sont vus reconnaître les mêmes effets que les personnes morales sans qu'on leur reconnaisse cette qualification, à tel point qu'il est aujourd'hui difficile de distinguer le réel critère justifiant la reconnaissance d'une personne morale d'un groupement non-personnifié.¹⁴³ Quelle différence y a-t-il réellement entre une EURL et un EIRL¹⁴⁴ ? Entre une SICAV et un fonds commun de placement¹⁴⁵ ? Entre une indivision¹⁴⁶ et une SCI ? Ces distinctions sont-elles fondamentalement liées à la qualité de personne ? Il nous semble nécessaire de remettre en cause les postulats qui entourent la personnalité morale.

19. Nature de l'intérêt social – En quoi est-elle originale au regard des autres groupements non-personnifiés ? Selon la doctrine dominante, la raison serait l'intérêt autonome que représente la personne morale. Cependant, il n'y a pas de véritable accord sur la nature de

¹⁴¹ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 11.

¹⁴² Cf. la jurisprudence autour du cautionnement de la société au bénéfice d'un tiers sans contrepartie (Cass. Com., 13/11/2007, n° 06-15826 ; Dr. soc. 2008, n° 32, obs. H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, n° 3, obs. J.-J. CAUSSAIN, G. WICKER et F. DEBOISSY ; RJDA 2/2008, n° 137 (SA) ; Cass. Com., 10/02/2015, n° 14-11760 ; BJS, 2015. 234, note F. DANOS ; Dr. Sociétés 2015. comm. 87, note H. HOVASSE (SCI) ; Cass. Com., 02/11/2016, n° 16-10363 (SCI) ; Cass. Com., 12/05/2015, n° 13-28504 ; D. 2015. 2427, obs. D. ROBINE ; JCP G 2016, doctr. 174, no 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 (SARL)). La solution n'est cependant pas figée et certains arrêts refusent par principe la conclusion d'un cautionnement dès lors qu'il est de nature à compromettre l'existence de la société (Cass. Com., 23/09/2014, n° 13-17347, Bull. civ. IV, n° 142). V. sur ce sujet M. DAGOT, C. MOULY, art. préc.

¹⁴³ P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, p. 203 et s., qui parlent de « semi-personnalité » à leur égard.

¹⁴⁴ A qui la loi dénie la personnalité morale : art. L. 526-6 C. com.

¹⁴⁵ *Idem* : art. L. 214-24-34 C. mon. fin.

¹⁴⁶ C'est la jurisprudence qui a exclu la personnalité morale de l'indivision. Ex. : Cass. Civ. 1^{ère}, 10/12/1968, Bull. civ. I, n° 319. Mais cette décision est antérieure à la loi n° 76-1286 du 31/12/1976, qui fait référence à l'intérêt commun des indivisaires et pourrait dès lors modifier la solution jurisprudentielle selon certains (G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 15 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 594). Elle l'a pourtant répétée ultérieurement (Cass. Civ. 3^{ème}, 03/10/2007, n° 06-16716, Bull. civ. III, n° 165 ; JCP 2008, n° 12, p. 24, n° 8, obs. H. PERINET-MARQUET ; Dr. et pat. n° 172, 2009. 96, obs. J.-B. SEUBE).

cet intérêt¹⁴⁷ : certains y voient un intérêt social transcendant les intérêts individuels¹⁴⁸ tandis que d'autres y voient un intérêt commun immanent, point de convergence des intérêts individuels des membres.¹⁴⁹ Les débats autour de la notion et les difficultés à déterminer un véritable intérêt propre à la personne morale démontrent bien selon nous l'inexistence d'un tel concept. Cela se justifie par le fait que la personne morale n'est pas un titulaire d'intérêt comme l'est la personne physique. L'intérêt de la personne morale se résume à celui de ses membres. On retrouve ici l'idée d'une convergence minimale des intérêts qu'il convient de respecter dans la prise de décision.¹⁵⁰ Ce constat permet d'opérer un rapprochement entre les groupements

¹⁴⁷ L'enjeu de ce débat est important : il conditionne l'orientation de la gestion de la société. Privilégier l'intérêt des associés, comme le préconise la *corporate governance*, courant dominant aujourd'hui (mais pour combien de temps encore ? Cf. la profession de foi des grands patrons américains du lobby Business Roundtable : <https://opportunity.businessroundtable.org/ourcommitment/>), implique parfois de rechercher en premier lieu la rentabilité à court terme permettant une évaluation des actions à la hausse. A l'inverse, préférer l'intérêt social permet d'inclure dans la gestion des objectifs de long terme comme la prospérité de l'entreprise ou le bien être des salariés. A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. Soc.*, 1984, p. 243 ; A. PIROVANO, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, p. 189 ; P. DIDIER, art. préc. ; J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 131-145 ; E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1998, n° 21-22 ; P. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement d'entreprise », *Rev. Soc.*, 1998, p. 5 ; « Le gouvernement d'entreprise en France », *Rev. Soc.*, 2003, p. 51. Pour une critique de la *corporate governance* : M. BERGERAC, A. BERNARD, « Fantaisie à deux voix », *D.* 2000, p. 315. Pour une présentation plus approfondie, cf. *infra*, n° 186.

¹⁴⁸ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, n° 187 et s. ; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, n° 378 ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967, p. 173 et s. ; R. CONTIN, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *Rev. Soc.*, 1968, p. 363 ; R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », art. préc., n° 20 ; P. BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. Soc.*, 1999, n° 1 ; A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Paris, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 329 et s., n° 22 et s. ; G. GOFFAUX-CAILLEBAUT, « La définition de l'intérêt social », *RTD com.*, 2004, p. 35 ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 145 ; P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 177. *Contra*, J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.*, 1971, p. 957 ; D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris, Joly, 2005, p. 359-369, qui y voient un instrument de police du droit des sociétés à géométrie variable. Pour une critique pertinente de la notion d'intérêt collectif, cf. E. DOCKES, *op. cit.*, p. 163 et s.

¹⁴⁹ D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, Joly, 2^{ème} éd., 2004, n° 11 et s. ; « De l'intérêt commun des associés », *JCP E*, 1994, p. 404 ; A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise », *D.* 1995, p. 163. Sur la notion d'intérêt commun, cf. T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 585 : « Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire plus qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie : *l'intérêt commun, c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes.* » G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 26 et s. assimilent l'intérêt de la personne morale à celui désigné dans l'acte constitutif du groupement (en principe, il s'agit des intérêts individuels des associés, mais il peut varier).

¹⁵⁰ Néanmoins, tenir compte de l'intérêt des associés n'empêche pas l'intégration d'objectifs de long terme. Pour cela, deux solutions sont possibles qui ne dépendent pas de la notion d'intérêt social : la première est l'intégration parmi les associés ou en les assimilant, de personnes qui ont intérêt à ce que la société soit pérenne, que certains auteurs nomment « parties prenantes » (salariés, institutions, cocontractants...) (cf. P. DIDIER, *op. cit.*, n° 270 et s. ; F.-G. TREBULLE, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *BJS*, 2006, p. 1337 et 2007, p. 7 ; N. CUZACQ, « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ? », *D.* 2017, p. 1844 ; P.-H. CONAC, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », *Rev. Soc.*, 2018,

personnifiés et ceux qui ne le sont pas. Pourquoi l'intérêt commun des associés serait-il différent de celui des indivisaires ? Il nous semble que la distinction ne se situe pas au sein de la notion d'intérêt autonome.

Néanmoins, il arrive que l'intérêt social soit invoqué pour justifier la sanction de certains actes qui vont à l'encontre de l'intérêt des associés mais semblent satisfaire l'intérêt du groupement lui-même. Ces situations ne sont en réalité pas liées à la personnalité morale, mais au mécanisme d'affectation : parce que la personne morale est toujours un patrimoine affecté, elle est soumise à certaines règles de gestion, ce qui n'en fait pas une personne juridique titulaire d'intérêt.¹⁵¹ De la même manière, certains patrimoines non-personnifiés peuvent être affectés à une fonction et par conséquent limiter les prérogatives de leur propriétaire.¹⁵²

20. Caractéristiques de la personnalité morale – Il convient de se concentrer sur la fonction technique de la personnalité morale : à quoi sert-elle ?¹⁵³ A l'origine, elle fut reconnue aux instances religieuses locales afin de leur permettre d'agir plus efficacement dans la vie juridique, en tant qu'intermédiaires entre les membres des congrégations religieuses et de l'Église dans son ensemble.¹⁵⁴ Le but qui leur a été prioritairement assigné était donc de permettre une expression collective servant à gérer les ressources d'un groupement unifié. Plus récemment, une seconde fonction leur a été attribuée. Les projets économiques d'envergure nécessitaient l'apport de nombreux investisseurs, mais dans sa forme originelle, démocratique et égalitaire, la société comportait des failles importantes. Le législateur a résolu le problème en restreignant les pouvoirs de gestion des bailleurs de fonds et en leur assurant une perte limitée

p. 558). La seconde est la modification de l'utilité de l'action : interdire sa cession pendant un certain temps, suspendre les dividendes ou les plafonner déplace leur fonction de rentabilité immédiate vers une volonté de placement à plus long terme. L'évolution de l'importance de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) démontre une volonté d'action en ce sens (D. PORACCHIA, D. MARTIN, « Regard sur l'intérêt social », Rev. Soc., 2012, p. 475, n° 15 et s.).

¹⁵¹ Cf. *infra*, n° 144 et s. sur l'affectation et son impact sur la gestion.

¹⁵² L'EIRL est un bon exemple : imaginons un entrepreneur individuel criblé de dettes personnelles. Il irait de son intérêt que son patrimoine professionnel lui transfère des liquidités pour éponger ces dettes. Or, un tel transfert est interdit car il porterait atteinte à l'affectation réalisée, qualificative d'une fraude (art. L. 526-12 C. com.).

¹⁵³ J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD civ. 1993, p. 705, n° 9 ; A. CONSTANTIN, art. préc.

¹⁵⁴ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 73-75. Selon un auteur, elles sont apparues afin de répondre à des questions pratiques aux XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, telles que l'attribution de biens issus d'un monastère abandonné ou la représentation de la communauté par un seul de ses membres. L'inspiration des juristes fut alors la succession en attente d'acceptation (*hereditas*) du droit romain (Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif à l'origine de la personne morale », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 951-960). Un auteur, citant Saleilles, fait remonter leur origine au droit romain, sous la forme d'une propriété collective autonome, avant la conceptualisation de la notion de personne juridique (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété... », art. préc. ; « La propriété collective existe-t-elle ? », art. préc., p. 596 et s.). V. aussi P.-F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1906, p. 233 et s.

au capital engagé : ainsi, ils étaient incités à participer sans être intégrés à la gestion courante. La personnalité morale a alors suivi une autre voie : celle d'un rempart entre la personne physique et les tiers, se traduisant par un passif propre limité à l'actif engagé.¹⁵⁵

Mais ces deux finalités ont débordé l'institution de la personne morale pour être étendues à de nouveaux mécanismes : la fiducie, l'EIRL, les indivisions conventionnelles, les fonds communs de placement, tous admettent peu ou prou des effets semblables à ceux de la personnalité morale.¹⁵⁶ Quelle est, par conséquent, sa réelle utilité technique ? Il nous semble qu'elle en comporte quatre de manière permanente, que l'on peut retrouver chez d'autres groupements de manière plus diffuse.¹⁵⁷

La première est la création d'un patrimoine isolé. En effet, toute personne morale dispose de son propre patrimoine, distinct de celui de ses membres.¹⁵⁸ Cependant, ce mécanisme existe dans bien d'autres groupements non-personnifiés¹⁵⁹, et l'étanchéité de ce patrimoine est variable dans les deux cas. Ainsi, il l'est presque complètement en cas de société à responsabilité limitée (mais également au sein d'un fonds commun de placement) et poreux dans les sociétés à responsabilité illimitée (tout comme dans la fiducie). Ce critère a l'avantage d'exclure certaines entités comme la famille, l'entreprise ou le groupe de sociétés, qui ne disposent pas d'un patrimoine isolé et sont des notions extrajuridiques.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Sur cette nouvelle finalité, cf. M. DAGOT, C. MOULY, art. préc. ; J. PAILLUSSEAU, art. préc., n° 13-14 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 139.

¹⁵⁶ B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.

¹⁵⁷ P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.*, p. 206-207 analysent l'utilité de la société par rapport à l'indivision et en ressortent trois avantages : l'organisation de la gestion, la durée et la stabilité, et la spécialité (affectation à une œuvre commune). Pour chacune de ces caractéristiques, ils admettent que l'opposition doit être nuancée car l'indivision le permet également dans certaines circonstances.

¹⁵⁸ D. HIEZ, *op. cit.*, p. 137 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 160-161 ; M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires : Les sociétés commerciales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 22^{ème} éd., 2017, n° 1650.

¹⁵⁹ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1976, p. 340 ; G. GOUBEAUX, art. préc., p. 210 ; J. PAILLUSSEAU, art. préc., n° 19. *Contra* : R. PERCEROU, *op. cit.*, p. 5 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 223 et s., qui propose de reconnaître par principe la qualité de personne morale ou du moins de sujet de droits à tout groupement doté d'une capacité de jouissance, dont les patrimoines d'affectation (de même, G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 39). De manière plus ponctuelle, des propositions fréquentes apparaissent pour reconnaître la personnalité morale de certains groupements non-personnifiés tels que la communauté (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial...*, *op. cit.* ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, coll. Thémis, 8^e éd., 1997, p. 248-249) et l'indivision (F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1968, n° 264 et s. ; 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. 645, n° 28 et s. ; P. CATALA, « L'indivision », *Defrénois*, 1979, art. 31874, p. 3 ; F. DEBOISSY, G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD civ.* 2000, p. 225 ; C. DUVERT, « La propriété collective », *LPA*, 06/05/2002, n° 9, p. 4.).

¹⁶⁰ J. HAMEL, « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, chron. n° 34, p. 141. *Contra*, G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 32. Ces auteurs justifient le refus de reconnaissance de la personnalité morale du groupe de sociétés par l'absence d'un intérêt commun et autonome entre elles, citant l'arrêt Cass. Com., 02/04/1996, n° 94-16380, *Bull. civ. IV*, n° 113 ; *Rev. Soc.* 1996. 573, note

La deuxième utilité de la personnalité morale est qu'elle offre un cadre juridique permettant une organisation facilitée des relations entre membres, avec les gestionnaires et envers les tiers.¹⁶¹ Les personnes morales sont toutes régies par la loi, qui propose un certain nombre de règles de fonctionnement. Là encore, certains groupements non-personnifiés sont également très organisés (comme la communauté entre époux par exemple), et s'ils ne le sont pas légalement, ils peuvent l'être conventionnellement.

La troisième caractéristique des personnes morales est l'affectation à une finalité qu'elle impose.¹⁶² Ce constat est exprimé par le principe de spécialité, qui exige que chaque personne morale suive un objectif précis fixé dans son acte constitutif, au sein de l'objet social.¹⁶³ La fixation de cette finalité va avoir un effet sur la gestion des biens, car elle va intégrer un nouvel intérêt à satisfaire.¹⁶⁴ Mais l'affectation à une fonction n'est pas propre aux personnes morales. On la retrouve au sein de l'EIRL ou de la fiducie.

La dernière caractéristique technique de la personnalité morale est en réalité sa fonction originelle : elle permet une opposabilité envers les tiers.¹⁶⁵ La personne morale a avant tout

C. GAVALDA. Or, l'arrêt en question dit simplement que « un groupe de sociétés (est) dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter ». Les juges semblent retenir comme critère non pas l'existence d'un intérêt autonome mais bien la faculté de conclure des contrats, ce qui suppose d'une part l'opposabilité de la personne à l'égard des tiers (qu'elle aurait pu lui reconnaître en usant de la théorie de la réalité technique), mais également un patrimoine susceptible d'être engagé, condition qui fait ici défaut.

¹⁶¹ « La personnalité morale est une réponse à un besoin en organisation juridique. (...) Mais, ce besoin ne peut être retenu que s'il apparaît légitime que telle activité ou tel type d'activité, en raison de sa finalité ou de sa nature, nécessite effectivement une autonomie juridique. » (J. PAILLUSSEAU, art. préc., n° 20 et 22). Cf également M. DAGOT, C. MOULY, art. préc. ; D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 15, p. 24 ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 25 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 149.

¹⁶² Cf. S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 341-342, qui ne constate pas de lien automatique entre affectation et personnalité. En réalité, nous aboutissons à la même conclusion : tous les patrimoines affectés ne sont pas des personnes morales, mais toutes les personnes morales disposent d'un patrimoine affecté (pour l'auteur, l'affectation constitue un « procédé technique original d'utilisation des biens » qui nécessite l'existence d'un intérêt collectif, *ibid.*, p. 363). V. aussi F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », RTD civ., 2003, p. 667 : « ce qui fait qu'une masse de biens devient une personne, ce n'est pas la volonté dont on la dote mais le but auquel on l'affecte et donc l'intérêt vers lequel elle tend » ; M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, spéc. p. 513 ; I. RIASSETTO, M. STORCK, *Les organismes de placement collectif*, Issy-les-Moulineaux, éd. Joly, t. 1, 2^{ème} éd., 2016, n° 836.

¹⁶³ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1666. Ces auteurs considèrent, à l'inverse de la doctrine dominante, que la capacité de la personne morale est complète car la spécialité de l'objet social n'a que pour effet de limiter les pouvoirs de ses organes (v. par ex. R. DALMAU, « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier », Rev. Soc., 2018, p. 487). Nous sommes d'accord avec leur conclusion mais à l'inverse d'eux, nous refusons de voir dans la personne morale une personne juridique, il n'y a donc pas lieu de lui reconnaître une capacité. Cf. également R. HOUIN, « Les incapacités », RTD civ., 1947, p. 395, qui considère que le principe de spécialité n'est pas une atteinte à la capacité de la personne morale mais est une réduction de sa personnalité.

¹⁶⁴ C. ATIAS, *op. cit.*, n° 147 ; G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 26.

¹⁶⁵ J. PAILLUSSEAU, art. préc., n° 14 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 230 et s. ; D. CHOLET, « La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés », D. 2004, p. 1141 ; G. WICKER, J.-C.

pour finalité de faire écran entre ses membres et les tiers, et d'opérer ainsi une représentation du groupe au sein de la société. Par l'intermédiaire de son gérant, elle va conclure des actes de gestion dont les effets seront imputés sur son patrimoine et indirectement sur ses membres. C'est là le réel intérêt de la personnalité morale, car s'il est possible dans les autres groupements d'assurer une représentation conventionnelle, elle n'aura jamais autant d'effets que ce que permet la personnification.¹⁶⁶

21. Nature de la personnalité morale – En conclusion, qu'est-ce qu'une personne morale ? Nous pensons qu'elle ne dispose pas d'une nature essentiellement différente des autres groupements ou patrimoines d'affectation.¹⁶⁷ La personne morale reste un mode de propriété collective ou individuelle alternatif.¹⁶⁸ Comme tous les autres, elle passe par la création d'un patrimoine isolé. Néanmoins, elle dispose de certaines caractéristiques propres que l'on ne retrouve pas nécessairement dans les autres patrimoines secondaires.¹⁶⁹ D'abord, elle est nécessairement affectée à une finalité, variable selon sa forme. Ensuite, elle fait l'objet d'une organisation légale assez complète, qui peut être améliorée et adaptée conventionnellement.¹⁷⁰ Ces deux caractères font que la personne morale est toujours volontairement constituée et ne peut pas apparaître *ex nihilo*. Enfin, elle est opposable aux tiers, qui doivent se confronter à elle avant de pouvoir atteindre ses membres, et ce de façon bien plus poussée que dans n'importe quel autre patrimoine secondaire.

PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 20 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 32^{ème} éd., 2019, p. 113 et s.

¹⁶⁶ La personnification permet de diminuer les coûts de transaction et d'intégrer de la certitude dans les relations avec les tiers (F. MASSON, *op. cit.*, n° 377 et s.). Cf. *infra*, n° 358.

¹⁶⁷ Dans le même sens, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 4^{ème} éd., 1906, n° 3007 et s. ; R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 352 ; E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, éd. Rousseau, 5^{ème} éd., 1916, n° 280 et s. ; J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, LGDJ, 1977 ; D. HIEZ, *op. cit.*, p. 137-139 ; D. MARTIN, « La propriété, de haut en bas », D. 2007, p. 1977, n° 27-28 ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 25 ; C. ATIAS, « Destins du droit de propriété », *Droits*, 1985, p. 14 ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 5 et s. et 70 et s. ; C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2019, n° 268. *Contra*, L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Le Code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. 1, p. 360-370. Cf. les débats autour de la pertinence du mécanisme en droit québécois : M. CANTIN CUMYN, « Les personnes morales dans le droit privé du Québec », *Les cahiers du droit*, vol. 31, n° 4, 1990, p. 1021-1048.

¹⁶⁸ Des auteurs parlent d'une « technique de patrimonialisation » (A. CHAIGNEAU, S. VERNAC, « Propriété, responsabilité et personnes morales », in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, colloque du Collège des Bernardins, 2011 (https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche09-11/colloque/9_chaigneau.pdf)).

¹⁶⁹ Sur cette notion, cf. *infra*, n° 139.

¹⁷⁰ J. PAILLUSSEAU, art. préc., n° 81 et s.

Ainsi, la personne morale est-elle une personne au sens où nous l'avons défini, en tant que titulaire d'intérêt ? Il semblerait que non, car l'intérêt de la personne morale est en fait assimilé à l'intérêt commun de ses membres¹⁷¹, influencé néanmoins par l'affectation opérée.¹⁷² Elle n'est pas une personne juridique au sens strict, elle ne sert qu'à représenter une ou plusieurs personnes physiques dont les intérêts convergent.¹⁷³ Il s'agit avant tout d'une technique d'organisation de la gestion d'une propriété collective ou individuelle affectée à une finalité, dont le principal intérêt est l'opposabilité envers les tiers qu'elle permet. La personne morale n'est pas propriétaire des biens qui la composent, seuls ses membres le sont et disposent à ce titre d'une quote-part représentée par leur part sociale, qui leur donne des prérogatives plus ou moins étendues pour bénéficier des utilités des biens ou pour les gérer.

22. Conclusion – Nous souhaitons adopter une conception assez radicale : les personnes physiques sont les seules personnes juridiques. En tant qu'ultime bénéficiaire et dépositaire du droit, seul l'être humain peut prétendre à cette qualité. Les autres entités qualifiées de personnes sont en réalité des ersatz qui en portent le nom sans en avoir la forme, de simples techniques ayant pour but de produire certains effets juridiques au bénéfice des personnes physiques.¹⁷⁴ Les entités auxquelles certains souhaitent attribuer la personnalité sont des choses méritant une protection au regard de l'utilité qu'elles représentent pour le genre humain, mais les réels destinataires des règles dont elles font l'objet sont bien les hommes dans leur ensemble. Par conséquent, seules les personnes physiques peuvent être qualifiées de propriétaires.

Cette première étape nous a permis de décrire un des maillons de la chaîne, le dépositaire de la propriété. Il est maintenant temps de s'intéresser à l'avantage dont il bénéficie, l'objet de la propriété : le bien.

La notion de bien

23. Distinction bien et chose – Avant de définir ce qu'est un bien, il convient de commencer par le distinguer d'un concept proche qui lui préexiste : la chose. Pour comprendre

¹⁷¹ Comp. avec la situation des OPCVM : F. BUSSIERE, « De l'intérêt des porteurs dans la gestion collective pour le compte de tiers », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris, Joly, 2005, p. 109-130.

¹⁷² Cf. *infra*, n° 187.

¹⁷³ Un auteur parle de « personne au second degré », expression qui nous semble très adaptée. (G. GOUBEAUX, art. préc., p. 210).

¹⁷⁴ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, thèse de doctorat, Paris, 2018, p. 238.

l'importance de cette notion en droit, il faut se référer à sa fonction. Le système juridique est une représentation artificielle du monde réel, visant à organiser les rapports sociaux.¹⁷⁵ Un auteur le présente comme un jeu dans lequel il y aurait des joueurs et des mises à remporter.¹⁷⁶ Il faut donc pouvoir distinguer les entités qui participent à ce jeu (les personnes) et celles qui constituent les mises (les choses), les unes étant actives et les autres passives. On parle alors de « sujets de droits » pour les premières et « d'objets de droits » pour les secondes. Cette distinction est devenue particulièrement importante lors du développement du droit naturel moderne à partir du XVIIIe siècle, car elle a fondé la justification des discours abolitionnistes. Elle nous paraît aujourd'hui évidente.

On pourrait dès lors simplement répondre à la question « qu'est-ce qu'une chose ? » en disant qu'il s'agit de toute entité qui ne constitue par une personne, et renvoyer ainsi à cette dernière. Mais un élément manque à cette définition. La notion de « chose » peut renvoyer à toute réalité ou tout concept, déterminé ou non.¹⁷⁷ La qualification de chose a un effet en droit, car par principe, toute chose peut être appropriée et échangée au nom de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. Il faut donc délimiter cette notion et distinguer la « chose réelle » de la « chose juridique » : n'est qualifiée comme telle que celle qui a un intérêt juridique à l'être.¹⁷⁸ Or, c'est l'être humain (dépositaire du droit) qui décide quelle chose a vocation à intégrer le monde juridique. Ainsi, les bactéries, l'air, la gravité ou la poussière ne sont pas des choses juridiques, même si elles existent dans la réalité. Les raisons de cette exclusion sont diverses : il ne s'agit que de concepts abstraits, elles n'ont aucune utilité pour les activités humaines, elles sont inaccessibles... Elles n'accéderont au rang de choses

¹⁷⁵ « Si, en principe, les biens sont le décalque des choses - le monde juridique est le reflet du monde physique – en fait, cependant, la coïncidence n'est pas entière. » J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 2, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2017, n° 707.

¹⁷⁶ A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français : La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1973. V. aussi F. OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 191 et s.

¹⁷⁷ « Tout ce qui peut exister, être pensé, à propos de quoi on peut affirmer ou nier quelque chose. » Dictionnaire Larousse, v° « Chose ». V. également M. HEIDEGGER, *Qu'est-ce qu'une chose ?* (1962), Paris, éd. Tel, 1998, p. 17 : « Au sens étroit, chose signifie ce qui est saisissable, ce qui est visible, etc., ce qui est donné à portée de main. En un sens plus large, chose signifie toute affaire, tout ce dont il en va de telle ou telle manière, les choses qui adviennent dans le monde, les faits, les événements. »

¹⁷⁸ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », APD, 1979, p. 262 ; M. MIGNOT, « La notion de bien : Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », RRJ, 2006, n° 3, p. 1806 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2008, n° 7-8 ; A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation : Essai à la lumière du droit russe*, Paris, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2008, p. 10. On retrouve cette distinction en droit romain entre les « *corpus* » (choses matérielles qui existent dans la nature) et les « *res* » (choses auxquelles on applique des caractères juridiques pour les intégrer dans un statut), cf. M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », RHDFE, 1946, p. 210. La chose juridique est celle qui a un rôle à jouer sur le « théâtre juridique ».

juridiques que si elles présentent finalement une utilité juridique pour l'homme, à travers un acte juridique (un contrat ou un texte de loi) ou un fait juridique (la sanction d'un comportement impliquant cette chose).¹⁷⁹

Ensuite, parmi les choses juridiques, il faut encore distinguer plusieurs catégories. Certaines ont le simple qualificatif de « chose » car elles ne font l'objet d'aucun droit mais peuvent éventuellement jouer un rôle dans le théâtre juridique (*res nullius, res derelictae, res communis*).¹⁸⁰ D'autres supportent le statut de « bien » car elles sont la source et l'objet de relations juridiques du fait de leur appropriation.¹⁸¹

Ainsi, nous pouvons distinguer quatre catégories d'entités : les personnes, sujets actifs de l'ordre juridique, les « choses réelles » dont le droit ne s'occupe pas, les « choses juridiques » qui sont reconnues en droit mais ne font pas l'objet d'un droit de propriété, et les biens, objets de propriété.¹⁸² C'est sur cette dernière catégorie que nous nous concentrons ici. La question que nous nous posons est celle-ci : pour quelle raison certaines choses sont-elles appropriables ? La réponse qui y est apportée n'est pas unanime en doctrine. Schématiquement, on peut

¹⁷⁹ « En d'innombrables occasions, les choses communément entendues, au sens vulgaire du mot, manifestent leur présence en mal ou en bien. » F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 4. Ex : Cass. Civ. 2^{ème}, 09/04/1973, n° 72-11010, Bull. civ., p. 113 : un paquet de neige tombé du toit d'une habitation sur la voiture d'un passant a été considéré comme étant une chose sous la garde de la propriétaire de la maison. La neige, qui normalement n'a pas de qualification juridique, en acquiert une ici parce que le droit le juge utile.

¹⁸⁰ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006 ; W. DROSS, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Domat, 4^{ème} éd., 2019, n° 317 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 7. Le droit romain comportait d'autres catégories du même type : les choses destinées à un usage religieux et les choses appartenant à la Cité (choses publiques). On retrouve cette idée à l'article 714 du Code civil (« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. »). Le droit musulman a une approche semblable à celle du droit romain : M. EL SHAKANKIRI, « La notion du « bien » dans la philosophie juridique musulmane », APD, 1979, p. 67-85. Pour une proposition de rétablir différents statuts de choses non-appropriées, cf. G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », D. 2006, p. 3015. *Contra*, Y. STRICKLER, « Droit des biens : évitons la dispersion », D. 2007, p. 1149.

¹⁸¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Paris, Litec, 2004, n° 21 ; F. ZENATI-CASTAINGS, T. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 2 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 270 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 12 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 46. Cf. l'Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant, qui reprend une conception proche (W. DROSS, B. MALLETT-BRICOUT, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », D. 2009, p. 508). Il convient de préciser que le terme « appropriable » signifie « susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété ». L'appropriabilité ne peut alors pas servir de critère pour déterminer ce qu'est un bien puisque la qualification de bien vise justement à répondre à la question : « cette chose peut-elle faire l'objet d'une propriété ? » (R. LIBCHABER, « Biens », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 14). Certains droits étrangers définissent néanmoins les biens comme des choses appropriables dans leurs textes de loi : art. 810 C. civ. italien (« Les objets pouvant faire l'objet de droits sont des biens. ») ; art. 333 C. civ. espagnol (« Toutes les choses qui sont ou peuvent être appropriées sont considérées comme des biens meubles ou immeubles. ») ; § 355 ABGB (C. civ. autrichien) (« Toutes les choses sont généralement des objets du droit de propriété. »). Pour une distinction entre appropriation et appropriabilité (en faveur de la seconde), cf. R. BOFFA, « Quel avenir pour la notion de bien ? », in *L'avenir du droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 48.

¹⁸² Ex. concrets : l'air ou la neige sont des choses réelles, les infrastructures publiques et le cadavre humain sont des choses juridiques, un immeuble d'habitation ou une voiture sont des biens.

considérer que la conception actuelle et dominante du concept de bien est issue de la rencontre de trois théories. Elle comporte toutefois des failles qu'il convient de souligner.

24. Évolution de la notion – Le concept de « bien » tel que nous l'entendons aujourd'hui est d'invention relativement récente, car la notion a beaucoup évolué au fil de l'Histoire.¹⁸³ Le bien, terme général désignant les choses objets de propriété, n'existait pas en droit romain. La vision réaliste de ce droit préférait distinguer plusieurs catégories de *res*, auxquelles étaient adjoint un régime particulier selon la finalité attribuée à chacune de ces choses. En effet, elles étaient dévolues non pas à une personne particulière mais à un groupe social ayant une fonction déterminée dans la société et chargé d'administrer ces choses conformément à cette finalité : l'administration publique, un ordre religieux et, finalement, un groupe familial, représenté par le *pater familias*.¹⁸⁴ Les choses pouvant faire l'objet d'une acquisition privative (donc attribuées au groupe familial) étaient caractérisées par la *proprietas*.¹⁸⁵ Ce sont celles qui se rapprochent le plus de ce que nous qualifions aujourd'hui de biens. Cette conception a disparu après la chute de l'Empire romain. La société féodale reconnaissait comme biens uniquement des droits d'usage sur des terres et les biens meubles étaient souvent rattachés à la personne ou ignorés par le droit.¹⁸⁶ La chose était alors confondue avec le droit qui portait sur elle. Il est donc difficile de voir dans l'un de ces systèmes juridiques antinomiques - l'un fortement réaliste et l'autre fortement idéaliste - le fondement unique de notre conception actuelle.

Elle est apparue par la suite, sous diverses influences. D'abord, l'individualisme et l'humanisme issus de l'École du droit naturel et développés par les Lumières. Cette philosophie a mené à la distinction fondamentale entre le sujet de droit, personne humaine, et l'objet de droit, corps physique sur lequel la personne exerce la puissance de sa volonté. L'aboutissement de cette idéologie s'est traduit dans la *Doctrine du droit* d'Emmanuel Kant.¹⁸⁷ Ensuite, le

¹⁸³ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, n° 84.

¹⁸⁴ Cf. *infra*, n° 51.

¹⁸⁵ M. VILLEY, art. préc., p. 221. Lorsqu'elles sont appropriées, ce sont des *res in patrimonio*, ce qui signifie qu'elles entrent dans le champ de prérogatives dévolues au *pater familias*. V. aussi Y. THOMAS, « *Res*, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », APD, 1980, p. 422 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 6.

¹⁸⁶ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 111 et n° 232 ; D. MELEDO-BRIAND, « Les multiples utilités économiques des biens : Approche de la propriété simultanée », in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 467-482 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010, p. 406 et s.

¹⁸⁷ E. KANT, *Doctrine du droit*, in *Métaphysique des mœurs*, 1797, § 17. Précisons que d'après certains auteurs, Kant n'a pas pu influencer les rédacteurs du Code civil car son ouvrage est paru trop tard par rapport à l'époque de la rédaction et dans une période de grandes tensions entre la France et l'Allemagne, c'est donc par le biais de

développement du capitalisme et de l'économie de marché.¹⁸⁸ Ces évolutions du système économique ont abouti à deux réalités : l'hégémonie de la propriété privée et l'idée que quasiment toute chose peut être échangée sur un marché et avoir ainsi une valeur monétaire.¹⁸⁹ La rencontre de ces deux influences s'est opérée au sein d'une théorie fondatrice du droit français : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau.¹⁹⁰ Les auteurs postérieurs l'ont prolongée et amendée au regard des évolutions du droit positif, créant une nouvelle théorie fortement ancrée dans une approche économique et abandonnant les anciens totems sacralisés.

Il convient de retracer l'impact que ces idéologies ont eu sur l'évolution de la notion de bien, au travers de la théorie classique d'abord, puis du pont entre les deux conceptions qu'a pu constituer la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, et de la théorie moderne enfin.¹⁹¹

La théorie classique et la distinction personne/chose

25. Fondements philosophiques – La théorie dite « classique » est à la base des notions actuellement en vigueur en droit privé. Elle est issue directement de la pensée des philosophes des Lumières, qui a rejailli sur le Code civil. Cette idéologie comporte trois principaux fondements : l'individualisme - le point central de toute réflexion est l'individu et son rapport au monde -, le rationalisme - tout individu est doué de raison ce qui lui permet de prendre les meilleures décisions pour lui-même et le groupe entier - et le libéralisme - tout individu doit pouvoir agir selon sa volonté rationnelle, limité uniquement par la volonté d'autrui.¹⁹² Ces trois principes cardinaux assemblés supposent l'existence de droits naturels

la théorie du patrimoine que sa philosophie a eu le plus d'influence sur le droit français. Cf. J.-L. GARDIES, « La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant », APD, 1979, p. 139-149 ; X. MARTIN, « Fondements politiques du Code Napoléon », RTD civ., 2003, p. 247 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2007, p. 28 et s.

¹⁸⁸ Il convient de rappeler que ces deux concepts sont bien distincts : le capitalisme promeut la concentration des richesses et la croissance économique comme seules finalités économiques, alors que l'économie de marché désigne un système dans lequel des agents égaux s'échangent des choses librement en fonction de leurs besoins et capacités, aboutissant ainsi à un équilibre juste. Le premier est un dérivé de la physiocratie et le second est fondé sur le libéralisme. Même s'ils sont souvent confondus, ils sont en réalité antinomiques (puisque l'un défend la concentration des richesses et l'autre la libre concurrence d'agents égaux). Cf. A. BERNARD, « Le marché autorégulé, « une idée folle » ? », D. 2009, p. 2289.

¹⁸⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », APD, 1995, p. 287-314.

¹⁹⁰ Exposée dans leur *Cours de droit civil français*, dont il existe plusieurs éditions. Nous présentons ici la plus aboutie, la quatrième. Les éditions suivantes ont été reprises par d'autres auteurs.

¹⁹¹ L'étude de ces différents courants se fera à gros traits, afin de dégager les principes directeurs de chacun. Elle n'a pas vocation à exprimer la complexité de chaque point de vue et peut donc sembler parfois excessive au regard des écrits plus nuancés de certains auteurs.

¹⁹² V. notamment C. B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif : de Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, 1971 ; A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 10.

dévolus à l'Homme, dont la propriété, qui lui donne le moyen d'accéder à l'autonomie et donc à la liberté.

On retrouve cette influence au sein du Code civil : la place faite à la volonté individuelle et à la liberté y est importante. Mais il ne faut pas oublier que le Code de 1804 a pour but premier de rétablir l'ordre et conforter le *statu quo* post-révolutionnaire, l'ordre public est donc primordial dans les textes.¹⁹³ C'est par la suite, dans le courant du XIX^{ème} siècle, que les auteurs commencent à y voir une apologie de la liberté individuelle et du volontarisme.¹⁹⁴ C'est alors que se conforte la théorie classique.

26. Distinction entre personne et chose – Son premier postulat est humaniste : la *summa divisio* du droit civil est celle qui oppose les choses (objets de droits) aux personnes (sujets de droits).¹⁹⁵ Cette division est centrale en droit civil. Elle était bien sûr déjà connue en droit romain, mais les frontières entre ce qui relève de la personne et ce qui relève des biens étaient poreuses, une personne pouvant aisément passer au statut de chose à la suite d'une dette, d'une mauvaise fortune en mer ou d'une défaite militaire.¹⁹⁶ La philosophie libérale et humaniste du XVIII^{ème} a instauré le principe fondamental selon lequel un être humain ne peut pas faire l'objet d'un droit de propriété. La philosophie kantienne est le point le plus abouti de cette théorie.¹⁹⁷ Elle postule que le sujet est un être agissant doté d'une volonté, qu'il peut imposer aux objets qui n'en ont pas. Par conséquent, la volonté d'une personne ne peut s'imposer à une autre uniquement si cette dernière l'a préalablement accepté au sein d'un contrat. En droit, on retrouve cette influence au sein de la fameuse théorie de l'autonomie de la volonté.¹⁹⁸

¹⁹³ X. MARTIN, art. préc.

¹⁹⁴ A. BURGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », RTD civ., 2000, p. 1 ; J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », RTD civ., 2014, p. 763.

¹⁹⁵ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 25 et s. V. toutefois J. CARBONNIER, « Métaphysique des biens : les choses inanimées ont-elles une âme ? », in *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, p. 362 et s.

¹⁹⁶ Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », APD, 1980, p. 425. Pour un aperçu historique et anthropologique, cf. D. GRAEBER, *Dette : 5000 ans d'histoire*, Arles, Les liens qui libèrent, coll. Babel, trad. Françoise et Paul Chemla, 2^{ème} éd., 2016, p. 242 et s.

¹⁹⁷ E. KANT, *Doctrine du droit*, in *Métaphysique des mœurs*, 1797. On la retrouve déjà chez Locke dans le Chapitre V du *Deuxième traité du gouvernement civil* (1690).

¹⁹⁸ Sur cette théorie, v. M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », APD, 1957, p. 87-98 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations* (1937), Paris, Dalloz, 2004, p. 27 et s. ; A. BURGE, art. préc. ; J.-P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique », RDC, 2004, p. 621 ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 90 et s. (qui rattachent cette théorie à l'idéologie libérale) ; P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, n° 87 et s. et les références citées.

En ce qui concerne le droit des biens, les conséquences de cette théorie sont plurielles. La première est qu'il y a une distinction nette entre ce qui relève de la personne et ce qui relève des choses. La propriété ne peut porter que sur une chose. Tout ce qui peut être rattaché à la personne, qu'il s'agisse du corps humain, du fœtus, du cadavre ou de son état civil, est sacralisé et ne peut faire l'objet de conventions.

La chose étant soumise à la volonté de la personne, elle doit pouvoir faire l'objet d'une maîtrise absolue et exclusive de la part de son propriétaire. La propriété est vue comme une relation de puissance entre une personne et ses biens. Cette idée a été déclinée de plusieurs façons par différents auteurs, mais s'inscrit surtout dans l'idéologie des droits subjectifs : cette doctrine considère qu'avoir un droit sur un bien donne certaines prérogatives sur celui-ci, et le droit de propriété (qui est un droit subjectif dans cette conception) donne toutes les prérogatives à son titulaire.¹⁹⁹ Cette affirmation a des conséquences : la propriété étant un droit subjectif, elle ne peut porter sur un autre droit subjectif, par conséquent les droits ne peuvent être des biens, qu'il s'agisse des droits personnels ou réels.²⁰⁰

Le dernier élément important de la théorie classique découle du précédent. Elle est matérialiste : les biens sont des choses corporelles, tangibles.²⁰¹ L'origine du critère de la corporéité est débattu car il s'insère dans le débat entre romanistes concernant l'existence de droits subjectifs en droit romain.²⁰² Selon Villey et ses partisans, le droit romain admettait le *dominium* de choses incorporelles, appelées *jura*, qui correspondaient à des rapports juridiques objectivés car rattachés aux choses.²⁰³ Cette appellation aurait créé une confusion au Moyen-Âge, lors de la redécouverte du droit romain par les post-glossateurs.²⁰⁴ L'opinion s'est

¹⁹⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007 (1952), p. 87 et s., qui parle « d'appartenance-maîtrise » (il a cependant une vision très large du concept de bien, *ibid.*, p. 83) ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 1978, p. 95 et s. ; P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques des droits subjectifs », APD, 1964, p. 83-95 dans un sens, car il assimile le droit subjectif à une prérogative arbitraire, mais il réduit le champ des droits subjectifs ; H. BATTIFOL, « Problèmes contemporains de la notion de bien », APD, 1979, p. 9-16, propose de voir les biens comme de simples prérogatives partagées entre les individus, de manière complètement abstraite.

²⁰⁰ Cf. *infra*, n° 66. Une autre conséquence de cette doctrine est d'admettre que le propriétaire a un pouvoir quasi-illimité sur ses biens, cf. *infra*, n° 64.

²⁰¹ M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 109 et s.

²⁰² Cf. *infra*, n° 51.

²⁰³ M. VILLEY, art. préc. ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 293.

²⁰⁴ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ., 1993, p. 305. V. aussi P. GARNSEY, *Penser la propriété : De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, éd. Les Belles Lettres, 2^{ème} éd., trad. Alexandre Hasnaoui, 2013, p. 230 et s. L'auteur cite BARTOLE, « A propos de D. 41.2.17.1 » : « *Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur.* » (« La propriété est le droit de disposer pleinement d'une chose corporelle sauf lorsque cela est prohibé par la loi. ») Néanmoins, Bartole reconnaît à d'autres endroits la propriété des droits, choses incorporelles (sur D. 45.1.58 et sur D. 41.2.17). Il semblerait que Bartole ait admis deux sens différents au terme *dominium* afin de l'adapter au droit féodal de son époque (cf. P. GARNSEY, *ibid.*, p. 233).

répandue dans la doctrine, mais elle reste contestée par de nombreux auteurs spécialisés.²⁰⁵ Quoiqu'il en soit, la corporalité a été réintroduite comme critère à la qualification de bien car elle correspondait bien à la doctrine individualiste et rationaliste des Lumières : la propriété est un droit naturel, une puissance de volonté qui s'applique sur un bien et qui est issue de la possession ou du travail.²⁰⁶ Or, ces deux éléments nécessitent une action sur un corps physique, donc la propriété ne peut porter que sur des choses corporelles. C'est pourquoi l'article 544 du Code civil semble être inspiré de Bartole et correspond à la vision matérialiste de la propriété : les rédacteurs du Code civil n'ont fait que s'inspirer des Lumières, qui avaient adopté l'idée d'une propriété uniquement corporelle.²⁰⁷

Partant de l'idée que personne et chose sont deux entités clairement distinctes, la théorie classique en déduit trois conséquences : le caractère sacré et hors du commerce de tout ce qui touche à l'être humain et son identification, l'importance de la maîtrise exclusive et absolue dont le propriétaire dispose sur ses biens, et la nature corporelle des objets de propriété. Face aux évolutions des mœurs et du droit, elle n'a pas pu prospérer mais reste particulièrement influente en doctrine.

La théorie du patrimoine et son influence sur le droit des biens

27. Origine et présentation – Aubry et Rau, deux auteurs français du XIX^{ème} siècle, ont repris à leur compte l'ouvrage d'un professeur allemand, Zachariae²⁰⁸, qui présentait lui-même le Code civil français sous un jour nouveau en adoptant un plan inédit et en incluant une idée nouvelle issue de la doctrine allemande de l'époque : la notion de patrimoine.²⁰⁹ Le

²⁰⁵ G. PUGLIESE, « *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto Soggettivo* » in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Naples, 1954, p. 63-81 ; Y. THOMAS, « Michel Villey, la romanistique et le droit romain », in M. GARCIN (dir.), *Droit, nature, histoire*, PUAM, Aix-en-Provence, 1984, p. 31-41 ; A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens : Histoire de l'immeuble corporel », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^{èmes} journées René Savatier, Paris, PUF, 1991, p. 3-12. Ces auteurs considèrent que les Romains faisaient parfaitement la différence entre le *dominium* qui s'appliquait aux choses corporelles et les *jura* qui étaient des rapports subjectifs entre individus. Ils considèrent à l'inverse que c'est Bartole qui a introduit l'idée d'une propriété des droits (A.-M. PATAULT, art. préc.).

²⁰⁶ Sur les controverses philosophiques autour du droit de propriété, cf. P. GARNSEY, *op. cit.* ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 103 et s.

²⁰⁷ P. GARNSEY, *op. cit.*, p. 211. La conception matérialiste de la propriété a toutefois mis du temps à être acceptée par les tribunaux, même après l'adoption du Code civil (A.-M. PATAULT, art. préc.).

²⁰⁸ K.-S. ZACHARIAE, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Heidelberg, Dritter Band, 1827.

²⁰⁹ Cf. *infra*, n° 137 et s. pour une présentation plus complète.

but de l'opération d'Aubry et Rau est de trouver une alternative à la contrainte par corps²¹⁰ en fondant la saisie des biens du débiteur insolvable sur les articles 2092 et 2093 (anciens) du Code civil. Pour cela, ils décident d'assimiler la personne et son patrimoine : le patrimoine est en fait la représentation juridique de la personne²¹¹, et les biens qui le constituent sont des représentations en termes de valeurs pécuniaires des choses dont la personne est propriétaire.²¹² Par conséquent, les dettes de la personne peuvent être évaluées en argent et se réaliser en saisissant ses biens, au travers d'un examen comptable entre la valeur de la créance et la valeur des biens saisis. Ainsi, la personne du débiteur, considérée comme sacrée, est préservée, et les intérêts des créanciers (qui, dans une économie capitaliste, sont avant tout pécuniaires) également.

28. Apports de la théorie à la notion de bien – On retrouve ici le postulat de base de la doctrine classique²¹³ : la distinction fondamentale entre personne et chose, permettant une protection de la première. La théorie du patrimoine va cependant se distinguer de la précédente en replaçant l'individu au sein de son environnement social et économique. La relation entre une personne et ses biens n'est plus envisagée de manière exclusive, elle s'intègre dans un contexte d'échanges et d'obligations. Les auteurs se placent avant tout du point de vue du créancier, dont la seule finalité est le désintéressement. Par conséquent, les biens n'ont d'autre intérêt que d'être des valeurs économiques.²¹⁴

²¹⁰ La contrainte par corps est une sanction civile consistant à appréhender physiquement un débiteur insolvable. Dans l'Antiquité, elle permettait de réduire en esclavage le débiteur jusqu'à ce qu'il paye sa dette. Sous l'Ancien droit, puis dans le Code civil (art. 2059 et s. anciens), elle se traduisait par un emprisonnement du débiteur indélicat, ce qui avait peu d'intérêt pour le créancier. Elle fut abolie par une loi du 22/07/1867. Sur ce sujet, v. R.-T. TROPLONG, *De la contrainte par corps, in Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. 18, Paris, Charles Hingray, 1847, p. V et s.

²¹¹ « Le patrimoine est, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer. » C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, 4^{ème} éd., 1869, t. 6, p. 230, note 6. Comp. avec E. KANT, *op. cit.*, § 17. Un auteur ira jusqu'à dire que « tout être humain est un capital. » (A.-C. RENOARD, *Du droit industriel dans son rapport avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860, p. 262).

²¹² « Le patrimoine étant de nature purement intellectuelle, les éléments dont il se compose doivent revêtir le même caractère. Les objets extérieurs sur lesquels portent les droits d'une personne, ne forment point des parties intégrantes de son patrimoine, en eux-mêmes, et sous le rapport de leur nature constitutive, mais à titre de *biens*, et sous le rapport de l'utilité qu'ils sont susceptibles de procurer. En cette qualité, ces objets se ramènent tous à l'idée commune d'une valeur pécuniaire. » C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 6, § 573. Cf. M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 227.

²¹³ R. SEVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », APD, 1979, p. 247-257.

²¹⁴ Savatier avait prophétisé l'avènement d'une conception purement valoriste des biens : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, t. 3, Paris, Dalloz, 1959, n° 494 et s. Sur la position de Savatier, considéré comme l'un des premiers défenseurs du critère valoriste, cf. F. ZENATI, « Le droit

La théorie du patrimoine va avoir deux apports principaux pour la qualité de bien. D'abord, la notion de patrimonialité. Le créancier qui a un droit personnel sur son débiteur peut se désintéresser en saisissant les valeurs comprises dans l'actif de son patrimoine à hauteur du montant de sa dette. Or, ne sont saisissables que les valeurs qui peuvent effectivement être soustraites du montant de la créance, ce qui nécessite qu'elles puissent être comparées. Les auteurs ont donc choisi de restreindre l'étendue du patrimoine aux seules choses ayant une valeur monétaire, pour solidifier leur théorie.²¹⁵ Il s'agit d'un choix arbitraire, pertinent uniquement dans une application stricte de la théorie classique du patrimoine.²¹⁶ En revanche, comme le bien est représenté uniquement par sa valeur, rien n'interdit que ce bien soit uniquement une valeur abstraite, dénuée de matérialité. Dès lors qu'il peut faire l'objet d'une évaluation monétaire, il peut intégrer le patrimoine. Le critère de la corporéité est donc abandonné.²¹⁷

Le second critère que vont apporter Aubry et Rau est celui de la saisissabilité. Un bien ne peut être qualifié comme tel que s'il intègre le patrimoine, or sa fonction est d'apporter une garantie au créancier qui pourra alors saisir les biens du débiteur à défaut de paiement. S'ils ne peuvent pas être saisis, ils n'ont rien à faire au sein du patrimoine, et n'ont aucun intérêt économique, et par conséquent, aucun intérêt juridique. Ne sont des biens que ceux qui peuvent être représentés par une valeur monétaire saisissable.²¹⁸ Ce critère va supplanter celui de la maîtrise : le point de vue adopté par la théorie fait que la relation entre la personne et ses biens devient secondaire, il n'est plus nécessaire qu'elle soit absolue et exclusive (puisqu'à tout moment, un créancier peut se saisir du bien). Mieux, elle relève du fait et non plus du droit, ce dernier ne s'intéressant qu'à l'échange de valeurs entre patrimoines.²¹⁹ La personne et la chose sont mises au second plan.

La théorie du patrimoine permet de relier les théories classique et moderne. Elle retient le postulat de base de la théorie classique, mais l'intègre dans un contexte économique. La

des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3èmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1991, p. 13-27.

²¹⁵ Néanmoins, ils admettent l'existence de « biens innés » qui sont exclus du patrimoine mais peuvent avoir un effet sur lui en étant la source de créances (C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 162). Ce sont les auteurs ultérieurs qui ont introduit la distinction entre droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux et qui ont restreint la qualification de biens aux choses patrimoniales (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété... », art. préc.).

²¹⁶ M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 231.

²¹⁷ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 190.

²¹⁸ Pour une application stricte de la théorie du patrimoine au droit contemporain, v. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, n° 26.

²¹⁹ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, t. 6, § 575.

qualification de bien inclut donc de nouveaux critères, la patrimonialité et la saisissabilité, les deux allant de pair. La théorie moderne va aller plus loin et l'adapter aux enjeux contemporains.

La théorie moderne et l'importance de la valeur

29. Actualisation de la théorie du patrimoine – La théorie moderne est l'opinion défendue par la doctrine majoritaire au sujet de la notion de bien.²²⁰ Son point de départ est la théorie du patrimoine originelle. Les évolutions du droit positif l'ont affectée et contredite.²²¹ Elle est aujourd'hui contestée sur de nombreux aspects, et notamment sur le caractère fongible des éléments d'actif du patrimoine.²²² En effet, la cohérence de la théorie tient dans le fait que tout créancier peut saisir n'importe quel bien (représenté par sa valeur) au sein du patrimoine de son débiteur. L'évolution du droit positif a progressivement contredit cette affirmation : il est désormais possible de protéger certains biens déterminés du débiteur, voire une partie entière de son patrimoine en l'affectant à une activité particulière.²²³ La qualification de plusieurs biens non-évaluables en argent, et donc *a priori* extérieurs au patrimoine, est aujourd'hui débattue.²²⁴ Au regard des contestations et des questions qui entourent la notion de patrimoine, le critère de la patrimonialité n'est aujourd'hui plus applicable *de facto*.

²²⁰ Ex. de défenseurs de cette théorie : P. CATALA, « La propriété de l'information », in *Mél. Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 98 ; P. LE TOURNEAU, « Le parasitisme dans tous ses états », D. 1993, p. 310 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ., 1997, p. 583 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », APD, 1999, p. 79-95 ; C. VERBAERE, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », RRJ, 1999, n° 3, p. 686 ; V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, n° 187 ; M. MIGNOT, art. préc., n° 8 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : Les biens*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, n° 1 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 223 et s. ; R. LIBCHABER, « Biens », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 11.

²²¹ Pour une critique de la théorie du patrimoine : H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Paris, A. Rousseau, 1910 ; A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine », RTD civ., 1994, p. 801 ; F. ZENATI, « Mise en perspective... », art. préc. ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 2003 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 21 et s. *Contra*, qui défendent la pertinence actuelle de cette théorie : F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », RTD civ., 1996, p. 819 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2007 ; P. BERLIOZ, *op. cit.* ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 7 ; M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », JCP N, 2011, p. 1327 ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 9 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 36.

²²² A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 145 et s.

²²³ Ex. en droits commercial et maritime : L. n° 67-5 du 3/01/1967 créant un « fonds de limitation » pour les armateurs remplaçant l'ancienne institution de la « fortune de mer » ; L. n° 85-697 du 11/07/1985 autorisant la création de sociétés unipersonnelles ; L. Madelin n° 94-126 du 10/02/1994 proposant une saisie prioritaire des biens professionnels ; L. Dutreil n° 2003-721 du 1/08/2003 instituant l'insaisissabilité de la résidence principale puis de tout bien foncier non-professionnel ; L. n° 2007-211 du 19/02/2007 permettant la création d'un patrimoine fiduciaire ; L. Novelli n° 2010-658 du 15/06/2010 introduisant l'EIRL (entrepreneur individuel à responsabilité limitée).

²²⁴ F. ZENATI, « Mise en perspective... », art. préc., p. 667.

Il a donc fallu lui en substituer un nouveau, sans remettre à plat les apports de la théorie. La doctrine moderne reste très attachée à l'intégration du droit au sein de l'économie, elle considère qu'il doit pouvoir suivre ses évolutions. Quelles sont-elles ? En premier lieu, l'idée que toute chose est désormais appropriable et échangeable sur un marché.²²⁵ La distinction fondamentale de la théorie classique est battue en brèche : le corps humain, les droits de la personnalité, tout est monnayable.²²⁶ La personne est réduite à son plus simple appareil, une entité abstraite, qui peut par ailleurs recouvrir d'autres formes que la personne humaine, pour les besoins de concentration qu'exige l'économie capitaliste.²²⁷ C'est le marché, et uniquement lui, qui doit décider ce qui s'échange ou non. Or, le marché fonctionne en attribuant un prix aux choses. Dès lors qu'apparaît un marché, apparaît un prix. Par conséquent, toute chose ayant un prix est un bien, même si elle ne repose sur aucune réalité objective.²²⁸

En second lieu, l'idéologie capitaliste ne retient qu'une seule finalité pour toute activité : la rentabilité financière et sa croissance. Le capitalisme est un dérivé de la physiocratie, qui postule que la propriété privée est le système le mieux à même de garantir une productivité suffisante.²²⁹ Il en déduit que la concentration des richesses est une nécessité afin d'améliorer la croissance, il est donc nécessaire de l'assurer.²³⁰ C'est pourquoi les notions de maîtrise et de saisissabilité lui sont accessoires, les prérogatives pouvant être partagées entre plusieurs organes au sein de l'organisation, et la protection de l'entreprise et de ses biens de production étant primordiale pour assurer la continuité de l'activité. L'important dans l'économie capitaliste est l'exclusivité que peut assurer le droit de propriété : celui qui exploite un bien doit être assuré que le profit de l'activité lui sera réservé, sans quoi il n'investirait pas. Cette

²²⁵ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 234-236.

²²⁶ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, 1999, p. 441-453.

²²⁷ Cf. *supra*, n° 18 et s.

²²⁸ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277-283 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 12 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 293 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 46.

²²⁹ Les physiocrates ont été les artisans de la disparition des « communaux », parcelles de terres (forêts ou marais pour la plupart) confiées à la gestion de la communauté villageoise la plus proche. Le même phénomène s'est déroulé au Royaume Uni et a été nommé « *enclosure* », le but de l'opération étant d'enclorre les terres communes et de les attribuer à un propriétaire unique, supposé en retirer une plus grande productivité. Cf. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 317 ; J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1 ; F.-X. TESTU, « La devise de la République française : II/ ...Égalité... », *RTD civ.*, 2020, p. 747, n° 17 et s. V. aussi pour une approche économique : K. POLANYI, *La grande transformation* (1944), Paris, Gallimard, 1983, p. 76 et s.

²³⁰ Le développement du capitalisme s'accompagne d'une collectivisation de la propriété privée au sein d'organisations plus importantes, cf. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 45.

exclusivité peut être assurée par le droit de propriété ou par un autre mécanisme²³¹, puisque ce qui importe n'est pas de savoir quelle est la nature du droit ou quelles sont les prérogatives de son titulaire. Le droit est vu comme un outil au service de l'entrepreneur, il doit supprimer tout frein à son expansion et s'assurer que l'activité soit la plus efficace et rentable possible.²³²

30. Apports de la théorie moderne – La théorie moderne est le relais du courant néoclassique dominant en économie. On peut la nommer également « théorie valoriste », car elle adopte une conception du droit des biens centrée sur la valeur. Le raisonnement est le suivant. Il part d'un constat économique : certaines ressources sont limitées dans la nature, et cette rareté fait qu'elles comportent une certaine valeur.²³³ Dès lors, elles suscitent la convoitise, mais elles ne peuvent être partagées entre tous. C'est pourquoi le droit objectif reconnaît que les ressources sont réservées pour certaines personnes : ces valeurs deviennent alors des biens. Parmi les instruments de protection accordés par le droit positif, nous trouvons la propriété, accordée sous forme de droit sur une valeur, permettant sa réservation de la manière la plus efficace.²³⁴ La jurisprudence semble s'être ralliée à cette conception.²³⁵

Si toute valeur est un bien, alors les limites à cette qualification s'étendent presque infiniment.²³⁶ Les biens immatériels, déjà acceptés dans la théorie du patrimoine, deviennent

²³¹ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281-305.

²³² C'est le projet du courant *Law and Economics* issu de l'École de Chicago. Cf. R. COASE, *The Problem of Social Cost*, 1960. Sur ce courant, v. B. OPPETIT, « Droit et économie », APD, 1992, p. 17-26 (pour sa critique) ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », LPA, 19/05/2005, n° 99, p. 15 (pour sa défense).

²³³ « J'appelle richesse sociale l'ensemble des choses matérielles ou immatérielles qui sont rares, c'est-à-dire qui, d'une part, nous sont utiles, et qui d'autres part, n'existent à notre disposition qu'en quantité limitée. » L. WALRAS, *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Paris, LGDJ, 1952, p. 21. Cf. également M. ALLAIS, *Traité d'économie pure*, Paris, éd. Clément Juglar, 3^{ème} éd., 1994, n° 245.

²³⁴ Pour un exemple de ce raisonnement, cf. G. LOISEAU, « L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine », Dr. et pat., 2001, n° 91.

²³⁵ M. MIGNOT, art. préc., n° 13 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 226-227 ; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « L'acception européenne du "bien" en mal de définition », D. 2010, p. 2024. La Commission européenne utilise le critère valoriste pour qualifier une part sociale de bien (Décision du 12/10/1982, *Bramelid et Malmströme*, DR 29, p. 64 et du 11/12/1986, *S. et T.*, DR 50, p. 155 et s.), de même pour la Cour européenne des droits de l'Homme qui n'exige que l'existence d'une « espérance légitime » (ex : CEDH, 12/07/2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, § 83 ; CEDH, 06/10/2005, *Draon et Maurice c/ France* ; CEDH, 29/03/2010, *Depalle c/ France* et *Brosset-Triboulet c/ France*, § 62 et 65). Sans être aussi claires, les juridictions nationales admettent en tout cas qu'un bien puisse être incorporel (CC, 16/01/1982, n° 81-132 DC, p. 18 et 11/02/1982, n° 83-162 DC, p. 19 et 04/07/1989, n° 89-254 DC, p. 41 ; Cass. Crim., 14/11/2000, n° 99-84522, Bull. crim., n° 338 ; D. 2001. 1423, note B. de LAMY ; RSC 2001. 385, obs. R. OTTENHOF ; RTD civ. 2001. 912, obs. T. REVET ; RTD com. 2001. 526, obs. B. BOULOC ; Cass. Crim., 22/09/2004, n° 03-82266 ; Dr. pénal 2004, comm. 177, obs. J.-H. ROBERT). Sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. V. MAZEAUD, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RTD civ., 2014, p. 29.

²³⁶ D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », APD, 1999, p. 75 ; J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors du Code civil », LPA, 2005, n° 118, p. 4, n° 26 ; J. FRANCOIS, « Les créances sont-elles des

monnaie courante.²³⁷ La propriété des droits ne pose aucun problème non plus, dès lors qu'ils peuvent être échangés sur un marché.²³⁸ La sacro-sainte distinction personne/chose est également remise en cause : le corps humain est réifié, les droits de la personnalité exploitables. En fait, la liberté contractuelle domine : le droit est supposé prendre acte des évolutions de l'économie, donc si une valeur est échangeable, c'est qu'il existe un bien qui en est le support.

Ainsi, la notion de bien actuelle puise ses origines dans trois influences. Elle retient de la théorie classique la *summa divisio* entre personnes et choses et la maîtrise que le propriétaire exerce sur ses biens. La théorie du patrimoine l'a replacée dans un contexte d'obligations et y a intégré la notion de patrimonialité et son corollaire, la saisissabilité. Enfin, la théorie moderne l'a recentrée sur la notion de valeur et a accentué l'importance de l'exclusivité, prenant comme modèle l'échange marchand. Il convient de proposer une autre approche empreinte de réalisme, plus ouverte et pragmatique, sans rejeter les apports des théories précédentes. Cela passe par une redéfinition de la notion de valeur.

La redéfinition de la notion de valeur

31. Définition du réalisme – Le réalisme tel que nous l'entendons ici n'est pas ontologique : le but n'est pas de découvrir la vraie nature des choses ou leur aptitude naturelle à être des biens. Il s'agit simplement de se concentrer sur chaque chose (*res*) susceptible de

biens ? », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, n° 9, p. 155 ; M. MIGNOT, art. préc., n° 20 et s.

²³⁷ On peut d'ailleurs noter que les principaux artisans de la théorie valoriste sont des spécialistes du droit de la propriété intellectuelle. En faveur de l'existence des biens incorporels : H. BATTIFOL, art. préc. ; A. PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel : essai d'approche de la notion de bien », in *Aspects du droit privé en fin du XXe siècle : Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, p. 55-62 ; P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », APD, 1999, p. 61-63 ; C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », JCP G, 2004, doctr. 162 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 53 ; C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2019, n° 4 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 43 ; H. PERINET-MARQUET (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant*, version finale du 15 mai 2009 (art. 520). *Contra*, D. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, p. 47 ; « Du corporel », D. 2004, p. 2285 ; D. GUTMANN, art. préc. ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 207-209.

²³⁸ P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 12 ; C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, n° 8. Pour certains auteurs, tous les biens seraient des droits, et donc tous seraient incorporels (P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. I, Paris, LGDJ, 28^{ème} éd., 2001, n° 14 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 17^{ème} éd., 2019, n° 4). Sur l'assimilation entre bien et droit, cf. F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », art. préc., p. 89 ; M. MIGNOT, art. préc., n° 60 et s. ; P. BERLIOZ, *op. cit.*, n° 476 et s. ; J. FRANCOIS, art. préc., n° 5 et s. ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 1.

faire partie ou non de la catégorie des biens, de s'interroger sur la pertinence de lui accorder une telle qualification, puis de proposer un régime qui lui est adaptée. Cela nécessite de réfléchir à des critères. Trois questions se posent. La première est : cette chose appartient-elle au domaine du droit ? Il faut pour cela qu'elle soit une chose juridique : elle doit exister en droit, et pas simplement en fait. Nous avons déjà abordé cet aspect.²³⁹

La deuxième question est la suivante : peut-elle être appropriée ? Car c'est tout l'intérêt de la notion de bien : distinguer les choses appropriables de celles qui ne le sont pas.²⁴⁰ Celles qui le sont font l'objet d'un droit exclusif et privatif, alors que celles qui ne le sont pas sont accessibles à tous dans les limites fixées par la loi.²⁴¹ Il faut cependant distinguer exclusivité et rivalité. En économie, la rivalité signifie que l'usage d'un bien par une personne empêche ou diminue l'usage de ce même bien par une autre. En comparant cette caractéristique à celle de l'exclusivité, on aboutit à la distinction de quatre types de biens : les biens privés (rivaux et exclusifs), les biens communs (rivaux mais non-exclusifs), les biens « de club » (non-rivaux mais exclusifs) et les biens publics purs (non-rivaux et non-exclusifs).²⁴² Reprendre cette distinction économique dans le raisonnement juridique est pertinent : seules les choses objets d'un droit exclusif ont la qualification de biens juridiques.²⁴³

Enfin, la dernière question à se poser est : quelle est l'utilité de cette chose ? En effet, l'utilité est au centre de la notion de bien : c'est elle qui détermine sa qualification.²⁴⁴ Il s'agit

²³⁹ Cf. *supra*, n° 23. Par ailleurs, la chose en question peut exister uniquement en droit et pas en fait, comme un droit subjectif par exemple.

²⁴⁰ Sur le critère de l'appropriation en droit roumain, v. V. STOICA, « Commentaire introductif au Livre III : Des biens », in *Nouveau Code civil roumain*, Paris, Dalloz, 2013, p. 173-186.

²⁴¹ Sur la nécessité d'un droit exclusif sur le bien, J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, p. 279 ; E. MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, Litec, 1991, p. 221 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », art. préc., p. 91 ; T. REVET, « Notion de bien (note sous Crim., 14/11/2000) », RTD civ., 2001, p. 912 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 21 ; M. MIGNOT, art. préc., n° 36 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 228 et s. ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 707 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 56 ; R. LIBCHABER, « Biens », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 11. *Contra*, C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, n° 197 (qui considèrent que la propriété est un droit subjectif, et c'est à ce titre qu'elle est exclusive, ce critère n'est donc pas un attribut spécifique du droit des biens).

²⁴² C. HESS, E. OSTROM, « Introduction : An Overview of the Knowledge Commons », in *Understanding Knowledge as a Commons : From Theory to Practice*, MIT Press, 2007. Ex. : un logement d'habitation est un bien privé, l'air est un bien commun (car tout le monde y a accès mais la pollution générée par une personne peut gêner l'usage par les autres, situation appelée « tragédie des biens communs » par les économistes), une émission de télévision est un bien « de club » (dans la mesure où elle peut nécessiter un abonnement payant pour y avoir accès), et les infrastructures routières sont des biens publics (en tout cas celles qui n'ont pas été privatisées).

²⁴³ Cela implique de considérer que les biens publics ne sont pas des biens. En réalité, il s'agit d'une catégorie très particulière de biens qui sort de notre étude car elle est soumise au droit public. L'Avant-projet de réforme de l'Association Henri-Capitant les soustrait également du régime des biens (art. 518). Pour les biens communs, nous les avons déjà exclus en les qualifiant uniquement de choses (cf. *supra*, n° 23). Cf. W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 317 et s.

²⁴⁴ R. von IHERING, *L'esprit du droit romain*, Paris, A. Marescq, 3^{ème} éd., trad. O. de Meulenaere, t. 4, 1877-1878, § 70, p. 328 ; E. BERTIN, C. AUBRY, et C. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Impr. et libr. gén.

de l'interrogation la plus importante, car c'est elle qui va déterminer la nature et le régime de chaque bien. On voit ainsi l'apport d'une approche réaliste : plutôt que de se concentrer sur ce que le propriétaire peut matériellement faire sur son bien, il faut s'interroger sur ce à quoi peut servir le bien, ce qui entraînera des effets sur les prérogatives du propriétaire.²⁴⁵ Il faut partir de la réalité du bien avant de se questionner sur les pouvoirs. Mais réalisme ne signifie pas naturalisme : l'utilité du bien est déterminée socialement, par la règle de droit. Parce que le bien a une certaine utilité sociale, sa gestion sera limitée ou libre.²⁴⁶

32. Limites des autres théories – Les précédentes théories présentent toutes le défaut d'être trop subjectivistes. La théorie classique ne s'intéresse qu'au point de vue du propriétaire et ses prérogatives sur le monde qui l'entoure. Elle prend pour point de départ la volonté du sujet et se demande sur quoi cette volonté peut s'appliquer. Ce raisonnement cache un élément important : ce qui détermine la volonté. Son moteur est l'utilité du bien : c'est parce qu'il présente un avantage pour lui que le propriétaire souhaite en avoir la maîtrise.²⁴⁷ La théorie classique ajoute dans un second temps le caractère exclusif de cette appropriation pour en renforcer l'idée de maîtrise individuelle, mais il est en réalité inhérent à l'objet. Si la chose est accessible à tous, il ne s'agit pas d'un bien mais d'une chose commune. Enfin, la notion de maîtrise, centrale dans cette théorie, est en fait accessoire. La maîtrise n'est qu'une conséquence éventuelle de la réservation des utilités, qui n'est pas liée à la propriété mais à la gestion.²⁴⁸ Le rapport entre maîtrise et propriété est un rapport de corrélation et pas de causalité.

La théorie du patrimoine est fonctionnaliste : elle ne voit le droit et les biens que comme un rapport d'obligations, les biens n'ayant qu'une fonction de garantie des dettes. L'évolution du droit positif vers l'admission d'autres utilités aux biens, justifiant leur protection, met à mal ce postulat. La patrimonialité (dans son sens le plus strict de saisissabilité) n'est pas un critère pertinent pour la qualification de bien au regard des nuances qui s'y appliquent.

La théorie moderne, quant à elle, limite son étude des relations juridiques aux seuls échanges marchands, oubliant que l'utilité d'un bien peut être extra-économique. Elle considère

jur., t. 2, 6^{ème} éd., 1935, § 162 ; J. PARAIN-VIAL, « La catégorie de l'avoir chez Gabriel Marcel », APD, 1979, p. 193 ; M. MIGNOT, art. préc., n° 71 ; W. DROSS, *Droit des biens*, op. cit., n° 8.

²⁴⁵ Dans le même sens, F. PLANCKEEL, « La combinaison de l'usufruit et du bail », RTD civ., 2009, p. 639, n° 20 ; W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », RTD civ., 2012, p. 419.

²⁴⁶ Cf. *infra*, n° 129 et s.

²⁴⁷ « Tout droit quelconque existe pour le service, pour l'utilité de l'homme ; toujours il a pour contenu un bien, de nature morale ou économique, qui, objectivement, représente une valeur, et, subjectivement, au regard de l'individu bénéficiaire, un intérêt. » J. DABIN, op. cit., p. 65.

²⁴⁸ Cf. *infra*, n° 75.

qu'est un bien toute valeur marchande disponible et patrimoniale.²⁴⁹ Parce que la valeur doit être disponible (afin d'être accessible à l'échange), il est nécessaire qu'elle soit attribuée exclusivement et donc rattachée à un ou plusieurs propriétaires. Bien que cette définition soit plus large que les précédentes, en ce qu'elle intègre les choses incorporelles et partiellement insaisissables, la délimitation qu'elle propose est imparfaite. Ce n'est pas parce qu'une chose se vend qu'elle est un bien ; c'est parce qu'elle présente certaines utilités qui rendent sa vente possible.²⁵⁰ La théorie moderne ne retient qu'une seule utilité ultime à toute chose : la faculté d'en retirer un profit.²⁵¹

La conception réaliste de la notion de bien permet d'améliorer les théories précédentes en comblant leurs lacunes, tout en expliquant les évolutions du droit positif. Elle passe par la redéfinition de la notion de valeur et la prise en compte de l'utilité sociale des biens.

33. Relation entre valeur et utilité – La valeur est un concept délicat, source de nombreux débats. Comme le terme « bien »²⁵², elle comprend à la fois un sens technique (mesure attachée à une chose, évaluation) et un sens moral (ce qui est considéré comme bon, beau, bien, juste...). En économie, la valeur est ce qui permet aux relations marchandes de rester stables : parce que la valeur des biens est unanimement reconnue, leur échange est possible. Elle apporte de l'objectivité aux relations économiques.²⁵³ Les auteurs classiques en ont donc conclu que cette valeur se fondait sur un élément stable et objectif, attaché à chaque chose, ce qui explique leur échangeabilité.²⁵⁴ Reprenant cette idée, le courant néoclassique²⁵⁵ s'est inspiré de la philosophie utilitariste et en a déduit que la valeur était déterminée par l'utilité que représentait le bien.²⁵⁶ L'utilité se définit comme un avantage de n'importe quelle nature

²⁴⁹ M. MIGNOT, art. préc., n° 14. L'auteur considère que la valeur économique est un critère nécessaire et préalable à la qualification de bien, mais que cette qualité est susceptible de degrés selon la patrimonialité dont le bien fait l'objet.

²⁵⁰ E. MACKAAY, art. préc., p. 221 ; W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 25.

²⁵¹ Un auteur a pourtant prévenu : « Le règne de la valeur signifierait la disparition même du droit des biens, ce droit attaché à la singularité des choses, et donc menacé par l'extension indéfinie des effets de la fongibilité – véritable équivalence généralisée entre les biens, niant toute possibilité de distinction. » R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 66.

²⁵² Y. THOMAS, art. préc., p. 424.

²⁵³ A. ORLEAN, *L'empire de la valeur*, Paris, Seuil, 2011, p. 21.

²⁵⁴ Le critère retenu était celui du temps de travail nécessaire à la production de la chose ou de la valeur des marchandises incorporées. Cf. A. SMITH, *Essai sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, t. I, chap. IV, « De l'origine et de l'usage de la monnaie » ; D. RICARDO, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817, chap. I, « De la valeur » ; K. MARX, *Le Capital*, 1867, Livre 1^{er}, chap. I, « La marchandise ».

²⁵⁵ Il est également appelé « marginaliste », car il se fonde sur le principe de l'utilité marginale décroissante, postulat selon lequel la fonction d'utilité d'un individu à l'égard d'un bien diminue à mesure qu'il consomme ce bien.

²⁵⁶ Cf. la citation de Walras, *supra* note 233.

retiré d'une chose, permettant de satisfaire un besoin. La théorie néoclassique conserve une approche objective de l'utilité : elle est déterminée selon des caractéristiques attribuées aux biens (ex : apport nutritionnel, esthétisme...), l'individu se distinguant uniquement par la sélection des caractéristiques qu'il recherche personnellement.²⁵⁷ Face à l'utilité, qui implique le désir, on oppose la rareté, et c'est leur confrontation qui donnerait la valeur.²⁵⁸ Or, la rareté n'est pas une grandeur objective : elle dépend uniquement des désirs des consommateurs et du partage économique que la société opère.²⁵⁹ La rareté est relative et déterminée par le marché²⁶⁰, elle ne peut donc pas servir à définir la valeur de manière objective.

Une approche subjectiviste s'est progressivement développée, constatant les failles de l'analyse précédente.²⁶¹ Considérant l'économie comme une science sociale parmi d'autres²⁶², elle admet que la valeur n'est pas une caractéristique de la substance du bien, et qu'elle est déterminée de manière exogène par les faits sociaux.²⁶³ L'utilité au sens néoclassique est stable et autonome, chaque individu ayant sa propre fonction d'utilité qui ne dépend pas des autres individus mais uniquement de l'utilité que peuvent lui apporter les biens. Or, celle-ci est influencée par le comportement des autres : certaines choses inutiles sont chères uniquement parce qu'elles sont rares.²⁶⁴

²⁵⁷ K. LANCASTER, « A new approach to consumer theory », *Journal of Political Economy*, 1966, vol. 74, n° 2, p. 193, cité par A. ORLEAN, *op. cit.*, p. 66. Marx parle de « fétichisme de la marchandise » pour critiquer cette idée (K. MARX, *Le capital*, Livre 1, Paris, Flammarion, 1985, p. 69). Néanmoins, il se contredit puisqu'il présente en parallèle une théorie de la valeur-travail, qui est une conception objective de la valeur (A. ORLEAN, *ibid.*, p. 45 et s.).

²⁵⁸ M. MIGNOT, art. préc., n° 31 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 2.

²⁵⁹ A. ORLEAN, *op. cit.*, p. 134 et s. Il cite un auteur qui a constaté que les sociétés primitives ne connaissaient pas le problème de la rareté malgré le peu de ressources dont elles disposaient, puisque tout le monde voyait ses besoins satisfaits, non seulement parce que les exigences de chacun étaient abaissées, mais aussi parce que les inégalités étaient faibles et que chaque membre du groupe était pris en charge (M. SAHLINS, *Age de pierre, âge d'abondance. L'économie des sociétés primitives*, Paris, Gallimard, 1976).

²⁶⁰ Le marché du diamant en est un stéréotype : à la fin du XIX^{ème} siècle, l'entreprise De Beers a organisé une pénurie de diamants dans l'unique but d'augmenter les prix en contrôlant l'offre, alors même qu'elle disposait de stocks faramineux. Parallèlement, elle a œuvré à augmenter la demande des pierres grâce à des opérations marketing très efficaces.

²⁶¹ C. GRZEGORCZYK, art. préc., p. 265-266.

²⁶² Alors que la théorie néoclassique a pour but d'isoler la science économique et de la fonder sur des modèles mathématiques abstraits, indépendants des relations sociales. Le modèle de l'*homo oeconomicus* est en ce sens : individu dont les choix sont uniquement fondés sur la raison (cf. *infra*, n° 166).

²⁶³ E. DURKHEIM, « Jugements de valeur et jugements de réalité », in *Sociologie et philosophie* (1924), Paris, PUF, 1967, p. 91 et s.

²⁶⁴ C'est le phénomène de la consommation ostentatoire, mis en relief par Veblen. A. ORLEAN, *op. cit.*, p. 147 et s.

34. Distinction entre bien et marchandise – Prenant acte de ce débat²⁶⁵, des juristes ont essayé d’interpréter la notion et de l’utiliser dans leurs modèles.²⁶⁶ Mais ils ont omis, selon nous, un élément essentiel : la théorie de la valeur est une théorie économique. Plus précisément encore, elle ne s’intéresse qu’à l’échange marchand. La théorie majoritaire a le défaut d’assimiler bien et marchandise. Cette confusion pose deux problèmes. Le premier est l’extension de la notion de bien à toute valeur abstraite. Or, le bien nécessite une certaine réalité, sans quoi la notion aboutirait à un enchevêtrement complexe de prérogatives partagées entre de nombreux semi-proprétaires.²⁶⁷ Mais surtout, cela revient à confondre droit et économie et à exclure toutes les choses n’ayant pas de valeur marchande. La tendance actuelle consiste à voir dans l’économie l’alpha et l’oméga de toute la vie sociale, comme si la loi du marché s’imposait en priorité sur toutes les relations sociales.²⁶⁸ L’idée est la suivante : certaines ressources sont limitées, elles doivent donc être réparties entre les hommes, et c’est le rôle du droit de s’assurer que cette distribution est respectée.²⁶⁹ La doctrine moderne, rompue à l’analyse économique néoclassique, ajoute que cette répartition doit nécessairement passer par l’intermédiaire du marché, seule institution à même d’établir une juste affectation. Or, le marché fonctionne selon un unique modèle, celui de l’échange, ce qui nécessite d’attribuer un prix à chaque chose.²⁷⁰ Par conséquent, les juristes en concluent que sont des biens uniquement les choses susceptibles d’être échangées, reconnues par le fait qu’elles sont évaluables en argent.²⁷¹

²⁶⁵ M. MIGNOT, art. préc., n° 28 ; C. GRZEGORCZYK, art. préc. Ce dernier en conclut que la notion de bien est un « terme primitif » indéfinissable, un axiome du droit comme l’est la personne et la notion de « sien » (lien d’appropriation). Il défend alors un conventionnalisme qui admettrait que c’est le droit lui-même qui décide de la qualification de bien, car il s’agit d’une science performative (qui a une influence sur son objet d’étude) et pas simplement descriptive. Il s’agit donc d’une approche subjective : la valeur n’est pas une caractéristique du bien mais est déterminée par un fait social (le droit).

²⁶⁶ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277-283 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », art. préc. ; F. ZENATI, « L’immatériel et les choses », art. préc. ; M. MIGNOT, art. préc., p. 1821-1832. Pour une analyse très conforme à l’orthodoxie néoclassique, cf. H. LEPAGE, « L’analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, 1985, p. 92.

²⁶⁷ *Contra*, J. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 21. En droit positif, une telle conception est devenue réalité sous l’Ancien droit, où la multiplication des tenures rendait la situation illisible, cf. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 294 et s.

²⁶⁸ B. OPPETT, art. préc. ; M. MIGNOT, art. préc., n° 100.

²⁶⁹ La même idée se retrouve dans l’analyse marxiste, cf. F. ZENATI, « Le droit et l’économie au-delà de Marx », *APD*, 1992, p. 121 et s.

²⁷⁰ En effet, l’échange est une relation d’équivalence, où chaque chose donnée est de valeur égale à la chose reçue. Cela nécessite de pouvoir calculer les valeurs en jeu, à travers la comparaison monétaire. La valeur monétaire attribuée est appelée le prix. Sans prix, le marché ne peut pas fonctionner. Sur l’apparition et le développement du système de marché, cf. K. POLANYI, *op. cit.*, p. 85.

²⁷¹ Pour un exposé de ce raisonnement, H. LEPAGE, art. préc. Les auteurs se fondent sur l’article 537 du Code civil pour justifier cette exclusion : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent. » R. LIBCHABER, « Biens », *Rép. civ.* Dalloz, 2018, n° 92.

Pourtant, il existe d'autres modes de relations économiques que l'échange marchand. Ce dernier suppose des agents individuels et autonomes, à égalité, à la fois producteurs et échangeurs.²⁷² Ce type de situations est effectivement celui auquel s'applique le droit commercial. Or, le droit des biens ne se restreint pas à ce dernier. Il s'applique aussi au droit du travail, au droit de la famille, au droit des personnes, où les relations entre individus sont loin d'être marchandes. La raison pour laquelle il est si difficile d'admettre que le droit des biens puisse y pénétrer est l'assimilation du bien à la marchandise.²⁷³

Distinguer les deux est pourtant possible. Il suffit de se fonder sur une dichotomie mise en lumière depuis Aristote : la valeur d'usage et la valeur marchande.²⁷⁴ La valeur d'usage renvoie à toutes les utilités que le bien peut procurer du fait de ses caractéristiques. La valeur marchande est celle que lui attribue le marché et qui permet son échange. La valeur marchande n'est donc pas une valeur : elle est une source d'utilités possibles du bien.²⁷⁵ Ainsi, les biens qui ont une valeur monétaire possèdent *ab initio* plusieurs utilités : ils peuvent être échangés contre des liquidités via la vente ou servir de garantie en remboursement d'une dette. D'autres peuvent s'ajouter selon leur nature : une voiture, par exemple, peut être utilisée comme moyen de déplacement, voire comme modèle d'exposition s'il s'agit d'un exemplaire rare. Le propriétaire de cette voiture peut aussi lui accorder une valeur sentimentale particulière, et la simple conservation de l'objet en sa possession présentera un intérêt pour lui. Mais inversement, si une chose n'a pas de valeur marchande, cela ne signifie pas qu'elle ne comporte aucune utilité et qu'elle ne mérite pas de protection juridique.²⁷⁶ La distinction des notions de bien et de

²⁷² A. ORLEAN, *op. cit.*, p. 19.

²⁷³ « Les marchandises sont définies comme des objets produits pour la vente sur le marché. (...) Par conséquent, chaque élément de l'industrie est considéré comme ayant été produit pour la vente. (...) Cela signifie en pratique qu'il doit y avoir des marchés pour tous les éléments de l'industrie (...) ; et que chaque élément a un prix qui agit réciproquement sur l'offre et la demande. » Parmi les éléments de l'industrie, on trouve selon cet auteur le travail (donc le corps et la personne), la terre (et par extension la nature) et la monnaie, ce qui aboutit à qualifier de marchandises des entités qui n'ont à l'origine pas été produites pour la vente. K. POLANYI, *op. cit.*, p. 122.

²⁷⁴ ARISTOTE, *Politique*, I, 9, 1257 a 5 et s. Atias parle « d'utilité naturelle » et « d'utilité civile » (C. ATIAS, *op. cit.*, n° 104 et s.) V. aussi C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 2, § 191 ; W. DROSS, « Une approche... », art. préc. Pour une thèse assez proche, cf. M. MIGNOT, art. préc., n° 70 et s.

²⁷⁵ W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 22 et s. ; B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse de doctorat, droit, Paris-Sud XI, 1999, n° 474 et s.

²⁷⁶ W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 329 et s. Certains auteurs (C. GRZEGORCZYK, *op. cit.*, p. 265 ; V. MERCIER, *op. cit.*, n° 192) font une comparaison entre une pierre et un diamant trouvés au sol : même si les deux sont appropriables, le premier ne sera pas qualifié de bien alors que le second le sera. Ils en concluent que c'est parce que le diamant comporte une valeur marchande. Or, si la pierre n'est pas qualifiée de bien, c'est parce qu'elle n'a pas de valeur du tout car elle est parfaitement inutile. Si, en revanche, la personne la ramasse et décide d'en faire un presse-papier, elle deviendra un bien par cette nouvelle utilité attribuée, et il sera interdit à un tiers de la lui prendre sans son consentement. La pierre pourra éventuellement acquérir une valeur marchande si son nouveau propriétaire décide de la vendre, en tant que presse-papier. On constate donc bien dans cet exemple que c'est l'utilité attribuée à la chose qui lui donne une valeur marchande, et ainsi de nouvelles utilités.

marchandise intègre l'idée qu'une chose puisse être qualifiée de bien, et donc protégée en tant qu'elle est utile, sans qu'il soit possible de l'échanger ou d'avoir une maîtrise absolue dessus. Selon l'utilité que l'on confère au bien, le régime qui lui est appliqué sera adapté.²⁷⁷

35. Relation entre valeur et gestion – Nous pouvons finalement conclure que le bien se définit comme une chose appropriable comportant un certain nombre d'utilités réservées à son propriétaire. Pour parfaire cette démonstration, il faut encore se demander comment déterminer l'utilité d'un bien.²⁷⁸ Qui décide s'il a vocation à être échangé, dans quelles conditions il doit être utilisé et sous quelles limites ?²⁷⁹ A cette question, plusieurs réponses s'imposent. La première source est exogène. Il s'agit de la société dans son ensemble, représentée par la loi. Ainsi, elle admet par principe que tout bien est disponible mais prévoit pour certains des régimes spéciaux.²⁸⁰ La seconde source est endogène : toute personne peut décider que ses propres biens doivent ou pas être considérés comme des marchandises. C'est le propriétaire qui choisit la valeur à attribuer à ses biens, sous réserve du respect de la loi.²⁸¹ La prise en compte de ces deux éléments est nécessaire lorsque l'on gère des biens, en particulier pour autrui. On constate ainsi qu'il existe un lien fort entre valeur et gestion, qu'il convient de faire ressortir.

La notion de gestion

36. Notion extrajuridique – La gestion est un terme vague qui n'est pas familier au juriste.²⁸² On en trouve des occurrences dans plusieurs textes, mais le terme ne recouvre pas de sens précis. Il est parfois assimilé à toute action réalisée pour autrui²⁸³, et parfois distingué de

²⁷⁷ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 217-218. Selon la classification de l'auteur, nous nous placerions au sein du « troisième niveau », parmi les auteurs qui admettent qu'un bien puisse être hors du commerce. V. aussi A.-G. VAILLANT-SAYOUS, *La valeur des biens en droit français*, Pau, thèse de doctorat, 2018 pour un raisonnement semblable au nôtre.

²⁷⁸ M. MIGNOT, art. préc., n° 33.

²⁷⁹ *Ibid.*, n° 103 et s.

²⁸⁰ Art. 537 C. civ. : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. » De même, Cass. Civ. 2^{ème}, 15/11/1995, Bull. civ. II, n° 248 : « Seuls les biens que la loi déclare insaisissables ne peuvent être saisis. » Cela explique pourquoi la qualification de bien et les contours qui lui sont attribués sont variables dans le temps et dans l'espace : ils dépendent de considérations sociales et politiques (J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 210).

²⁸¹ Cf. *infra*, n° 161.

²⁸² B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 3. V. pour une tentative (assez incomplète) de définition : B. ALIBERT, « La gestion : essai de définition juridique », LPA, 26/02/1997, n° 25, p. 10.

²⁸³ Pour une liste non exhaustive, et limitée au Code civil : les termes « gestion » et « gérer » apparaissent dans les régimes de la gestion d'affaires (art.1301 et s. C. civ.), du droit des personnes protégées (art. 385 C. civ. pour

la simple conservation.²⁸⁴ Son origine est extrajuridique. Dans le langage commun, il s'agit au sens strict d'une discipline du secteur économique qui renvoie à l'organisation d'une entreprise ou de ses composantes (gestion des ressources humaines, gestion des stocks, gestion comptable...²⁸⁵ Au sens large, elle est un synonyme de « faire », mais comporte en plus un aspect technique et l'idée d'une organisation.²⁸⁶ Bien qu'elle ne fasse pas véritablement partie du vocabulaire juridique, les dictionnaires spécialisés en donnent une définition : gérer, c'est « administrer (au sens large de ce terme) ; faire valoir un bien ou une masse de biens ; s'occuper de certaines affaires. »²⁸⁷ Là encore, le terme reste assez vague et il est difficile de distinguer en quoi consiste réellement cette action. Néanmoins, le deuxième terme du sujet fait son apparition et semble donc lié au premier : la gestion peut porter sur des biens. Plus encore, elle vise à « faire valoir » ces biens, c'est-à-dire, au sens propre, leur donner de la valeur. Il s'agit là d'un aspect intéressant : donner de la valeur à un bien ou une masse de bien, ce n'est pas simplement en faire usage. C'est même éventuellement l'inverse, lorsque cet usage détériore le bien et diminue sa valeur. Or, il semblerait que la fonction d'un bien soit *a priori* d'être usé, de servir à ce pour quoi il a été conçu ou récolté.

Par ailleurs, la gestion s'oppose également à la direction. M. Cuif fait justement remarquer que gestion et direction correspondent à deux fonctions politiques que se partagent le chef d'État et le gouvernement.²⁸⁸ On comprend ainsi que celui qui gère n'est pas celui qui détermine la finalité de son action, qu'elle lui est imposée.²⁸⁹ Nous choisirons pour la suite de

l'administration légale, art. 401 et s. C. civ. pour la tutelle des mineurs, art. 496 et s. C. civ. pour les actes réalisés par le tuteur, art. 493 et s. C. civ. pour le mandat de protection future), de la gestion successorale (art. 812 et s. C. civ.), de la libéralité résiduelle (art. 1060 C. civ.), de l'indivision (art. 815-12 et 1873-5 et s. C. civ.), des régimes matrimoniaux (art. 1421 et 1540 C. civ.), du mandat (art. 1992 et s. C. civ.), de la fiducie (art. 2025 C. civ.), de l'absence (art. 118 C. civ.). Le terme est aussi utilisé pour désigner la personne ou l'entité chargée de la gestion (« gérant », « organe de gestion », « société de gestion »). Il est intéressant de noter qu'en matière de société, il y est fait référence pour mentionner les prérogatives du dirigeant (désigné comme « organe de gestion, de direction ou d'administration », art. 1840 C. civ.), des associés (art. 1832-1 C. civ. : « Même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la *gestion sociale*. » Nous soulignons), ou tous les organes de la société (art. 1833 C. civ. : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. » On peut considérer que ce texte s'applique à tous les organes ; *contra* : S. SCHILLER, « Les conséquences de la nouvelle rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire », JCP N, 2020, 1034).

²⁸⁴ Ex : art. 2488-10 C. civ. pour les agents de sûreté.

²⁸⁵ Dictionnaire Larousse, v. « Gestion », sens 2. P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2004, II. V. aussi B. LANCON, « Trois mots en grande forme », *Le Monde*, 29/10/1996, qui fait le lien entre le sens économique du mot « gérer » et son utilisation dans le langage courant.

²⁸⁶ « L'action ou la manière de gérer, d'administrer, de diriger, d'organiser quelque chose. » Dictionnaire Larousse, v. « Gestion », sens 1. P.-F. CUIF, *op. cit.*, II.

²⁸⁷ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Gestion ».

²⁸⁸ P.-F. CUIF, *op. cit.*, II.

²⁸⁹ « L'expression décrit l'activité d'une personne au service d'une autre, dans un certain rapport de dépendance. » P.-F. CUIF, *op. cit.*, II. V. aussi B. ALIBERT, art. préc.

nos développements de nommer « gestionnaire » celui qui est chargé de la gestion. Nous préférons ce terme à celui de « gérant », qui s'applique plus spécifiquement au droit des sociétés, à l'indivision conventionnelle ou à la gestion d'affaires.²⁹⁰ Il s'agit simplement d'une spécificité sémantique qui n'a pas d'influence sur la mission confiée. Que son action soit orientée vers un objectif spécifique²⁹¹, rendue nécessaire par les circonstances²⁹², ou bien dans un but indéterminé²⁹³, le terme de « gérant » recouvre des régimes disparates.²⁹⁴ Le terme « gestionnaire » a l'avantage de recouvrir tous les cas de gestion, indépendamment du terme employé dans chaque régime.

Ces deux aspects, l'idée de valorisation et la dissociation d'avec la direction, permettent de donner une première approche de la gestion : il s'agit d'une action ayant pour finalité imposée d'avoir un effet sur la valeur des biens d'une personne. Gérer signifie valoriser, c'est-à-dire perpétuer et accroître la valeur.²⁹⁵ Bien définir la valeur permet de donner une orientation à la gestion et de l'encadrer. Le but de cette thèse étant de faire de la gestion des biens d'autrui une notion opérationnelle, il convient de préciser cette définition et de lui donner une force juridique. Nous allons tenter de démontrer qu'elle peut se définir comme l'accomplissement d'actes matériels ou juridiques visant à permettre l'usage auquel le bien est destiné.

L'accomplissement d'actes matériels ou juridiques

37. Élargissement à tous les actes – Nous avons défini la gestion comme une action. Cela signifie que le gestionnaire doit accomplir quelque chose de manière volontaire et consciente. L'inertie n'est pas l'attitude attendue de lui.²⁹⁶ En droit, l'action se manifeste de deux manières : au travers d'actes juridiques et d'actes matériels.

Il existe plusieurs sortes d'actes juridiques, dont la typologie varie. La *summa divisio* distingue les actes patrimoniaux et extrapatrimoniaux, les premiers portant sur des éléments du

²⁹⁰ V. dans le même sens P.-F. CUIF, *op. cit.*, II.

²⁹¹ Comme dans le cadre de la société, qui a pour objectif de partager un bénéfice ou profiter d'une économie (art. 1832 C. civ.).

²⁹² Ce qui est le cas de la gestion d'affaires.

²⁹³ Ce qui concerne l'indivision, et en particulier l'indivision entre partenaires pacsés, composée de tous les biens acquis durant l'union (art. 515-5-1 et s. C. civ.).

²⁹⁴ Remarquons également que sont concernés des propriétés individuelles (gestion d'affaires) comme collectives (indivision, société).

²⁹⁵ V. MIALHE, « La délimitation des prérogatives en fonction des techniques », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, II.

²⁹⁶ A. COURET, « Le désintéret social », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 63-77.

patrimoine et les seconds sur la personne.²⁹⁷ Seuls les premiers nous intéressent ici. Pour ce qui concerne la gestion, on classe les actes patrimoniaux en fonction de leur gravité, distinguant entre les actes conservatoires, d'administration et de disposition.²⁹⁸ On pourrait penser que la gestion se limite uniquement aux actes d'administration, les deux termes pouvant se confondre. Ce choix n'est pourtant pas le bon. La mise en œuvre de la gestion ne peut se contenter d'être restreinte à certains actes juridiques en raison de leur nature. Il convient d'en avoir une approche la plus large possible afin d'y intégrer tous les régimes qui répondent aux besoins de la gestion des biens d'autrui. C'est pourquoi la notion d'acte de gestion ne peut être limitée à certains actes particuliers comme les actes d'administration. Tout acte juridique qui porte sur un bien peut être qualifié d'acte de gestion, quel que soit sa nature.²⁹⁹ Il serait illogique de faire autrement et de considérer que le tuteur agit comme un gestionnaire lorsqu'il accomplit des actes d'administration et pas lorsqu'il conclut des actes de disposition. De même, la simple conservation d'un bien doit également être qualifiée de gestion, même si elle ne consiste qu'en une administration passive. Que l'acte conclu vise l'entretien d'un bien, son amélioration ou son aliénation, dans tous les cas, il s'identifie à un acte de gestion.³⁰⁰

Les actes matériels englobent une catégorie beaucoup plus large et fuyante. Tout fait volontaire peut être qualifié d'acte matériel. Il nous semble pourtant qu'il faille impérativement les inclure à notre sujet.³⁰¹ Il n'y a aucune raison de les exclure, sauf à vouloir restreindre le sujet au seul mécanisme de représentation. De plus, il peut être nécessaire pour le gestionnaire, dans le cadre de son action, d'accomplir des actes à la fois matériels et juridiques.³⁰² La gestion d'affaires matérielle ou le contrat d'entreprise ont donc toute leur place dans cette étude.

Visant à permettre l'usage auquel le bien est destiné

38. Usage, valeur et gestion – La gestion se distingue de l'usage et de la direction. Pour le comprendre, il faut s'arrêter sur la notion de valorisation. Cela signifie que l'action de gérer doit être orientée vers l'augmentation de la valeur du bien ou de la masse de biens,

²⁹⁷ C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 44.

²⁹⁸ Cf. *infra*, n° 228 et s.

²⁹⁹ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 3.

³⁰⁰ Cf. *infra*, n° 227 et s.

³⁰¹ B. BALIVET, *ibid.*

³⁰² Il peut par exemple acquérir un bien et ensuite l'entretenir en le réparant lui-même en attendant de le livrer à son propriétaire véritable.

indépendamment de sa nature ou de sa fonction.³⁰³ Nous avons déjà longuement traité de cette notion, mais sous l'angle économique uniquement.³⁰⁴ On en retrouve une définition dans les dictionnaires juridiques.³⁰⁵ Il est alors intéressant de constater que le terme « valeur » peut renvoyer à la fois à la caractéristique d'une chose (la qualité d'une chose estimable, appréciable, désirable), à la mesure de cette caractéristique (montant de la somme d'argent que représente la chose) et à la chose elle-même (moyen de désigner la chose à travers l'avantage qu'elle représente). Les trois définitions renvoient néanmoins à la même idée : la valeur est l'avantage que représente une chose. Cela rejoint nos remarques précédentes concernant la relation entre valeur et utilité.

Nous avons remarqué que d'une manière générale, la valeur est associée à l'argent : c'est l'unité de mesure utilisée pour rendre compte de cette caractéristique.³⁰⁶ La monnaie est en effet une unité de mesure socialement admise dont le but est d'apprécier l'avantage conféré par une chose du fait de sa rareté et de son utilité.³⁰⁷ Mais il s'agit simplement d'une unité de mesure : une plus grande valeur monétaire ne rend pas une chose plus rare ou plus utile, c'est alors confondre la cause et l'effet. A moins de voir la valeur comme une utilité à part entière : une plus grande valeur monétaire permet un échange plus avantageux contre une autre chose ayant une valeur égale. Ce processus transforme donc la valeur-unité de mesure en valeur-objet d'échange. Par conséquent, on comprend mieux en quoi la gestion, en tant que valorisation de biens ou d'une masse de biens, ne prend pas en compte l'usage et la finalité du bien. Du point de vue du gestionnaire, le bien n'est utile que dans la mesure où il a une valeur monétaire, et son but est de la faire croître.³⁰⁸ C'est exactement ce qui se passe dans un fonds de placement

³⁰³ V. MIALHE, art. préc.

³⁰⁴ Cf. *supra*, n° 34.

³⁰⁵ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Valeur ».

³⁰⁶ C'est ainsi que M. Cuif la définit : la valorisation se comprend pour lui comme la « mise en valeur » d'un bien à travers son amélioration, visant à la production de revenus ou comme la « fixation de la valeur » d'un bien à travers son échange contre un autre de même valeur, dans le but de créer une plus-value lors de cet échange (P.-F. CUIF, *op. cit.*, IV). Dans les deux hypothèses, le but du gestionnaire est d'augmenter la valeur monétaire par l'accroissement des flux de monnaie ou par l'acquisition d'un capital estimé d'après sa valeur monétaire. Les biens qu'il faudrait conserver ne le sont que dans l'espoir d'atteindre l'un ou l'autre de ces objectifs et pas pour l'utilité propre qu'ils représentent.

³⁰⁷ On parle d'une « unité de compte » ou « unité de valeur ». S. BENILSI, « Paiement », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 120. Il ne s'agit pas de la seule fonction de la monnaie, qui sert aussi d'unité de paiement (elle sert alors d'intermédiaire des échanges, permettant de les fluidifier) et de réserve de valeur (stocker la monnaie permet de protéger la valeur qu'elle représente afin de l'utiliser plus tard). Elle peut aussi être désirée pour elle-même et devenir un actif comme un autre. E. MIEN, A. STAES, « Les trois fonctions de la monnaie », *Regards croisés sur l'économie*, 2019/1, n° 24, p. 82. V. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1992, n° 483 et 487, qui estime que le rôle d'unité de valeur est le plus important du système, et constitue la nature profonde de la monnaie.

³⁰⁸ V. la parabole des talents (Évangile de Matthieu, 25-14,30), citée par P.-F. CUIF, *op. cit.*, II. Un maître confie à trois de ses esclaves une somme d'argent plus ou moins grande. Celui qui en a reçu le moins prend peur et

de valeurs mobilières par exemple : seule la valeur monétaire du bien importe, et le titre en lui-même n'a qu'une utilité subsidiaire (quelle est la réelle utilité d'un titre de propriété, si ce n'est représenter une valeur monétaire ?).³⁰⁹

Mais la valeur ne renvoie pas nécessairement à l'argent. La monnaie est une unité de mesure *sociale*³¹⁰, néanmoins il est possible d'apprécier l'avantage procuré par un bien à travers d'autres critères que la combinaison entre sa rareté et son utilité objective. Chaque individu peut subjectivement accorder plus ou moins de valeur à tel ou tel bien, parce qu'il lui est personnellement utile ou qu'il y est attaché pour des raisons affectives - la valeur sentimentale. Dans ce cas, la gestion opérée sera tout autre : le but ne sera pas d'augmenter la valeur monétaire du bien mais de conserver ou accroître son utilité subjective. Par exemple, le gérant d'une entreprise n'a pas d'intérêt à ce que ses machines gagnent en valeur monétaire, il a intérêt à ce qu'elles fonctionnent et continuent de fonctionner dans le but de poursuivre la production. De même, une personne en fauteuil roulant ne souhaite pas que son fauteuil lui assure une rentabilité financière, mais qu'il lui permette de se déplacer.

Ainsi, la gestion est une notion fonctionnelle : sa définition dépendra de l'usage qu'on lui assigne. La gestion consiste en la valorisation d'un bien ou d'une masse de biens. Or, cette fonction sera différente selon que la notion de valeur est associée à la somme d'argent que représente la chose ou à son utilité pratique. Et le choix entre ces interprétations sera déterminé par la fonction donnée aux biens en question : ces biens sont-ils destinés à assurer une rentabilité financière et donc à être échangés, ou leur utilité pratique est-elle plus importante ? L'usage détermine la valeur, qui oriente la gestion. Et la gestion a pour but de favoriser l'usage.

Telle que nous la définissons, la gestion ne se réduit donc pas au « management ». Selon l'usage auquel le bien ou la masse de bien est destiné, les pouvoirs conférés au gestionnaire et les obligations qui en découlent peuvent être très étendus ou très réduits. Est qualifiée de gestionnaire la personne qui agit ou qui a la faculté d'agir sur un bien en vue d'en permettre

thésaurise sa mise, tandis que les autres la font fructifier. A son retour, le maître félicite les deux derniers et sanctionne le premier. Ce texte biblique, pris au sens littéral, semble confirmer l'idée que la bonne gestion est celle qui vise la création de richesse. Mais une seconde lecture permet de comprendre que les talents ne sont qu'une métaphore des dons accordés par Dieu à chaque être humain, qu'il se doit d'exploiter. Le résultat de cette exploitation n'a aucune importance (le maître répond à chacun des esclaves qui a fait fructifier sa mise de départ que c'est « peu de choses » et les félicite également tous les deux, malgré l'inégalité de leurs bénéfices), l'important étant que ces dons soient utilisés.

³⁰⁹ C'est par ailleurs le principal reproche fait à la spéculation boursière, qui a pour effet de déconnecter la valeur monétaire des entreprises par rapport à leur valeur utile, et qui provoque leur financement en fonction de la rentabilité de leur titre et non de leur productivité réelle. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Pluriel, 2020, p. 312 et s.

³¹⁰ « L'unité de valeur, produit de la rencontre d'un groupe social et de consciences individuelles, et le trait d'union opératoire entre l'un et l'autre. » R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 77.

l'usage. La distinction est importante, car il existe des régimes dans lesquelles le gestionnaire n'a *a priori* pas de prérogatives sur le bien mais en acquiert du fait des circonstances et les exerce effectivement³¹¹, et d'autres dans lesquels il dispose de pouvoirs sur le bien mais n'est pas contraint de les exercer.³¹²

Ce constat provoque une conséquence importante pour la délimitation de notre sujet. Celui-ci ne se réduit pas à la gestion active et dynamique des biens. L'usage auquel le bien est destiné ne commande pas forcément de devoir s'activer pour le réaliser. Ainsi, si le bien représente uniquement une valeur utile et qu'il n'a nul besoin d'être réparé ou amélioré, la gestion peut simplement consister en son entretien quotidien, ou l'accomplissement de précautions pour éviter un risque futur. Le simple fait de conserver un bien dans un coffre-fort fait du dépositaire un gestionnaire de ce bien, parce que cette conservation occasionne la réalisation d'actes (achat et entretien du coffre-fort, souscription d'une assurance en cas de destruction, installation d'un dispositif de sécurité contre le vol ou l'incendie...). Pourtant, sa gestion n'a en soi rien de dynamique.

39. Définition retenue – En conclusion, nous choisissons de définir la gestion comme l'accomplissement d'actes matériels et/ou juridiques visant à permettre l'usage auquel un bien est destiné. Ce choix nous permet d'avoir une approche large du sujet et d'y inclure tous les régimes, quels que soient les actes qu'ils mettent en œuvre ; d'avoir une première approche de la fonction donnée à la gestion ; et de la distinguer de l'usage. Toute personne pouvant réaliser de tels actes sur le bien est qualifiée de gestionnaire, qu'il soit nommé pour réaliser une mission précise ou non. Mais définie comme telle, le risque est de confondre gestion et propriété. En effet, une partie de la doctrine considère que celui qui a la faculté d'accomplir des actes sur un bien en est le propriétaire. Il sera nécessaire de dissiper ce doute afin de donner à la gestion sa véritable autonomie en tant que concept juridique.

40. Problématique – Construire une théorie générale nécessite de passer par la délimitation de la notion étudiée, sans quoi elle ne se résume qu'à décrire des règles communes applicables à plusieurs régimes. Soulever des éléments communs aux différents mécanismes

³¹¹ C'est le cas en matière de gestion d'affaires (art. 1301 et s. C. civ.) ou de dépôt nécessaire (art. 1949 et s. C. civ.) par exemple. Dans la première, la gestion apparaît au moment où le gérant accomplit des actes sur le bien, en raison de l'impossibilité pour son propriétaire d'y pourvoir (art. 1301-1 C. civ.). Dans le second, elle apparaît en raison de l'urgence de la situation et de la détention du bien par le gestionnaire.

³¹² On peut citer comme exemple l'indivisaire, qui dispose de prérogatives sur les biens indivis (art. 815-2 et 815-3 C. civ.) mais n'est pas tenu de les exercer. A moins qu'il ne détériore lui-même les biens par sa faute, on ne peut en principe lui reprocher de ne pas les avoir conservés, malgré les pouvoirs dont il pouvait faire usage.

tels que la responsabilité du gestionnaire envers les tiers, la reddition de compte auprès du propriétaire ou l'obligation de conservation des biens gérés, ne permet pas de dégager la cohérence nécessaire à la construction d'un véritable système. Par ailleurs, cela ne répond pas à la question de l'étendue de cette théorie : à quelles institutions doit-elle s'appliquer ? A l'exclusion de quelles autres ? Selon quels critères ? Analyser la notion de gestion des biens d'autrui est par conséquent une étape préalable indispensable de notre étude.

Or, il ressort des développements précédents que la notion de propriété est au cœur de notre sujet et conditionne cette définition. Celle de personne doit être réduite à la seule personne physique, mais cela suppose d'admettre que le patrimoine n'est pas un sujet mais un objet approprié. Le bien doit être vu comme une somme d'utilités, et non comme une simple valeur pécuniaire, ce qui nécessite de reconnaître que des choses indisponibles puissent être qualifiées de biens, et que de telles choses puissent être appropriées. Pourtant, la doctrine tend à voir dans le pouvoir de disposition le cœur de la propriété. Enfin, le concept de gestion ne peut s'intégrer à la théorie juridique que s'il peut s'articuler avec celui de propriété. Pour l'instant, le champ de la propriété reste trop large et recouvre celui de la gestion, en raison de l'assimilation entre propriété et prérogatives sur les biens.

On constate rapidement qu'une réflexion sur la gestion des biens d'autrui impose au préalable de redéfinir la notion de propriété. Ce n'est qu'une fois ce travail réalisé que la notion pourra apparaître. Notre but sera de démontrer que propriété et gestion sont deux notions indépendantes, dont la titularité peut être réunie sur la même tête ou être distincte. Il conviendra alors de comprendre les fondements et la finalité de cette distinction.

Sur cette base, nous pourrons ensuite nous concentrer sur le régime de la gestion des biens d'autrui, et la possibilité de créer une théorie générale pour toutes les situations étudiées. C'est seulement à ce moment que le recensement des divers points communs entre les différentes techniques pourra être réalisé, puisqu'ils pourront alors être justifiés par les postulats admis en première partie.

41. Plan de la thèse – La première partie de cette thèse sera consacrée à la notion de gestion des biens d'autrui. Seront étudiés son fondement et sa fonction, afin de mieux comprendre ce qu'elle recouvre. Ces premiers éléments nous permettront de présenter dans une seconde partie la théorie générale que nous proposons.

PARTIE 1 : LA NOTION DE GESTION DES BIENS D'AUTRUI

42. Cause efficiente et cause finale – Notre objectif est de tenter de donner une définition claire de ce qu'est une situation de gestion des biens d'autrui, afin d'en délimiter l'étendue. Pour cela, il faut démontrer l'intérêt qu'une telle notion peut avoir dans la science juridique et son existence au sein du système. Il ne fait aucun doute que des régimes visant à organiser la gestion de biens par autrui existent en droit positif. Il nous appartient de prouver, en usant d'une distinction dégagée par Aristote³¹³, qu'ils disposent d'une cause efficiente et d'une cause finale communes. Ces deux étapes dévoileront la nature fondamentale des régimes de gestion des biens d'autrui et la pertinence de cette catégorie, et justifieront la mise en place d'une théorie générale.³¹⁴

La cause efficiente de la gestion des biens d'autrui renvoie à l'origine de son existence. La recherche revient à se demander quelles sont les raisons qui poussent à confier la gestion de ses biens à un tiers, et comment elles se traduisent juridiquement. Pour cela, il est nécessaire de bien définir ce que signifie « confier ses biens », ce qui implique de donner une définition claire de la propriété et de la gestion. Or, celles données par la doctrine ne nous semblent pas pertinentes en l'état pour bien appréhender le sujet. Relever l'indépendance de chacune d'elles permettra de montrer que la gestion des biens d'autrui correspond bien à une catégorie juridique autonome, fondée sur un transfert de gestion (Titre 1).

S'interroger sur la cause finale d'une notion juridique vise à analyser sa fonction au sein du système, et permet d'évaluer sa pertinence ou au contraire son inutilité. On peut apprécier la finalité d'une norme aux contraintes qu'elle met en œuvre dans son application. Mais cela implique de distinguer celles qui sont inhérentes à la gestion des biens d'autrui et celles qui s'imposent à toute gestion. La comparaison entre la gestion pour soi-même et la gestion pour autrui nous apprend que dans ce dernier cas, la contrainte principale qui pèse sur le gestionnaire

³¹³ ARISTOTE, *Physique*, II, 3 ; *Métaphysique*, 1013a-1014a. La théorie aristotélicienne de la causalité est une théorie métaphysique qui distingue quatre types de causalités à toute chose : la cause matérielle (la substance dont la chose est faite), la cause formelle (caractéristique inhérente qui donne à la chose sa définition et son originalité par rapport aux autres), la cause motrice ou efficiente (origine du mouvement qui crée la chose), et la cause finale (finalité à laquelle est dédiée la chose). Un concept juridique n'a pas de cause matérielle, et sa cause formelle est déterminée artificiellement (c'est à l'auteur de décider quels critères définissent son concept). Il nous semble plus intéressant de nous attarder sur les deux autres.

³¹⁴ J-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255.

est de satisfaire l'intérêt du propriétaire, qu'il détermine à sa place : il s'agit là de la véritable fonction de la gestion des biens d'autrui (Titre 2).

Titre 1 : L'origine de la gestion des biens d'autrui

La gestion des biens d'autrui implique l'action d'une personne, le gestionnaire, sur les biens d'une autre, le propriétaire. Elle ne peut se concevoir que si l'on distingue clairement gestionnaire et propriétaire. Or, la définition classique de la propriété ne le permet pas puisqu'elle tend à assimiler les deux. Le propriétaire a le pouvoir de gérer ses biens, et réciproquement, celui qui a des pouvoirs sur les biens est qualifié de propriétaire. Intégrer la notion de gestion suppose donc de redéfinir celle, rivale, de propriété, et de les articuler. La distinction entre propriété et gestion, postulat fondamental de notre thèse, démontre l'existence de deux situations : une où le propriétaire est lui-même gestionnaire de ses biens, et une où c'est un tiers qui s'en charge. Il convient alors de rechercher la cause de cette divergence, et de découvrir le fondement de l'existence de la gestion des biens d'autrui.

Nous nous chargerons en premier lieu de proposer une redéfinition de la propriété (Chapitre 1) afin d'analyser en second lieu l'origine de la gestion des biens d'autrui, le transfert de gestion (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La redéfinition de la propriété

Le concept de gestion des biens d'autrui ne peut être appréhendé sans analyser la notion de propriété. Il est nécessaire d'en donner une définition claire. Or, peu de notions juridiques occasionnent autant de débats que celle-ci, sans doute parce qu'elle charrie avec elle des visions économiques et politiques du droit et de la société très différentes. La définition que nous en proposons ne peut donc être que partielle et partielle, puisqu'il n'existe pas « une » propriété mais de nombreuses conceptions et réalités différentes qui s'y rattachent. Elle est toutefois conforme à la réalité du droit positif et susceptible de permettre la construction d'une véritable articulation entre propriété et gestion, préalable à l'organisation d'un régime de gestion des biens d'autrui.

Le constat de la difficulté à appréhender la notion de propriété (Section 1) détermine la nécessité d'en proposer une nouvelle approche (Section 2), permettant enfin d'aboutir à une véritable distinction entre propriété et gestion (Section 3).

Section 1 : La difficulté à appréhender la notion

43. Polysémie du terme – Le principal problème relatif à la notion de propriété est qu'elle recouvre de nombreuses réalités. Elle a été utilisée au cours de l'Histoire pour désigner différentes situations et pour exprimer plusieurs concepts distincts. Le terme n'a pas le même sens sous la plume de Cicéron, de Bartole, de Thiers, de Proudhon, de Demolombe ou de Planiol. Encore aujourd'hui, les professeurs Malaurie, Zénati ou Dross n'en donnent pas la même définition. Même dans la jurisprudence, l'utilisation qu'en fait la Cour européenne des droits de l'Homme est différente de celle de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel. Bref, la propriété est un terme équivoque et pourtant central dans notre droit positif.

Pourtant, cette confusion ne pose pas de problème majeur dans l'application du droit, et c'est surtout au niveau théorique que les débats font rage. Cela démontre qu'il existe une base commune, un dénominateur sur lequel il est possible de se fonder pour définir la propriété, malgré tous les désaccords de surface. Pour le découvrir, il conviendra d'abord de débroussailler la jungle des écrits qui entourent la notion. Nous commencerons pour cela par délimiter le sujet en présentant les diverses significations de la notion de propriété (§ 1), afin d'en écarter certaines pour en préférer d'autres. Nous pourrons alors entamer l'étude de l'évolution de la notion à travers l'Histoire (§ 2). Ce travail nous permettra de découvrir les

sources idéologiques de la notion actuelle de propriété, et de comparer ce qu'ont en commun les différents sens que le terme a recouvert.

§ 1 : Les différentes significations de la propriété

La propriété est un terme polysémique en droit et peut renvoyer à plusieurs institutions.³¹⁵ Il est important de déterminer ce que l'on désigne par ce terme pour ne pas créer de confusion. Pour cela, il faut distinguer la propriété en tant que droit fondamental (I) et en tant que technique juridique (II).

I La propriété en tant que droit fondamental

44. Origine du droit fondamental – La plupart des auteurs rattachent la notion de propriété à celle de liberté, estimant que la première est une condition *sine qua non* de la seconde.³¹⁶ Ce lien n'est pourtant pas évident au premier abord, et ne peut se comprendre que dans un cadre idéologique précis. En effet, le rattachement de la propriété à la liberté provient du courant jusnaturaliste moderne, qui qualifie la propriété de droit naturel en tant que condition à la liberté de l'individu, l'idée étant que si l'Homme ne peut s'approprier les choses extérieures, il ne peut pas satisfaire ses besoins et vit sous la dépendance d'une assistance extérieure. Locke a été le premier auteur à avoir systématisé le lien entre liberté, travail et propriété. La philosophie kantienne confirmera cette idée en y ajoutant la notion de volonté (comme mode d'expression de la liberté) et influencera les juristes du XIX^{ème} siècle, posant les bases de la notion actuelle.³¹⁷ La concurrence du jusnaturalisme et du positivisme a provoqué un changement de paradigme, ce qui fait qu'on ne parle plus aujourd'hui de droit naturel de propriété mais de droit fondamental.

³¹⁵ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, p. 151 et s.

³¹⁶ C. CAPITAN, « Propriété privée et individu-sujet-de-droits », *L'Homme*, 2000, n° 153, p. 63-74 ; J. CARBONNIER, « Le droit de propriété dans la vision révolutionnaire », in *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, p. 345 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 274 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 118 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 402.

³¹⁷ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD*, 1957, p. 87-98 ; C. ATIAS, « Destins du droit de propriété », *Droits*, 1985, p. 5-16 ; A. BURGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, p. 1 ; M. XIFARAS, *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, p. 214 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 319 ; J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763. Kant définit la propriété comme ceci : « Ce qui, juridiquement, est mien est ce à quoi je suis lié de telle façon que l'usage qu'un autre pourrait en faire sans mon consentement me lèserait. » (E. KANT, *Doctrine du droit*, in *Métaphysique des mœurs*, 1795, I, § 5).

Mais de quelle propriété parle-t-on ici ? La question à laquelle Locke et les auteurs jusnaturalistes répondaient n'était pas celle de la nature de la propriété, mais celle de son fondement. Par conséquent, le droit fondamental de propriété n'est pas de la même nature que le droit de propriété du Code civil : il lui sert uniquement de justification. Ils ne se situent pas au même niveau. C'est alors opérer une confusion que de parler d'atteinte au droit fondamental de propriété lorsque le débat porte sur sa distribution ou sa nature.

45. Droit de propriété et droit à la propriété – Par ailleurs, le droit fondamental de propriété peut revêtir plusieurs sens. Pour les auteurs libéraux, il signifie que nul ne peut être privé du droit d'être propriétaire. La première conséquence de cette maxime est que l'individu ne peut être qu'un sujet de droit et pas un objet de droit, ce qui interdit l'esclavage.³¹⁸ La seconde conséquence est que tout individu peut, par son travail, acquérir de quoi satisfaire ses besoins. En droit, cela se manifeste par l'attribution automatique d'un patrimoine originel pour tout être humain né vivant et viable.³¹⁹

Sans nier cette première acception, des auteurs du XIX^{ème} siècle ont cependant contesté ses conséquences pratiques, constatant que si, en théorie, tout le monde pouvait être propriétaire, en fait, certains l'étaient bien plus que d'autres, car ils avaient accès à davantage de ressources. Ils ont ainsi milité pour la reconnaissance d'un droit fondamental à la propriété. Le débat se déplace alors à un niveau différent, non pas sur le principe même de l'existence d'une propriété, mais sur l'attribution des objets de propriété.³²⁰ Or, les auteurs libéraux y ont vu (avec plus ou moins de mauvaise foi) une atteinte au droit naturel qu'ils défendaient, causant ainsi une grande confusion dans les débats ultérieurs.³²¹

³¹⁸ C'est ce fondement qui est au cœur des débats autour de la propriété du corps humain et de sa disponibilité.

³¹⁹ Cf. *infra*, n° 139.

³²⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 2, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2017, n° 736 ; M. GRIMALDI, « Le patrimoine du XXI^e siècle », Defrénois, 2000, p. 801 ; A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation : Essai à la lumière du droit russe*, Paris, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2008, p. 525 et s. Pour une réflexion sur la « petite propriété », étendue patrimoniale idéale selon le législateur, cf. J. CARBONNIER, « Les dimensions personnelles et familiales de la propriété », in *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, p. 371 et s.

³²¹ « La propriété a été dénaturée par ceux qui la voulaient sauver : leur quête de perfection a débouché sur l'impossible. » (C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 135). V. par ex. : « La propriété acquise en vertu d'une loi même injuste est une propriété légitime. Abandonnez ce principe, il n'y a plus de propriété, il n'y a plus d'ordre social, dont toute la force résulte du maintien des propriétés. » F.-D. TRONCHET, 14 messidor an IV (2/07/1796), *Moniteur*, n° 291, 21 messidor an VI (9/07/1796), p. 1161, col. 2. V. aussi F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 171 ; J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1 et les références citées. Il est vrai toutefois que certains auteurs défendaient la suppression de toute propriété privée. Sur ce sujet, cf. C. ATIAS, *ibid.*, n° 98-99 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 119 et les références citées.

Aujourd'hui, il ne fait nul doute que ces deux droits fondamentaux coexistent en droit positif et sont protégés.³²² Toujours est-il qu'ils ne sont pas liés à la nature technique de la propriété : l'un porte sur sa justification philosophique et l'autre sur la distribution des ressources. Il nous faut donc préciser à quoi nous ferons allusion par la suite.

II La propriété en tant que technique juridique

46. Modes de conceptualisation de la propriété – Dans cette thèse, nous nous intéressons à la propriété au sens technique du terme, c'est-à-dire au lien d'appropriation qui relie les sujets de droit aux objets de droit.³²³ Sa nature technique va avoir une grande influence sur ses effets. Pour le constater, il convient de présenter la thèse d'un philosophe du droit, Mikhaïl Xifaras. L'auteur retient trois modes de conceptualisation différents de la propriété, chacun étant fondé sur des bases idéologiques distinctes.

Le premier considère la propriété comme une maîtrise de la personne sur les choses, une puissance subjective issue de la volonté individuelle.³²⁴ Il se fonde sur les principes libéraux cités plus haut. Il permet de décrire la relation entre le sujet et l'objet de droit en exposant les différentes prérogatives qu'un propriétaire peut réaliser sur ses biens et justifie le caractère exclusif de sa possession, limitée uniquement par les rapports avec les autres propriétaires.³²⁵ En revanche, il fait abstraction de tout rapport de coopération avec des tiers et explique mal les situations de propriété collective et les limites légales aux prérogatives du propriétaire.³²⁶

Le deuxième se concentre sur le lien d'appartenance reliant une personne et ses biens. Cette proposition a servi à conceptualiser la théorie du patrimoine : le lien entre personne et biens justifie la faculté de les engager, et intègre ainsi la possibilité de rapports avec des tiers.³²⁷ La volonté du propriétaire est mise de côté, et on accepte que ses prérogatives puissent être limitées et soumises à une fonction.³²⁸ Par ailleurs, la distinction entre administration des biens

³²² Art. 2 et 17 DDHC ; Art. 1, prot. n° 1 CSDH. Pour des applications, cf. CC, 16/01/1982, n° 81-132 DC ; CEDH, 30/08/2007, *J. A. Pye Ltd c/ Royaume-Uni* ; Cass. Civ. 1^{ère}, 28/11/2006, Bull. civ. I, n° 529. Cf. P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 411 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 324. Sur l'articulation entre les deux aspects du droit de propriété, v. J.-F. GIACUZZO, « A la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale », *Constitutions*, 2015, p. 555. Pour une présentation intéressante de cette protection, cf. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 212-213.

³²³ La définition de chacun a été réalisée en introduction.

³²⁴ M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 93 et s.

³²⁵ *Ibid.*, p. 151 et s.

³²⁶ Cf. par ex. T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et pat.*, 2004, n° 124.

³²⁷ *Ibid.*, p. 226.

³²⁸ *Ibid.*, p. 285 et s.

et propriété est admise. Le défaut de cette conception est qu'elle voit la propriété uniquement comme un instrument économique permettant de mettre en relation un actif et un passif, sans s'attarder sur son aspect concret, et pose des problèmes quant à la détermination de la fonction à réaliser.³²⁹

Le troisième voit la propriété comme l'accès à une utilité provenant d'un objet extérieur. Le lien d'appropriation n'est alors pas nécessaire : il suffit d'avoir un droit sur une chose pour être considéré comme propriétaire.³³⁰ On se rapproche alors de la conception médiévale, qui admet la coexistence de propriétés relatives semblables à des droits d'usage sur les choses matérielles.³³¹ Cette théorie est très utile pour protéger de nouveaux droits immatériels³³², mais elle aboutit à désigner comme propriétaire n'importe quel usager d'un droit sur un bien. Par ailleurs, elle implique d'abandonner toute idée de propriété matérielle des choses, qui disparaissent sous la multiplicité de leurs utilités particulières.

47. Conséquences de la nature technique de la propriété – On constate vite que ces trois modes de conceptualisation sont contradictoires et aboutissent chacun à la désignation d'un propriétaire différent. Prenons l'exemple de l'usufruit. Dans la première conception, le propriétaire devrait être l'usufruitier puisque c'est lui qui a la réelle maîtrise du bien et peut la revendiquer en justice. Dans la deuxième, ce serait le nu-propriétaire, puisque c'est lui qui dispose de la valeur définitive du bien dans son patrimoine. Dans la troisième, les deux sont considérés comme étant propriétaires d'un droit différent sur la chose (l'un pouvant la céder et l'autre en ayant la jouissance).

La définition de la gestion des biens d'autrui est soumise à la définition préalable de la propriété, car il est nécessaire de déterminer qui est propriétaire pour savoir s'il est également gestionnaire ou s'il s'agit d'un tiers. Cette première approche montre bien l'ambiguïté qui entoure la notion de propriété et les conséquences importantes qu'elles peuvent avoir sur le droit positif. Les théories en débat actuellement se rattachent toutes à un ou plusieurs de ces modes de conceptualisation. Avant de les aborder, il est nécessaire d'en comprendre les origines en étudiant l'histoire du concept de propriété.

³²⁹ *Ibid.*, p. 332 et s.

³³⁰ *Ibid.*, p. 352 et s. Cf. J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors du Code civil », LPA, 15/06/2005, n° 118, p. 4, n° 23 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 315 et s. et la thèse de Jérémy Rifkin qu'elle expose.

³³¹ M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 429 et s. Cf. *infra*, n° 53.

³³² *Ibid.*, p. 346 et s. et 391 et s.

§ 2 : L'évolution historique de la notion en droit positif

48. Interprétation des textes – La première étape de notre réflexion consiste à rappeler l'évolution historique de la notion. N'étant pas spécialiste d'histoire du droit, notre étude ne se fondera que sur des sources indirectes d'auteurs ayant écrit sur le sujet. Le choix des écrits est purement arbitraire, ainsi que leur interprétation. Le but n'est pas de prouver que la notion a effectivement désigné la solution à laquelle nous aboutissons finalement, mais de démontrer que cette explication est plausible et qu'elle peut guider vers la voie d'une nouvelle définition plus actuelle.

49. Propriété primitive – A titre liminaire, il convient de dire quelques mots de la propriété dite « primitive ». ³³³ Cette expression semble désigner une propriété « anté-juridique », autrement dit des mécanismes d'appropriation archaïques. En réalité, rappelons l'adage « *ubi societas, ibi jus* », selon lequel il n'existe pas de société, même primitive, sans droit. En effet, le droit n'a pas nécessairement à être étatique pour exister, il représente avant tout un ensemble de normes générales et sociales sanctionnées par le groupe. ³³⁴ L'expression « propriété primitive » désigne en fait les systèmes mis en place par les communautés non-occidentales et autonomes pour organiser le partage des terres et des ressources. Il peut s'agir de sociétés ayant existé antérieurement à l'apparition de la propriété romaine (considérée comme la source de la propriété occidentale) ou de groupes ayant conservé un système de propriété ancien qui n'en est pas dérivé.

Les études historiques ³³⁵ et anthropologiques ³³⁶ tendent à démontrer que la « propriété primitive » consiste en un partage collectif de la terre et des ressources dont les modalités dépendent de leur mode d'exploitation économique. ³³⁷ Dans tous les cas, la terre est considérée comme sacrée et non-appropriable, seuls ses fruits pouvant l'être. Chaque individu a un droit d'usage sur la terre et à une part des ressources dépendant de sa place au sein de la hiérarchie sociale. ³³⁸ Par ailleurs, de nombreux systèmes mettent en place une propriété tournante, chacun

³³³ Sur le droit comparé, cf. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 68 et s.

³³⁴ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Droit ».

³³⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010, n° 222.

³³⁶ N. ROULAND, « Pour une lecture anthropologique et inter-culturelle des systèmes fonciers », *Droits*, 1985, p. 73-90 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 733.

³³⁷ Sur le conflit entre les tenants d'une propriété primitive collective et les défenseurs de la propriété primitive individuelle, cf. J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 330 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 96-97 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 60 et les références citées.

³³⁸ Ce système est assez proche de la propriété féodale, cf. N. ROULAND, art. préc., p. 83.

disposant d'un lot à titre exclusif pendant un certain temps, puis échange avec le lot d'un autre.³³⁹ Ainsi, il semblerait que les systèmes propriétaires n'ayant pas adopté la conception occidentale favorisent la propriété commune et le partage équitable de l'exploitation de la terre et de ses ressources. Bien que la plupart ne connaissent pas réellement le concept de propriété ou d'appropriation, ils adoptent tous des mécanismes d'organisation et de répartition des ressources justifiés par les rapports sociaux et le mode d'exploitation économique de la terre.³⁴⁰

L'étude de la propriété primitive permet d'appréhender la finalité réelle du concept de propriété : l'organisation de l'attribution des ressources et sa protection juridique.³⁴¹ Sur cette base commune, de nombreuses conceptions différentes peuvent se former, qui dépendent en grande partie des considérations philosophiques, économiques et politiques de la société étudiée. Ces facteurs étant variables dans le temps et l'espace, la notion de propriété évolue également selon le lieu et l'époque. La notion actuelle de propriété est ainsi le fruit d'une évolution qui prend racine à Rome (I), se poursuit dans l'Ancien droit (II) et continue de varier depuis l'adoption du Code civil (III).

I La propriété en droit romain

50. Influence du stoïcisme – Certains auteurs font remonter le concept de propriété privée, absolue et exclusive jusqu'au droit romain, y voyant même un modèle originel à redécouvrir.³⁴² Or, il semblerait qu'il soit en réalité issu d'une évolution complexe et progressive qui ne lui doit pas tant. En effet, Villey³⁴³ et d'autres historiens du droit ont

³³⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 234. Il est possible que le *mir* russe de l'époque moderne (XVIème-XVIIIème siècles) soit un dérivé de cette propriété primitive (*ibid.*, n° 319).

³⁴⁰ Sur l'influence que peut avoir la structure économique sur la notion de propriété, cf. M. VILLEY, « Panorama des philosophies juridiques modernes occidentales et marxistes du monde socialiste », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 175 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 237.

³⁴¹ C. ATIAS, « Destins du droit de propriété », art. préc.

³⁴² D. MELEDO-BRIAND, « Les multiples utilités économiques des biens : Approche de la propriété simultanée », in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, n° 24, p. 479 ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ., 1993, p. 305 ; « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ., 2006, p. 445 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 272 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 94 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 79 ; G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? », RTD civ., 2013, p. 741. *Contra*, J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 240 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 61.

³⁴³ On trouvera une présentation des thèses de Villey dans les articles cités ci-dessous. Pour une exposition du débat entre historiens, cf. P. GARNSEY, *Penser la propriété : De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, éd. Les Belles Lettres, 2^{ème} éd., trad. Alexandre Hasnaoui, 2013, p. 211 et s., 217 et s. et 227, ainsi que la bibliographie citée. L'auteur critique la proposition de Villey et considère que les romains connaissent la notion de droit subjectif, au sens de prétention juridique attachée à la personne.

démontré qu'en droit romain, la *proprietas*, d'où provient le terme de propriété, n'a rien à voir avec le sens qu'on lui donne aujourd'hui.³⁴⁴

Le droit romain est réaliste et objectif : sa fonction est purement économique.³⁴⁵ Il vise à assurer l'affectation des ressources au sein du groupe social et la protection d'un ordre naturel.³⁴⁶ Or, la société romaine est très hiérarchisée et organisée, et la famille y occupe une place importante. Au sein de la famille, le *pater familias* règne en maître : c'est ce que l'on appelle la *patria potestas*, la puissance du père. Elle s'exerce à la fois sur les personnes de la famille et sur les biens : on parle pour ces derniers de *dominium*.³⁴⁷ Il donne au chef de famille le pouvoir de faire ce qu'il veut des biens de la famille, ce qui a influencé certains auteurs qui y ont vu une forme de propriété-maîtrise.³⁴⁸

Néanmoins, un tel constat est faux : en réalité, les romains ont une vision stoïcienne du monde, selon laquelle il existe un ordre naturel que le droit est chargé de préserver. Selon cette conception, les choses appartiennent à différentes catégories selon leurs fonctions (publiques, religieuses, privées...).³⁴⁹ Celles qui intègrent un patrimoine privé sont appelées *proprietas* : il s'agit en fait d'une qualité signifiant que la chose est appropriable. Dès lors qu'une chose est qualifiée ainsi, un *dominium* peut s'y appliquer.³⁵⁰

51. Conséquences sur la propriété – Au regard des éléments précédents, nous pouvons voir les choses de cette manière : la propriété romaine n'a jamais été individuelle, pas plus qu'elle n'était absolue.³⁵¹ Le droit romain a pour fonction d'attribuer à chaque famille une part de ressources, conformément à l'ordre social établi, et corrige les déséquilibres qui auraient été créés par des comportements déraisonnables. C'est pourquoi il s'intéresse surtout à

³⁴⁴ F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation... », art. préc. *Contra* : A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, n° 4.

³⁴⁵ M. VILEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », RHDfE, 1946, p. 201-228.

³⁴⁶ ULPPIEN, *Institutes*, I, sur D. 1.1.10 ; CICERON, *De officiis*, 44 av. J. C., I, 7 : « De cette façon, les biens que la nature avait mis en commun étant partagés entre tous les hommes, chacun doit s'en tenir au lot qui lui est échu. » ; *ibid.*, II, 21 : « Un sage politique veillera surtout à ce que chacun conserve ce qui lui appartient, et à ce qu'il ne soit porté, au nom de l'intérêt public, aucune atteinte aux propriétés privées. »

³⁴⁷ Le terme *dominium* serait en réalité apparu au Ier siècle av. J.-C., et les textes usaient plutôt auparavant de périphrases pour exprimer la notion d'appropriation privative. Sur les différents termes utilisés à Rome pour évoquer la propriété : J. GAUDEMET, « *Dominium-Imperium* : Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, 1995, p. 9 et s.

³⁴⁸ Sur cette notion, cf. *infra*, n° 64.

³⁴⁹ Cf. *supra*, n° 23..

³⁵⁰ M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif... », art. préc., p. 211.

³⁵¹ M. VILLEY, « Notes sur le concept de propriété », in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Paris, Dalloz, 1976, p. 197-198 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 94. V. aussi F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.*, 1996, p. 819, n° 7 et s., qui constate que le patrimoine était à l'origine collectif et appartenait à un groupe avant d'appartenir à un individu.

l'étendue de la propriété, en termes économiques (quel bien revient à qui) et juridiques (partage des prérogatives entre le propriétaire et le titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui). Les frontières du droit s'arrêtent là : au-delà, les normes sociales désignent le père de famille comme autorité suprême dans la gestion des biens et des personnes qui lui sont soumis. Étant la seule personne juridique reconnue, il représente la famille lors de cette attribution et de la gestion des biens.³⁵² Il est, *a fortiori*, le seul propriétaire mentionné dans les textes, mais dans les faits, il ne l'est qu'au nom de sa famille.³⁵³ Le *dominium* n'est pas la puissance arbitraire décrite par les auteurs postérieurs : il s'agit d'un pouvoir de gestion confié au *pater familias* pour qu'il administre les biens dans l'intérêt de la famille. Selon Villey, il s'exerce dans le domaine extrajuridique, dans un « espace de non-droit ».³⁵⁴ Mais ce pouvoir est également limité par les normes sociales et n'est pas absolu.³⁵⁵ Le chef de famille doit se plier aux règles de l'ordre public et user de ses biens de manière appropriée. C'est pourquoi le mésusage des biens est sanctionné.³⁵⁶

Pour résumer, en droit romain, il n'existe pas de propriété-maîtrise au sens où l'entendent les auteurs contemporains : le droit s'occupe d'affecter les biens aux différents groupes familiaux représentés par leur chef de famille, qui exercent à l'égard des tiers la gestion de ces ressources au nom de cette famille, qui en bénéficie en interne. La raison pour laquelle seul le chef de famille a la capacité juridique, c'est qu'il représente sa famille entière, de la

³⁵² P.-F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1906, p. 136 ; G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris, Sirey, 1950, p. 26 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 93. Le chef de famille peut cependant se faire représenter par une personne de la famille (enfant ou esclave), ou demander à un tiers de gérer ses biens à sa place. M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 8 et s.

³⁵³ Dans le même sens, G. TARDE, *Les transformations du droit*, Paris, 1893, p. 77. Cet état du droit a subi une évolution à l'Age classique, qui démontre la réalité de notre proposition dans le droit antérieur : à mesure que le fils de famille acquérait une capacité juridique, on lui a progressivement reconnu une propriété propre. Auparavant, même s'il pouvait ponctuellement conclure des actes juridiques, il n'agissait que sur le patrimoine de son père, autrement dit le patrimoine familial (J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 196 et s.). Cf. également B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 10 et s. L'auteur constate que les premières gestions de biens d'autrui sont en réalité extrajuridiques et passent par un transfert de propriété au gestionnaire, mais dans les faits, les parties savent bien qui est le véritable propriétaire. V. aussi P. CATALA, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », JCP N, 2008, 1267.

³⁵⁴ M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », APD, 1964, p. 107 : « La puissance absolue qu'exerce le maître romain sur sa chose, ce n'est point le droit, c'est le silence du droit. » Cf. également « L'idée du droit subjectif... », art. préc., p. 201-228 et spéc. p. 220, où il explique que le juriste romain s'intéresse à la description des choses et des avantages qu'elles procurent, pas à la personne qui en bénéficie. De même, E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, Germer-Baillière, t. 1, 1874, p. 571.

³⁵⁵ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 71.

³⁵⁶ GAIÛS, *Institutes*, I, 53 : « *Male enim nostro jure uti non debemus* » (« Nous ne devons pas faire un mauvais usage de nos droits »). Ce texte concerne plus particulièrement le traitement réservé aux esclaves, mais Gaius termine par cette conclusion, et il ajoute que cette maxime justifie que les prodiges n'administrent pas leurs biens par eux-mêmes.

même manière que la personne morale représente ses membres. Mais tout comme nous considérons que la personne morale est une propriété collective³⁵⁷, nous supposons également que la propriété romaine est en fait la propriété de la famille, dont le *pater familias* est simplement gestionnaire.³⁵⁸ Pour lui, la propriété est une charge à remplir.³⁵⁹ Cette situation est cependant masquée car le droit romain ne s'intéresse pas à l'administration interne des biens, qui est laissée à l'arbitraire du père de famille. Toujours est-il que si, au regard du droit, il est seul *gestionnaire* des biens, c'est sa famille entière qui en bénéficie et qui peut donc être qualifiée de *propriétaire*.

II La propriété dans l'Ancien droit

52. Changements historiques et économiques – La rupture causée par la chute de l'Empire romain fait voler en éclat le système juridique antérieur et impose l'adoption de nouvelles normes. En réalité, cette évolution s'est faite progressivement.³⁶⁰ Devenu trop imposant, l'Empire romain a confié de plus en plus de pouvoirs à des gouverneurs locaux et a laissé prospérer de grands propriétaires terriens, qui ont profité de son affaiblissement pour asseoir leur autorité.³⁶¹ Se fondant sur des contrats de bail de longue durée et sur les statuts des colons et esclaves affranchis, ces propriétaires ont commencé à lier le droit d'exploiter la terre au statut personnel des paysans, le rendant héréditaire et les forçant ainsi à rester sur les terres qu'ils cultivent. Les « envahisseurs barbares »³⁶² ont adopté peu ou prou le même modèle en se sédentarisant, qui s'est ainsi répandu dans l'Europe occidentale.

Le Haut Moyen-Âge est donc caractérisé par l'existence de petites communautés autonomes dirigées par des seigneurs locaux. L'environnement est assez hostile : les guerres sont fréquentes, les échanges entre groupes limités.³⁶³ L'agriculture devient vite un enjeu

³⁵⁷ Cf. *supra*, n° 21.

³⁵⁸ « La notion de copropriété familiale (...) n'a au fond jamais complètement disparu du droit romain (...). Elle est réduite à l'état d'abstraction par l'étendue des pouvoirs du *pater familias*. Si (cette abstraction) n'existait pas, la *domus* serait un exemple de copropriété familiale aussi clair que ceux du droit serbe ou du droit hindou. » P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 258.

³⁵⁹ M. VILEY, « La genèse du droit subjectif... », art. préc., p. 108.

³⁶⁰ La présentation ci-dessous est essentiellement issue de J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 396 et s.

³⁶¹ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 39.

³⁶² Ce terme est historiquement très exagéré, il est désormais admis que les tribus germaniques qui se sont installées en Europe occidentale et méditerranéenne l'ont fait de manière relativement pacifique et étalée dans le temps, et se sont intégrées aux populations locales.

³⁶³ « L'appauvrissement qui découlait de la destruction administrative romaine, la suppression du commerce qui se produisit peu à peu à mesure que la régression économique s'insinuait, l'établissement d'une vie purement domaniale en économie fermée et d'ailleurs ralentie, autant de facteurs qui diminuaient les causes et les formes

crucial, les territoires cultivables étant concentrés et donc peu nombreux. Or, le seigneur local est propriétaire de toutes les terres. Pour organiser leur exploitation, on reconnaît à chaque paysan un droit d'usage, appelé tenure, qui lui permet de retirer des ressources de la terre en échange d'un impôt payé au seigneur. Les tenanciers ont alors accès à une utilité particulière du bien en raison de leur statut personnel, qui est héréditaire.³⁶⁴ Néanmoins, la culture germanique importée par les colons est à l'origine nomade, et se manifeste dans les nombreux mécanismes de communautarisation de certaines terres ou droits d'usage (forêts, pâturages, marais...), qui sont à l'origine des « communaux ».³⁶⁵

53. Évolution de la propriété féodale – A partir du XII^{ème} siècle, les glossateurs redécouvrent le droit romain et tentent de l'appliquer à leur système. Ils qualifient les droits du seigneur et du tenancier respectivement de *dominium* direct et de *dominium* utile, en référence aux actions directe et utile du droit romain.³⁶⁶ Ils admettent alors que plusieurs personnes puissent être propriétaires d'un bien de manière relative, selon les droits que d'autres pourraient avoir dessus. Ainsi, les juristes médiévaux qualifient de « propriété » le simple fait d'avoir accès à certaines utilités d'une chose.³⁶⁷ Ils ne font aucune différence de nature entre le droit du seigneur, qui met la terre à disposition et en tire un profit, et le droit du tenancier qui l'exploite par son travail : les deux sont qualifiés de droits de propriété.³⁶⁸

Au XV^{ème} siècle, le Moyen Âge décline. L'État gagne en puissance et en autorité au détriment des seigneurs locaux, les conflits s'apaisent, les échanges se développent. Les richesses mobilières gagnent en importance. Progressivement, le statut personnel des tenanciers va être abandonné, et ils vont pouvoir céder leur tenure de leur vivant à des tiers. Les baux à long terme sont préférés aux tenures perpétuelles. Au Sud de la France, les terres sans maître sont présumées être des alleux (terres objets d'une propriété exclusive de leur exploitant), ce

des relations juridiques, spécialement celles des obligations. » Y. LEPOINTE, R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, p. 447, cité par M. STORCK, *op. cit.*, n° 101.

³⁶⁴ Parallèlement, les biens meubles voient leur valeur décliner drastiquement, et ne font plus vraiment l'objet d'une propriété individuelle. Ils sont rassemblés et partagés au sein de « communautés taisibles » (J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 276 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 64).

³⁶⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 296 et s. De nombreux biens sont également soumis à une propriété commune, celle-ci pouvant être rattachée à la lignée, à la famille ou au village (A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 45 et s.).

³⁶⁶ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 89. Pour une analyse précise de cette évolution, cf. F. ZENATI-CASTAING, « La propriété... », art. préc.

³⁶⁷ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 8 ; D. MELEDO-BRIAND, art. préc., n° 6 et s. ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 301 et s.

³⁶⁸ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil : Livre du bicentenaire*, Paris, Litec, 2004, n° 7. Cf. également la description de M. BLOCH, *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1978, p. 174, citée par l'auteur précédent.

qui les multiplie. Les communaux disparaissent entre les XVIème et XVIIIème siècles, appropriés par l'État ou par des propriétaires individuels.³⁶⁹ On constate un mouvement d'individualisation de la propriété, même si celle-ci porte toujours en majorité sur des utilités particulières et non des biens matériels.

54. Propriété scolastique – Comment s'est opéré le glissement d'une propriété objective et matérielle, définie comme une part de ressources attribuées à une famille, à une propriété subjective et économique, renvoyant aux utilités concrètes que chacun peut exploiter sur un bien ? Pour le comprendre, il convient de s'intéresser à l'influence de la théologie chrétienne.³⁷⁰ La scolastique (philosophie chrétienne médiévale dominante) est inspirée des thèses des premiers chrétiens, influencés par le néoplatonisme (combinaison entre les doctrines de Platon et d'Aristote). Elle considère que le monde a été créé par Dieu selon un ordre naturel préétabli qu'il convient de perpétuer. A la redécouverte du droit romain, les « théologiens-juristes »³⁷¹ associent l'idée de *dominium* à celle de puissance divine : avoir un *dominium* sur une chose signifie être titulaire d'un droit selon l'ordonnement naturel et divin. Dans cette optique, seul l'Être suprême, en tant que Créateur, est propriétaire des terres et de ses ressources, l'Homme n'étant qu'un simple gestionnaire, chargé de protéger l'ordre établi et d'assurer son rôle, ce qui comprend la satisfaction de ses propres besoins grâce à la part que le Créateur lui a dévolue.³⁷²

Ainsi, l'approche scolastique est proche de la conception stoïcienne du droit romain, dans le sens où *juridiquement*, le propriétaire est celui désigné par le droit positif (à la différence près qu'ici, le bien est identifié à une simple utilité), mais *socialement*, il n'est que gestionnaire de biens dans l'intérêt d'un tiers (sa famille ou Dieu), et c'est pourquoi ses prérogatives sont limitées et sanctionnées, éventuellement par des normes sociales extrajuridiques. A l'époque

³⁶⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 435-458 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 65.

³⁷⁰ Sur ce sujet, cf. M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif... », art. préc., ; M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Du droit de Dieu au droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété », *Droits*, 1985, p. 17-31 ; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 10 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 111. Villey présente cette transformation comme une rupture opérée lors d'un débat théologique opposant Guillaume d'Occam au pape Jean XXII au XIVème siècle autour de la notion de pauvreté. La plupart des autres historiens, comme Mme Renoux-Zagamé, considèrent plutôt qu'elle s'est réalisée sur une durée bien plus longue, entre le XIème et le XVIème siècles.

³⁷¹ L'expression est de Mme Renoux-Zagamé.

³⁷² V. l'homélie de Basile de Césarée sur le texte « Je détruirai mes greniers... » : « Reconnais, homme, celui dont tu tiens tes richesses. Rappelle-toi qui tu es, quels sont les biens que tu administres, et de qui tu les as reçus, et pourquoi il t'a préféré à tant d'autres. (...) Regarde ce que tu as entre les mains comme appartenant à d'autres. » Basile de Césarée vécut au IVème siècle et est l'un des principaux pères de l'Église.

moderne, un grand bouleversement va s'opérer, suivant un double mouvement : la juridicisation et l'individualisation de la propriété.

55. Juridicisation de la propriété – Ce que nous appelons « juridicisation » de la propriété est en fait la réunion du statut de propriétaire juridique et de celui de propriétaire social (au sens de bénéficiaire définitif des utilités des biens). Cette évolution commence lors de la querelle des universaux.³⁷³ Il s'agit d'un débat théologico-philosophique qui s'est tenu entre le XII^{ème} et le XIV^{ème} siècles portant sur l'existence autonome ou non des concepts. Selon les réalistes, les idées existent de manière autonome, sans intervention humaine. Il y aurait donc un royaume divin ou du moins un ordre naturel idéal qu'il convient de reproduire dans l'ordre temporel. Selon les nominalistes, les concepts sont des créations humaines et conventionnelles, et la présence divine ne se manifeste pas dans un ordre naturel préétabli mais dans la nature humaine, libre et rationnelle. Par conséquent, la volonté humaine n'est autre que l'expression de la volonté divine, et elle peut modifier l'état des choses extérieur.

Il s'agit là de la première étape de la philosophie individualiste et subjectiviste, à partir de laquelle puiseront les juristes de l'École du droit de la nature et des gens.³⁷⁴ Ils mèneront le raisonnement plus loin, voyant dans l'être humain doué de raison non plus un élément d'un agencement plus vaste, mais le centre d'un monde créé pour satisfaire ses besoins. Il n'en fallut guère plus pour qu'au XVII^{ème} siècle, Locke, le père de la propriété moderne, en déduise l'existence d'un droit naturel à s'approprier les choses extérieures.³⁷⁵

La conséquence sur la notion de propriété est immense. Alors qu'elle était une part juste de ressources attribuées à un groupe et gérée par un propriétaire juridique, elle devient une puissance de l'individu sur le monde extérieur. Le propriétaire juridique ne l'est donc plus au nom d'un tiers mais en son nom personnel, le *dominium* humain étant désormais confondu avec le *dominium* divin. Par conséquent, chaque personne est propriétaire individuellement et gestionnaire pour son propre compte.

56. Individualisation de la propriété – Un autre mouvement parallèle a accompagné cette évolution. Alors qu'elle était majoritairement collective, la propriété s'est de

³⁷³ M.-F. RENOUX-ZAGAME, art. préc., p. 17-31.

³⁷⁴ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », art. préc.

³⁷⁵ J. LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil*, 1690, Chap. V : « De la propriété », § 26. Sur cette évolution, v. également F.-X. TESTU, « La devise de la République française : II/ ...Égalité... », RTD civ., 2020, p. 747, n° 28 et s.

plus en plus individualisée.³⁷⁶ Pour des raisons philosophiques, qui viennent d'être exposées, mais pas uniquement. Depuis déjà un certain temps, la propriété individuelle est considérée comme un instrument de paix sociale et de meilleure gestion des ressources.³⁷⁷ La pensée chrétienne, communautariste à l'origine³⁷⁸, et les coutumes germaniques ont freiné son développement durant le Moyen Âge. L'avènement de l'individualisme au XVIIème siècle a cependant permis une évolution.

D'abord, comme nous l'avons expliqué, la propriété privée s'individualise. Cela signifie que le propriétaire ne représente plus un groupe mais lui-même, qu'il devient seul bénéficiaire de sa gestion. Cela nécessite cependant plusieurs choses : en premier lieu, la reconnaissance des autres membres du groupe en tant que personnes juridiques. Dès l'Antiquité, cette évolution était en cours. En second lieu, il faut également leur reconnaître une capacité juridique et un patrimoine propre, afin qu'ils deviennent de réels propriétaires autonomes. Ce processus a pris bien plus de temps, et n'était même pas tout à fait achevé au XXème siècle, puisque les femmes restaient soumises à la gestion de leur mari.³⁷⁹ Malgré tout, chaque individu pris isolément peut être considéré comme un propriétaire autonome, dans la mesure où il peut juridiquement bénéficier des utilités d'un bien qui est considéré comme étant le sien, même s'il ne peut pas le gérer lui-même.

Ensuite, la propriété se privatise. On passe d'un système à majorité communautaire à un système de propriété privée. Au XVIIème siècle, ce mouvement a atteint sa maturation sous l'influence des économistes physiocrates. Selon eux, la gestion privée des ressources est nécessairement plus efficace que la gestion collective, il faut donc mettre un terme aux anciens

³⁷⁶ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 155 et s. ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 281 ; F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 87 et s.

³⁷⁷ V. déjà T. d'AQUIN, *Somme Théologique*, 2^{ème} partie, 2^{ème} vol., 1266-1273, Quest. 66, art. 2 : « Deux choses conviennent à l'homme au sujet des biens extérieurs. D'abord le pouvoir de les gérer et d'en disposer ; et sous ce rapport il lui est permis de posséder des biens en propre. C'est même nécessaire à la vie humaine, pour trois raisons : 1° Chacun donne à la gestion de ce qui lui appartient en propre des soins plus attentifs qu'il n'en donnerait à un bien commun à tous ou à plusieurs ; parce que chacun évite l'effort et laisse le soin aux autres de pourvoir à l'œuvre commune ; c'est ce qui arrive là où il y a de nombreux serviteurs. 2° Il y a plus d'ordre dans l'administration des biens quand le soin de chaque chose est confié à une personne, tandis que ce serait la confusion si tout le monde s'occupait indistinctement de tout. 3° La paix entre les hommes est mieux garantie si chacun est satisfait de ce qui lui appartient ; aussi voyons-nous de fréquents litiges entre ceux qui possèdent une chose en commun et dans l'indivis. »

³⁷⁸ Cf. P. GARNSEY, *op. cit.*, p. 79 et s. La doctrine chrétienne a ensuite défendu la propriété individuelle au sens de Thomas d'Aquin (v. notamment LEON XIII, *Rerum Novarum*, 1891). V. cependant l'encyclique « Sur la sauvegarde de la maison commune » (15/06/2015) du Pape François, spéc. § 93 : « Le principe de subordination de la propriété privée à la destination universelle des biens et, par conséquent, le droit universel à leur usage, est une "règle d'or" du comportement social, et « le premier principe de tout l'ordre éthico-social ». La tradition chrétienne n'a jamais reconnu comme absolu ou intouchable le droit à la propriété privée, et elle a souligné la fonction sociale de toute forme de propriété privée. »

³⁷⁹ P. CATALA, art. préc.

usages qui permettent l'exploitation commune de certaines terres ou biens.³⁸⁰ C'est pourquoi les communaux disparaissent pour laisser place à des exploitations privées, et qu'une classe de bourgeois et de marchands se forme, profitant de la hausse des inégalités que cette appropriation implique, confortée ensuite par les acquis révolutionnaires.³⁸¹

En conclusion, la transformation de la propriété sous l'Ancien droit s'est faite progressivement mais de manière radicale.³⁸² Le droit féodal a modifié la nature des biens, passant d'une propriété matérielle à une propriété économique. L'individualisme a eu pour double effet de juridiciser la propriété et de l'individualiser. Alors qu'à la fin de l'Empire romain, le propriétaire est un chef de famille gestionnaire des ressources matérielles dévolues à sa communauté, il devient un individu autonome titulaire d'un pouvoir sur les choses à travers des droits subjectifs, lui permettant de se les approprier dans son propre intérêt. Malgré tout, le propriétaire est un agent de Dieu puisque par son action, c'est la volonté divine qu'il exerce, il reste donc limité dans ses prérogatives par la morale chrétienne.³⁸³ Cette dernière digue va voler en éclat dans le courant du XIX^{ème} siècle.

III La propriété depuis le Code civil

57. Retour à une propriété matérielle – La Révolution française et l'instauration du Code civil ont poursuivi le processus antérieur en l'adaptant aux nouvelles exigences sociales.³⁸⁴ La principale revendication des révolutionnaires était l'abolition des « privilèges », sous-entendu des droits féodaux considérés comme injustes.³⁸⁵ De plus, la philosophie

³⁸⁰ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 116. L'idée que la propriété privée servirait d'outil d'affectation optimale des biens aux personnes les plus à même de les exploiter afin d'en retirer la meilleure rentabilité est au fondement du capitalisme et de l'économie libérale : cf. par ex. H. LEPAGE, « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, 1985, p. 92 ; G. HARDIN, « *Tragedy of the Commons* », *Science*, 1968, n° 162, p. 1243 ; R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1986. Cf. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2008, p. 206 et s. ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 61 ; J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain... », art. préc.

³⁸¹ Cf. T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens... », art. préc. ; J. CARBONNIER, « Le droit de propriété dans la vision révolutionnaire », art. préc.

³⁸² Sur cette évolution, cf. A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 114 et s.

³⁸³ T. d'AQUIN, *op. cit.*, suite de la citation : « Ce qui convient encore à l'homme au sujet des biens extérieurs, c'est d'en user. Et sous tout rapport l'homme ne doit pas posséder ces biens comme s'ils lui étaient propres, mais comme étant à tous, en ce sens qu'il doit les partager volontiers avec les nécessiteux. »

³⁸⁴ Pour une présentation critique de l'individualisme révolutionnaire, X. MARTIN, « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.*, 2003, p. 247.

³⁸⁵ Cf. le Décret du 20 août 1792, cité dans C. CAPITAN, art. préc. : « L'affranchissement des propriétés, en assurant l'indépendance absolue des citoyens, peut seul leur procurer la jouissance pleine et entière de la liberté. » La répartition entre droits justes et injustes fut cependant assez difficile, et si tous les droits semblables à des

individualiste et égalitariste révolutionnaire implique la reconnaissance d'une personne juridique propriétaire unique, débarrassée de tout statut personnel qui l'asservirait à une autre personne.³⁸⁶ La crainte que ces droits ressurgissent sous la forme contractuelle amena le législateur de 1804 à consacrer une propriété dotée de plusieurs caractéristiques, certaines ayant été développées par des auteurs postérieurs.³⁸⁷ Surtout, le Code civil distingue bien la propriété des autres droits réels énumérés (servitudes, droit d'usage et d'habitation, usufruit, nue-propriété) dont le régime est encadré, et dont la particularité est d'être temporaires³⁸⁸ et limités dans les prérogatives qu'ils confèrent. Le but est d'empêcher toute renaissance de droits féodaux perpétuels.³⁸⁹

Ce système nécessite de modifier l'objet de la propriété. Son caractère absolu exige que le propriétaire puisse bénéficier de toutes les utilités du bien, et l'accès à une utilité particulière passe par les autres droits réels. Ainsi, le propriétaire peut transmettre une chose (pensée sur le modèle de la marchandise) sans entrave et sans qu'elle soit grevée de droits envers des tiers.³⁹⁰ Par conséquent, le Code civil revient à une propriété matérielle, essentielle à l'échange marchand, qui porte sur la chose et non sur les utilités particulières de celle-ci.³⁹¹ C'est là le principal apport de la Révolution et du Code civil à la notion de propriété.³⁹²

prérogatives régaliennes des seigneurs leur ont été retirés (justice, impôt...), de nombreux autres ont été conservés, considérés comme une contrepartie de l'exploitation de la terre. Cf. T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, Paris, Seuil, 2019, p. 127 et s., et spéc. p. 151-157 sur l'analyse de l'idéologie post-révolutionnaire ; J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain... », art. préc., sur l'origine de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme.

³⁸⁶ Rappelons que le modèle visé par les révolutionnaires est celui de l'échange marchand, qui suppose une égalité entre les parties. Cf. *supra*, n° 34. V. F.-X. TESTU, « La devise de la République française : / Liberté... », RTD civ., 2020, p. 245.

³⁸⁷ Cf. *infra*, n° 69.

³⁸⁸ La servitude n'a cependant pas de durée limitée, mais elle s'éteint par le non-usage, elle n'est donc pas perpétuelle comme l'est la propriété.

³⁸⁹ L. PFISTER, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », RDC, 2013, p. 1261.

³⁹⁰ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 154. Cela vaut aussi pour les hommes, en tant que force de travail : « Détacher l'homme du sol, cela voulait dire dissoudre le corps économique en ses éléments de telle sorte que chaque élément pût se placer dans la partie du système où il serait le plus utile. » K. POLANYI, *La grande transformation* (1944), Paris, Gallimard, 1983, p. 255.

³⁹¹ Néanmoins, la logique de la propriété matérielle a mis un certain temps à s'appliquer et les tribunaux ont continué à admettre l'existence de propriétés simultanées jusqu'au milieu du XIX^e siècle. (A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 208 ; « Regard historique sur l'évolution du droit des biens : Histoire de l'immeuble corporel », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^{èmes} journées René Savatier, Paris, PUF, 1991, p. 3-12).

³⁹² A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 136 et s. et n° 186. C'est pourquoi les droits anglo-saxons qui n'ont pas été influencés par les idées civilistes françaises ont conservé une conception économique de la propriété, fondée sur la jouissance d'utilités (*ibid.*, n° 20 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 317).

58. Consécration de la propriété-maîtrise – La transformation la plus importante du concept est intervenue ultérieurement, dans le courant du XIX^{ème} siècle.³⁹³ Elle a une cause et une conséquence.

Sa cause trouve sa source dans ce que certains sociologues ont nommé le « désenchantement du monde ». ³⁹⁴ Il s'agit d'un processus visant à assimiler la morale chrétienne avec les enjeux économiques et pratiques, pour la mettre de côté par la suite.³⁹⁵ La modification des valeurs entraîne celle des finalités sociales. Or, jusqu'ici, le propriétaire était vu comme un agent de Dieu, agissant certes dans son intérêt, comme le veut la volonté divine, mais dans les limites de la morale chrétienne, qui impose dans ses principes cardinaux la redistribution des ressources abondantes et la modération de ses désirs, notamment pécuniaires.³⁹⁶ La confusion de la morale chrétienne avec l'éthique commerçante a entraîné le déclin des principes antérieurs et l'avènement d'une nouvelle forme de propriété.³⁹⁷

La conséquence de ce phénomène est l'extension illimitée des prérogatives du propriétaire. Alors qu'elle était un moyen de s'approprier les ressources extérieures dans le seul but de satisfaire les besoins de l'individu, elle est devenue une puissance absolue sur les choses, sans finalité préétablie, ce qui permet au propriétaire d'exercer n'importe quel usage de son bien, même si celui-ci va à l'encontre de l'intérêt général, voire même de son intérêt particulier.³⁹⁸ C'est la raison pour laquelle les juristes classiques définissent la propriété selon les prérogatives accordées à l'individu : le propriétaire est celui qui peut faire ce qu'il veut de son bien, faculté qui se manifeste par l'*abusus* tel qu'il est désormais défini. Par conséquent,

³⁹³ A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 196 et s. ; C. ATIAS, « Destins du droit de propriété », art. préc. ; J.-P. CHAZAL, art. préc. Sur les restrictions au droit de propriété durant la Révolution et lors de l'adoption du Code civil, cf. J.-L. HALPERIN, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, 1995, p. 67-78.

³⁹⁴ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 270 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 95.

³⁹⁵ M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'Esprit du capitalisme*, 1905 et son analyse par J. ELLUL, « Max Weber, l'éthique protestante et l'esprit du capitalisme », *Bull. SEDEIS*, 1964, n° 905, supplément n° 1 : « Le comportement économique du plus grand profit n'est pas seulement un résultat de l'appétit d'argent ou de puissance, ni une attitude utilitariste : il représente le « bien ».

³⁹⁶ Rappelons par exemple que durant le Moyen Âge, l'usure était considérée comme un péché mortel et s'est progressivement muée en péché véniel puis en pratique acceptable, voire encouragée car rentable (J. LE GOFF, *La Bourse et la vie*, Paris, Hachette, 1986).

³⁹⁷ Dans le même sens, C. ATIAS, *op. cit.*, n° 94-96. V. aussi l'approche marxiste du droit, qui le présente comme le vecteur d'une morale laïque substituée à la morale religieuse (F. ZENATI, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », *APD*, 1992, p. 121-129).

³⁹⁸ Ex. : F. LAURENT, *Principes du droit civil*, t. VI, 1876, n° 100 et s. ; C.-M.-B. TOULLIER, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, 3^e éd., 1820, t. III, n° 86 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd., t. IX, 1866, n° 475 et s. et n° 545 ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 1873, t. II, n° 405 ; M. REMOND-GOUILLOUX, *Du droit de détruire*, Paris, PUF, 1989 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007 (1952), p. 90. Cf. A. BURGE, art. préc. ; M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 114 et s. ; J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain... », art. préc.

toute réduction des prérogatives du propriétaire sera vue comme une atteinte à la propriété elle-même et combattue farouchement par ses adeptes.³⁹⁹

59. Réactions à la propriété-maîtrise – Cette nouvelle définition est source d’une grande confusion, qui perdure aujourd’hui. Face aux abus auxquels elle donne évidemment lieu, des auteurs s’insurgent et proposent de nouveaux regards. Les premières réactions, dans le courant du XIX^e siècle, portent sur l’aspect économique de la propriété : ce n’est pas la notion qui est critiquée mais son attribution.⁴⁰⁰ Des auteurs proposent donc de redistribuer les ressources ou les instruments de travail, soit à d’autres personnes privées, soit à des groupements collectifs (État, syndicats, travailleurs, citoyens...).

Il faut attendre le début du XX^e siècle pour que le concept de propriété-maîtrise soit critiqué en lui-même.⁴⁰¹ D’éminents juristes proposent de voir la propriété non plus comme une puissance mais comme une fonction sociale finalisée⁴⁰², ou du moins considérer que chaque objet ayant une fonction sociale prédéterminée, le propriétaire ne peut pas en user d’une autre manière.⁴⁰³ Le droit positif intègre certaines de ces propositions via la notion d’abus de droit⁴⁰⁴ ou de troubles anormaux du voisinage⁴⁰⁵, mais les réactions restent timides. Le vrai bouleversement a lieu dans la seconde moitié du XX^e siècle, marquée par un renforcement de l’ordre public limitant les prérogatives des propriétaires au bénéfice d’autres catégories comme les locataires, travailleurs ou exploitants.⁴⁰⁶ La création de nouvelles choses aidant, les

³⁹⁹ « Désarmer les titulaires de droits c’est niveler la société en détruisant une aristocratie nécessaire. » (G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », RCLJ, 1929, p. 33-62, n° 24).

⁴⁰⁰ K. MARX, F. ENGELS, *Le manifeste du parti communiste*, 1848 ; P.-J. PROUDHON, *Qu’est-ce que la propriété ?*, 1840, p. 53. Cf. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 109.

⁴⁰¹ Sur la distinction entre la propriété en tant que paradigme et la propriété en tant que notion, cf. J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », art. préc.

⁴⁰² L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Felix Alcan, 2^e éd., 1912, p. 147-178.

⁴⁰³ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif*, Paris, Sirey, t. 1, 1930, n° 1318 ; *De l’esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l’abus des droits*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1939, p. 26. Cf. la bibliographie citée par A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 203. Sur le devenir de cette théorie, v. A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexion sur le destin des théories de Jossierand », D. 1972, p. 64.

⁴⁰⁴ Cass. Req., 03/08/1915, *Clément Bayard*, DP 1917.I.79 ; Cass. Civ. 3^eme, 19/02/1971, Bull. civ. III, n° 128 ; Cass. Civ. 3^eme, 03/03/2010, Bull. civ. III, n° 54.

⁴⁰⁵ Cass. Civ., 27/11/1844, DP 1845.I.13 ; Cass. Civ. 2^eme, 28/06/1995, Bull. civ. II, n° 222 ; Cass. Civ. 3^eme, 17/04/1996, Bull. civ. III, n° 108 ; Cass. Civ. 2^eme, 06/03/2008. V. A. CHAIGNEAU, S. VERNAC, « Propriété, responsabilité et personnes morales », in *L’entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, colloque du Collège des Bernardins, 2011 (https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche09-11/colloque/9_chaigneau.pdf) sur l’usage de la responsabilité pour fixer des limites à l’exercice de la propriété. V. aussi R. LIBCHABER, « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage », in *Mélanges Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 421.

⁴⁰⁶ J.-L. BERGEL, « L’évolution contemporaine du droit de propriété », in *Mélanges en l’honneur de Jean-Pierre Béguet*, Toulon, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 13-25 ; F. TERRE, « L’évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, 1985, p. 33-49 ; A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 221 et s. ; J.-B. SEUBE, « Le droit

prérogatives des propriétaires se diversifient de manière exponentielle, faisant resurgir le débat sur la nature de la propriété. La théorie classique adoptée au XIX^{ème} siècle reste cependant dominante, et le point commun trouvé entre tous ces propriétaires est la faculté d'aliéner leur bien : leur thèse reste donc valide selon eux, bien qu'elle ait été réduite à une prérogative unique.⁴⁰⁷

Finalement, ce sont les évolutions récentes qui vont lui porter l'estocade et entraîner une nouvelle réflexion critique de la notion de propriété. De nouveaux mécanismes apparaissent impliquant l'affectation de biens à une finalité particulière et interdisant par conséquent l'aliénation de certains d'entre eux.⁴⁰⁸ La protection accordée à d'autres les rend également indisponibles.⁴⁰⁹ Surtout, on reconnaît à des tiers le pouvoir de disposer de biens sur lesquels le propriétaire n'a qu'une faible emprise. La dernière évolution est l'introduction de la fiducie en droit français, qui bouleverse la notion classique de propriété.⁴¹⁰ La propriété redevient limitée et finalisée, à rebours de ce que défendaient les auteurs du XIX^{ème} siècle, ce qui ouvre la voie à de nouvelles pistes.

60. Conclusion – L'étude historique de la propriété nous apprend qu'elle n'a jamais consisté en l'octroi de pouvoirs illimités à une personne individuelle, mais bien plutôt en l'attribution de ressources à un groupe ou à une personne. Le fait que les limites aux prérogatives du propriétaire ne se retrouvent pas au sein du droit objectif ne signifie pas qu'elles n'existent pas.⁴¹¹ Dans l'Antiquité et à l'époque médiévale, le propriétaire avait effectivement un pouvoir absolu mais parce que son action était limitée par d'autres systèmes normatifs : le citoyen romain est censé agir selon sa raison (selon l'idée stoïcienne) et l'homme médiéval selon la morale chrétienne. Cela impliquait des devoirs moraux à l'égard de la famille et de la société qui fait que c'est le groupe entier qui pouvait être considéré comme propriétaire et pas seulement celui qualifié comme tel par le droit. A l'époque moderne, les autres systèmes

des biens hors du Code civil », art. préc., n° 15 et s. ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 283 ; C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2019, n° 173 et s. Face à cette situation, certains y verront un retour à l'Ancien droit, persuadés que plus on a de prérogatives, plus on est propriétaire (G. MORIN, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, t. 2, 1950, p. 15 ; R. THERY, « De l'utilisation à la propriété des choses », *ibid.*, p. 17-32 ; J.-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, p. 1-31).

⁴⁰⁷ Cf. sur cette période et cette conclusion, J. CARBONNIER, « Le droit de propriété depuis 1914 », in *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 352 et s.

⁴⁰⁸ Cf. *infra*, n° 130.

⁴⁰⁹ Cf. *infra*, n° 132 et s.

⁴¹⁰ Cf. *infra*, n° 91 et s. Sur cette évolution, J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 67.

⁴¹¹ Dans un sens proche, J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, n° 36.

normatifs perdent de l'influence et le bénéficiaire de la propriété est assimilé au gestionnaire des biens, mais est sous-entendue l'idée que ses pouvoirs sont limités. L'individualisme et le subjectivisme font que les sujets sont appréciés individuellement et plus sous forme de groupes. Au XIX^{ème} siècle, l'abandon de la morale chrétienne en faveur de l'éthique capitaliste pousse les juristes à voir la propriété comme une puissance illimitée sur les choses, puis la réduisent à la faculté de disposer du bien (*abusus*). Les évolutions récentes remettent en cause cette idée.

Ce tour d'horizon nous permet de constater que dans la période pré-moderne (avant le XVII^{ème} siècle), le bénéficiaire effectif de la propriété n'était pas nécessairement le propriétaire juridique, à qui était confié le pouvoir de gérer les biens, ce qui justifiait la limitation de ses prérogatives. Par la suite, les deux ont été assimilés, mais il subsiste des situations où le gestionnaire des biens peut ne pas être le propriétaire, que la doctrine classique fonde sur des fictions juridiques ou des exceptions légales. Il convient de proposer une nouvelle approche plus adaptée.

Section 2 : La nécessité d'une nouvelle approche

61. Théories actuelles – « Après neuf ou dix siècles de réflexions doctrinales, et des milliers de pages écrites, le débat continue sur le sens à donner au mot propriété, débat relancé, aujourd'hui, par les techniques nouvelles d'utilisation du sol et de l'espace. »⁴¹² Afin d'intégrer les évolutions technologiques et sociales, le droit positif se transforme, et avec lui le droit de propriété. Aujourd'hui, trois théories subsistent et proposent leur propre définition.⁴¹³

La théorie dite « classique » se place dans la continuité de la propriété-maîtrise apparue au XIX^{ème} siècle.⁴¹⁴ Fruit de la réflexion des post-glossateurs telle qu'elle a été transmise par Pothier puis par les juristes du XIX^{ème} siècle, elle qualifie la propriété de droit subjectif (le « droit réel le plus complet »).⁴¹⁵ Elle est définie comme un pouvoir absolu et illimité sur les

⁴¹² A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, n° 229.

⁴¹³ Pour une critique acerbe de ces trois théories, cf. J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », RTD civ., 2014, p. 763 ; et pour une réponse mitigée : W. DROSS, « Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ? », RTD civ., 2015, p. 27.

⁴¹⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 272 et s. L'auteur parle de « conception moderne » car elle est apparue à l'époque moderne (XVIII^{ème} siècle), mais il s'agit bien de la théorie qualifiée ici de classique.

⁴¹⁵ C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 127 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : Les biens*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, n° 103.

biens, se manifestant par la faculté de disposer du bien (*abusus*), considéré comme l'acte le plus grave qu'un propriétaire puisse accomplir, et *a fortiori* symbole de sa puissance.⁴¹⁶

La théorie dite « moderne » est d'inspiration plus récente.⁴¹⁷ Elle provient à l'origine d'une critique de la nature de la propriété en tant que droit subjectif, constatant les failles auxquelles cette dernière aboutissait.⁴¹⁸ Les auteurs qui la défendent actuellement lui donnent pour fonction la protection de l'exclusivité d'accès à une valeur économique accordée à une personne.⁴¹⁹ Pour eux, la propriété n'est pas un droit subjectif mais réside dans un lien entre une personne et une chose, qui a sa nature propre et unique. Ce lien justifie que le propriétaire soit celui qui bénéficie exclusivement des avantages tirés du bien, et en particulier de son aliénation, c'est pourquoi l'*abusus* reste un pouvoir important du propriétaire dans cette théorie. Néanmoins, elle admet plus facilement les limitations à sa puissance en raison des impératifs liés à la fonction sociale et économique du bien.⁴²⁰

Une dernière théorie récente, nommée « approche structurale » par son auteur, vise à moderniser la théorie classique sans l'abandonner.⁴²¹ Selon lui, la propriété a pour fonction de protéger l'accès d'une personne à un ensemble d'utilités rattachées à une chose. En cela, il se rapproche de la théorie moderne car il adopte une démarche réaliste qui contraste avec le subjectivisme de la théorie classique. Il qualifie cependant la propriété de droit subjectif comme cette dernière.⁴²² Elle ne se manifeste pas uniquement par la faculté de disposer du bien, qui n'est qu'une utilité parmi d'autres, mais bien par l'accès à toutes les utilités d'un bien.⁴²³

⁴¹⁶ P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 400 et 432 et s. ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 83.

⁴¹⁷ Cette présentation reste schématique, il existe évidemment des disparités entre les auteurs. Notamment, le professeur Zénati, qui a modernisé le concept de propriété-lien d'appartenance, ne se concentre pas autant que les auteurs valoristes sur le rôle économique de la propriété, et beaucoup plus sur son aspect subjectif.

⁴¹⁸ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil : Livre du bicentenaire*, Paris, Litec, 2004, p. 307 et s. Cette critique prend appui sur un premier article de Vareilles-Sommières et se poursuit dans le camp personnaliste de Planiol puis « néo-personnaliste » ou « objectiviste » de Ginossar.

⁴¹⁹ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281-305 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 292 et s. et p. 307 et s. Un auteur propose même de reconnaître, parallèlement à la propriété classique, la notion de « propriété économique », définie comme la « vocation d'une personne à recueillir pour elle-même et à titre exclusif la totalité de la substance économique d'une chose ». (G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1999, n° 545, p. 333 ; « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Dr. et pat.*, 2001, n° 91).

⁴²⁰ J. ROCHFELD, *ibid.*

⁴²¹ W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 419.

⁴²² Cette conclusion est en fait l'aboutissement de sa conception réaliste : puisque seules les choses (au sens d'entités existant hors du système juridique) peuvent faire l'objet d'un droit de propriété, les droits n'en font pas partie, il n'y a donc pas de contradiction à conserver la distinction entre droits réels et droits personnels (*ibid.*, n° 21).

⁴²³ Cette approche impose une redéfinition des droits réels sur la chose d'autrui. Il conserve la notion de démembrement de propriété, mais l'applique aux utilités du bien et pas aux prérogatives sur le bien. Il exclut cependant de cette catégorie l'usufruit, qu'il qualifie de « propriété temporaire », et les servitudes, considérées comme faisant partie des utilités du fonds dominant (W. DROSS, *ibid.*, n° 16 et s. ; *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Domat, 4^{ème} éd., 2019, n° 115 et s.).

62. Méthode de définition – Ces trois propositions ont leurs avantages et leurs inconvénients, et toutes, malgré parfois des distorsions, permettent d’expliquer le droit positif. Le but n’est pas ici de confirmer ou infirmer l’une de ces thèses, mais de tenter modestement d’en proposer une nouvelle à la suite d’une réflexion personnelle. Certains éléments de définition retenus pourront par conséquent être communs avec plusieurs des théories précitées.

Notre démarche vise à donner une définition opératoire à la notion de propriété. Il nous semble qu’il faut pour cela la décomposer en trois éléments. Le premier est la fonction technique à laquelle elle répond : à quoi sert d’avoir une notion de propriété en droit positif ? Le deuxième est la nature de la notion au sein du système de référence : rentre-t-elle dans une catégorie plus large ? A quelle autre notion peut-elle être comparée ? Le troisième est le critère de la notion, la manière dont elle se manifeste et qui permet de la qualifier. La fonction (§ 1), la nature (§ 2) et le critère (§ 3) de la propriété seront donc successivement analysés.

§ 1 : La fonction de la propriété

63. Garantie de l’exclusivité – Il ne s’agit pas ici d’évoquer le rôle social de la propriété⁴²⁴ mais sa finalité en tant que technique juridique. Tous les auteurs s’accordent sur la fonction essentielle de la propriété : la garantie d’une exclusivité.⁴²⁵ Il est admis que la propriété en tant que technique est même l’institution-modèle qui assure cette fonction.⁴²⁶ L’attribution d’un droit de propriété a pour première finalité d’exclure les tiers, ce qui passe par l’action principale accordée au propriétaire : la revendication.

Les désaccords ne portent donc pas sur ce point mais sur l’objet de cette exclusivité. En effet, pour la théorie classique, l’exclusivité garantie par la propriété porte sur les prérogatives du propriétaire : seul ce dernier a la faculté d’accomplir des actes sur ses biens, sauf s’il

⁴²⁴ Qui dépend de considérations politiques et peut revêtir différentes formes : attribution de ressources minimales, incitation à la participation à la vie citoyenne, incitation au travail, récompense d’un mérite, perpétuation des patrimoines...

⁴²⁵ F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 ; P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 425 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 9 ; T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et pat.*, 2004, n° 124 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007, n° 127 et s. ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 97 ; F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 146 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 95. *Contra* : C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2019, n° 197 ; W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 42 (qui associe ce caractère à tous les droits réels).

⁴²⁶ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, art. préc. ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 11. Un auteur va même plus loin et voit dans l’exclusivité la finalité même de la propriété, elle préexisterait aux utilités du bien : F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Lyon, thèse de doctorat, 1981, n° 421.

transfère ce pouvoir volontairement à un tiers.⁴²⁷ Néanmoins, il reste le seul capable d'aliéner son bien. Pour la théorie moderne, l'objet de cette exclusivité est plutôt la valeur économique que représente le bien. La propriété a pour fonction d'assurer à une personne que l'exploitation d'un bien lui bénéficiera exclusivement en dernier recours, sauf transfert légal ou volontaire de jouissance. La théorie structurale considère pour sa part que l'exclusivité ne porte pas sur une utilité particulière du bien mais sur l'ensemble de celles qu'il fournit.

64. Rejet de la propriété-maîtrise et de la propriété-fonction – Il convient à ce stade de rejeter deux théories opposées défendues dans le courant du XX^{ème} siècle. La première, celle de la propriété-maîtrise, est au fondement de la théorie classique : elle définit la propriété comme une puissance absolue de la personne sur ses biens, justifiée par sa nature de droit subjectif.⁴²⁸ Or, la propriété n'a pas pour fonction de garantir un tel pouvoir. A l'origine, elle vise à assurer l'organisation des ressources au sein d'un groupe, et permettre au propriétaire d'agir en contradiction avec cet objectif essentiel n'aurait pas de sens.⁴²⁹ Par ailleurs, dans l'Histoire, les prérogatives du propriétaire ont toujours été limitées et le mésusage a toujours été sanctionné.⁴³⁰ Il est donc faux de prétendre que la propriété a pour fonction de protéger les prérogatives du propriétaire : celles-ci ne sont qu'un moyen accordé pour arriver à une fin, la satisfaction de ses besoins.⁴³¹

⁴²⁷ C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, n° 204. C'est pourquoi ces auteurs refusent de voir en l'exclusivité une caractéristique de la propriété, en raison des nombreuses atteintes à ce principe.

⁴²⁸ Le raisonnement vient en fait d'une confusion entre la propriété-droit fondamental et la propriété-technique juridique : ces auteurs considèrent que la propriété étant une condition à la liberté, elle ne peut avoir qu'un libre exercice absolu, et aucune limite ne saurait la contraindre sans porter atteinte à la liberté elle-même. Cf. *supra*, n° 45.

⁴²⁹ Le terme *abusus* vient du latin *abuti*, qui désigne à l'origine un mésusage du bien dans le Digeste de Justinien (ex. : D. 7.15.1). C'est seulement au XIV^{ème} siècle que le terme a été dérivé en *jus abutendi* pour désigner le droit d'un propriétaire de détruire son bien, par opposition au *jus utendi*, qui est le droit d'en user, dans une démonstration portant sur la propriété des biens consommables (P. GARNSEY, *Penser la propriété : De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, éd. Les Belles Lettres, 2^{ème} éd., trad. Alexandre Hasnaoui, 2013, p. 131). C'est Bartole qui a introduit l'idée que le *jus abutendi* (appelé ensuite *jus disponendi*) était une prérogative du propriétaire dans la définition qu'il donnait de la propriété (*ibid.*, p. 231), définition qui a inspiré celle du Code civil. Le pouvoir de disposition, qui était limité à l'origine, est ainsi progressivement devenu le symbole de l'arbitraire du propriétaire. V. également sur cette évolution F. DANOS, *op. cit.*, n° 65.

⁴³⁰ Cf. *supra*, n° 50 et s. V. même actuellement : S. MAZEAUD-LEVENEUR, « Droit de propriété et liberté du propriétaire d'exploiter ses terres agricoles », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008, p. 719-729.

⁴³¹ Cf. par exemple la décision CC, 17/07/1985, n° 85-189 DC qui déclare au sujet d'un texte permettant à l'administration de s'opposer à la division d'un terrain sis sur un milieu naturel : « la loi critiquée n'a ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ». La doctrine classique y a vu une atteinte à la propriété elle-même, alors qu'il ne s'agit que d'une limitation des prérogatives du propriétaire. Cf. T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens... », art. préc. ; J.-B. SEUBE, « Le droit des biens hors du Code civil », art. préc., n° 15 et s.

En réaction à la propriété-maîtrise, le courant de la propriété-fonction a proposé une autre analyse : la propriété serait en réalité une fonction sociale au service de l'intérêt général, c'est pourquoi les prérogatives des propriétaires doivent se limiter au seul usage permis par les normes sociales.⁴³² Il nous semble exagéré de donner cette fonction à la propriété.⁴³³ En effet, l'intérêt premier qu'elle est censée servir est celui du propriétaire, et celui-ci n'est jamais contraint d'agir dans un autre intérêt par principe. Comment dans cette situation reconnaître le propriétaire de celui qui exerce officiellement une fonction ? Par ailleurs, le reproche fait à ces thèses est que la détermination de l'intérêt général est souvent floue, ce qui peut conduire effectivement à une réduction des libertés sans que cela ne soit réellement justifié.⁴³⁴ Cela n'empêche pas qu'il existe des situations dans lesquelles ses prérogatives sont limitées ou orientées vers la satisfaction d'un autre intérêt, mais il s'agira toujours d'exceptions.⁴³⁵

65. Garantie de l'accès aux utilités des biens – Il nous semble que la théorie du Professeur Dross est celle qui se rapproche le plus de la réalité. En effet, nous avons démontré

⁴³² J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 2, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2017, n° 737 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 118. Les thèses de ce courant proposent des interprétations de degré variable : pour Duguít, le propriétaire a une mission sociale qui le contraint à agir dans une certaine voie, alors que pour Josserand, il s'agit simplement d'interdire les usages qui seraient contraires à l'utilité socialement reconnue des biens (J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 284). Pour une critique de cette thèse : G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », RCLJ, 1929, p. 33-62 ; *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, n° 92 ; F. HAYEK, *Droit, législation et liberté* (1982), Chap. 1 : « Raison et évolution », Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2013. Précisons que la finalité visée n'est pas nécessairement sociale, et peut être l'efficacité économique du système capitaliste (B. OPPETIT, « Droit et économie », APD, 1992, p. 17-26). Pour une application pratique, v. la description de la propriété socialiste de A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation : Essai à la lumière du droit russe*, Paris, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2008, p. 80 et s.

⁴³³ V. cependant CJCE, 22/10/1991, *von Deetzen*, C-44/89 : « Les droits fondamentaux et plus particulièrement le droit de propriété n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. » L'arrêt porte toutefois sur la propriété en tant que droit fondamental et pas en tant que technique. Pour une défense actuelle de cette conception, cf. B. GRIMONPREZ, « La fonction environnementale de la propriété », RTD civ., 2015, p. 539.

⁴³⁴ E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, p. 163 et s. ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 100.

⁴³⁵ « La propriété peut être privée ou publique, individuelle ou collective, relative ou absolue, exclusive d'usages concurrents ou ouverte à des usages co-existants. Il est donc parfaitement possible d'optimiser un droit de la propriété qui borne les pouvoirs du propriétaire avec l'intérêt général et l'intérêt d'autrui, un droit qui définit un mode de gouvernance de la propriété adapté à la spécificité et à la rareté des ressources naturelles concernées ou encore un droit qui assigne à la propriété une fonction sociale. » F. COLLART-DUTILLEUL, « La première étape d'une longue marche vers un droit spécial de la sécurité alimentaire », in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2013, p. 131 et s. Cf. également F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 192 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 290-291 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 122 ; J.-F. GIACUZZO, « A la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale », *Constitutions*, 2015, p. 555 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 318 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 459 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 78 et 104. Il arrive même que le propriétaire soit contraint de réaliser des actes positifs en vue de satisfaire l'intérêt général ou un intérêt particulier : S. MAZEAUD-LEVENEUR, art. préc. ; C. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », RTD civ., 2014, p. 795. Cf. *infra*, n° 129 et s.

que la personne juridique était un titulaire d'intérêt⁴³⁶ et que le bien était une source d'utilités.⁴³⁷ La propriété, qui assure le lien entre l'un et l'autre, a donc pour objet l'ensemble des utilités attachées à un bien. Sa fonction est de garantir à une personne qu'elle aura accès en principe à toutes les utilités disponibles de la chose, sous réserve des limites naturelles, légales et conventionnelles qui pourraient s'y appliquer.⁴³⁸

§ 2 : La nature de la propriété

66. Propriété en tant que droit subjectif – La doctrine classique⁴³⁹ et la doctrine structurale⁴⁴⁰ s'accordent sur la nature de la propriété : il s'agirait d'un droit subjectif, entendu comme un ensemble de prérogatives accordé à un individu du fait de sa situation juridique. Pour comprendre la position de ces auteurs, il convient d'en expliquer l'origine. Le droit subjectif est issu de la rencontre entre la propriété féodale et l'individualisme. La théorie des droits subjectifs actuelle est apparue en Allemagne au XIX^e siècle, sous l'influence du kantisme, lui-même issu de l'individualisme moderne. Comme nous l'avons vu plus haut, cette idéologie préconise un rapport de puissance direct du sujet vers l'objet, véhiculé par la volonté subjective.⁴⁴¹ Appliquée à la propriété, cela aboutit à la théorie de la propriété-maîtrise. Mais auparavant, à l'époque médiévale, les post-glossateurs ont adopté une notion économique de la propriété, assimilée à un droit d'usage, le propriétaire (au sens moderne) étant celui qui obtient une rente du fait de l'exploitation de la terre et qui peut en disposer. Il n'a donc qu'une utilité parmi d'autres selon le droit médiéval, le *jus in re*, par comparaison au *jus ad rem*. Les auteurs du XIX^e n'ont fait que reprendre cette théorie en lui appliquant leur notion de droit subjectif : ils distinguent ainsi les droits personnels des droits réels, et parmi ces derniers, ils placent la propriété aux côtés des droits sur la chose d'autrui.⁴⁴²

⁴³⁶ Cf. *supra*, n° 14.

⁴³⁷ Cf. *supra*, n° 33.

⁴³⁸ Dans un sens proche, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ., 1997, p. 583 ; B. GRIMONPREZ, art. préc. De même, C. ATIAS, *op. cit.*, n° 79 et 101, qui voit la propriété comme le mode d'attribution de la totalité des utilités des biens (qu'il divise en « utilités naturelle » et « civile ») à une personne privativement. *Contra*, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 208, pour qui l'exclusivité est la cause des utilités du bien, ce qui nous semble paradoxal car il faut bien que l'objet de l'exclusivité existe avant qu'elle s'y applique.

⁴³⁹ C. ATIAS, *op. cit.*, n° 79 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 730 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 121 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 371 ; C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, n° 179.

⁴⁴⁰ W. DROSS, « Une approche structurale... », art. préc., n° 23 ; « Que l'article 544 nous dit-il... », art. préc.

⁴⁴¹ Cf. *supra*, n° 26.

⁴⁴² Sur cette évolution, cf. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 167-168.

Cette classification ne fait sens que parce qu'ils définissent la propriété selon ses attributs : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.⁴⁴³ Celui qui dispose de toutes les prérogatives est propriétaire tandis que celui qui n'en a que certaines ne l'est pas. La propriété n'est donc qu'une manière de distribuer les pouvoirs sur un bien, et il n'y a pas de différence de nature entre le droit de propriété et l'usufruit.⁴⁴⁴

67. Propriété en tant que lien d'appartenance – Certains auteurs se sont élevés contre cette conception et en ont exposé les contradictions. Le premier article sur le sujet date du début du XX^{ème} siècle.⁴⁴⁵ L'auteur démontre que la propriété ne peut pas être définie selon les prérogatives qu'elle offre, d'abord parce qu'elles ne peuvent se résumer au schéma *usus, fructus, abusus* (qui est synthétique mais pas opérant), ensuite parce que la disparition de ces prérogatives ne met pas fin à la propriété. Elle est en réalité le droit d'accès à tous les services offerts par une chose, alors que les autres droits réels ne permettent l'accès qu'à un ou plusieurs services limités.

La deuxième étape de cette critique s'est portée sur l'effet de la propriété à l'égard des tiers.⁴⁴⁶ La théorie classique distingue le droit réel, opposable à tous, du droit personnel, qui ne peut être opposé qu'à une personne, le débiteur. La thèse personnaliste a démontré qu'il s'agissait d'une erreur : le droit personnel, comme le droit réel, doit être respecté par tous. Elle en a donc déduit que tous les droits étaient en fait personnels, du fait de l'existence d'une « obligation passive universelle ». ⁴⁴⁷ Prenant acte de la critique, un autre courant, dit « objectiviste », a pris le contrepied de la solution personnaliste : en réalité, l'obligation de respecter les droits des autres ne vient pas d'un droit personnel universel mais de la propriété : c'est elle qui justifie l'obligation passive universelle, car seule la propriété peut avoir un effet absolu. Elle ne se définit pas comme une prérogative mais comme un lien entre une personne et ses biens, ces derniers pouvant être des choses ou des droits (réels ou personnels). La propriété, en revanche, n'est pas *un* droit subjectif, mais *le* droit subjectif.⁴⁴⁸

⁴⁴³ C. ATIAS, *op. cit.*, n° 102 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 80. Cette distinction viendrait en réalité d'une erreur d'interprétation d'un texte de Gaius (F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation... », art. préc. ; P. GARNSEY, *op. cit.*, p. 231 et s.).

⁴⁴⁴ Pour une critique de cette approche : R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 8.

⁴⁴⁵ M. de VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD civ., 1905, p. 443. V. aussi P. CROCOQ, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, n° 98 pour un exposé plus moderne.

⁴⁴⁶ Sur cette évolution, cf. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 705 ; W. DROSS, « Une approche structurale... », art. préc., n° 24 et s. ; *Droit des biens, op. cit.*, n° 146 et s.

⁴⁴⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 4^{ème} éd., 1906, n° 2153 et s.

⁴⁴⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960 ; « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD civ., 1962, p. 573-

Les auteurs postérieurs ont modernisé cette approche en la recentrant sur ce dernier aspect. Il est désormais admis que le problème évoqué par Planiol provenait en fait d'une mauvaise définition de l'opposabilité, qui a depuis été proposée en tant que mécanisme *sui generis* et non pas attaché à une catégorie de droits subjectifs.⁴⁴⁹ Aujourd'hui, l'opposition se situe autour d'une autre question : si l'on admet que la propriété est un droit réel, il est impossible d'accepter la propriété des droits, car cela reviendrait à reconnaître qu'un droit subjectif peut porter sur un autre droit subjectif.⁴⁵⁰ A l'inverse, qualifier la propriété de lien d'appartenance permet de voir les droits subjectifs comme des objets d'appropriation. La théorie moderne et sa conception du bien assimilé à une valeur appropriée implique la reconnaissance des droits subjectifs en tant que biens.⁴⁵¹

68. Solution adoptée – Il convient par conséquent de se ranger du côté de la théorie moderne. En effet, le droit subjectif a toujours été un droit relatif, interpersonnel : il est une relation de droit entre deux personnes juridiques, dont l'identité est déterminée (droit personnel) ou indéterminée (droit réel).⁴⁵² Sous l'Ancien droit, la propriété était relative car elle dépendait des droits des autres personnes sur la terre. Le législateur de 1804 a fait le choix d'abandonner cette conception : l'article 544 mentionne bien le caractère absolu de la propriété. A l'inverse du droit subjectif, elle est un rapport entre une personne et un bien.⁴⁵³ Bien sûr, elle sert à l'organisation des rapports avec les tiers du fait de son opposabilité, mais c'est le cas pour toute norme juridique, dont la fonction est d'organiser les relations humaines. Par nature, elle est un lien d'appropriation, et non pas un rapport interpersonnel.

§ 3 : Le critère de la propriété

69. Caractères de la propriété – Au lieu de donner un critère opérationnel de détermination de la propriété, un certain nombre d'auteurs se contente d'en lister les

589. Pour une modernisation de cette thèse : F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation... », art. préc. ; « La propriété... », art. préc. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 164.

⁴⁴⁹ J. DUCLOS, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1998.

⁴⁵⁰ Pour contourner la question, certains qualifient la propriété de droit subjectif pouvant être réel ou personnel selon son objet, ce qui permet d'admettre la propriété des créances : F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 121. D'autres distinguent les droits subjectifs (assimilés à la propriété) des « droits incorporels » (rapports juridiques objectifs sur le modèle obligationnel) : F. ZENATI-CASTAING, « La propriété... », art. préc.

⁴⁵¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 14. Cf. *infra*, n° 96.

⁴⁵² R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 53 ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 72.

⁴⁵³ M.-A. FRISON-ROCHE, D. TERRE-FORNACCIARI, « Quelques remarques sur le droit de propriété », APD, 1999, p. 240.

caractéristiques.⁴⁵⁴ Ils en retiennent trois pour la plupart : l'exclusivité, l'absoluité et la perpétuité.⁴⁵⁵ Il nous semble que cette opération n'a que peu d'intérêt technique. D'abord, parce que ces caractéristiques sont intimement liées à la conception libérale du XIX^{ème} siècle.⁴⁵⁶ Ensuite, parce que la définition et la sélection de chacun de ces caractères sont débattues. Enfin, parce que leur utilité technique est assez faible. En effet, l'exclusivité participe de l'essence de la propriété, la question est justement de pouvoir déterminer comment elle se manifeste.⁴⁵⁷ L'absoluité recouvre deux sens.⁴⁵⁸ Pour la doctrine majoritaire, elle renvoie à la puissance illimitée du propriétaire sur le bien, que nous contestons.⁴⁵⁹ D'autres auteurs l'assimilent au fait que le propriétaire bénéficie par principe de toutes les utilités du bien, ce qui est selon nous le seul critère valable.⁴⁶⁰ La perpétuité signifie que la propriété ne s'éteint pas par le non-usage, ce qui est un effet et pas un critère, et n'implique pas nécessairement une application réservée à la seule propriété.⁴⁶¹ Nous préférons nous concentrer sur la recherche d'un critère opératoire.

70. Critère classique – Les théories classiques et modernes s'accordent à ce sujet : le propriétaire est le titulaire de la faculté de disposer du bien.⁴⁶² Le raisonnement est cependant différent pour l'une et pour l'autre : pour la doctrine classique, il s'agit de l'acte le plus grave

⁴⁵⁴ « Une notion est incomplètement définie par ses caractères et ses effets. » M.-A. FRISON-ROCHE, D. TERRE-FORNACCIARI, art. préc., p. 233.

⁴⁵⁵ W. DROSS, « Une approche structurale... », art. préc. ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 277 et s. ; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 119 et s. ; P. CHAUVIRE, « Quel avenir pour la propriété ? », in *L'avenir du droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 63-81 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 142 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 455 ; H. PERINET-MARQUET (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant*, version finale du 15 mai 2009 (art. 534). Certains en recensent deux seulement (G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? », RTD civ., 2013, p. 741).

⁴⁵⁶ C'est en effet à cette époque qu'elles ont été fixées. Le but était de consacrer le droit de propriété en tant que droit fondamental dans l'idée d'une puissance absolue et exclusive, le caractère perpétuel ayant vocation à empêcher la réapparition des droits féodaux liés à un usage particulier et à consolider la primauté de la propriété sur les autres droits réels sur la chose d'autrui. J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 278 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 92.

⁴⁵⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 730 : « A la vérité, ce trait est impliqué dans le mot même de propriété. »

⁴⁵⁸ C. ATIAS, *op. cit.*, n° 121 et s. ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 730 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 143 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 93-94 ; J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », RTD civ., 2020, p. 1.

⁴⁵⁹ Cf. *supra*, n° 58.

⁴⁶⁰ Dans le même sens, C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, n° 215 et s. V. déjà M. de VAREILLES-SOMMIERES, art. préc..

⁴⁶¹ Ce caractère est par ailleurs discuté : V. BONNET, « La durée de la propriété », RRJ, 2002, p. 273 ; G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? », art. préc. Cf. *infra*, n° 97 sur la question de la perpétuité des droits réels.

⁴⁶² J.-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, p. 1-31 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 210 (qui distinguent toutefois *abusus* et disposition, l'un étant matériel et l'autre juridique) ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 275 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 125 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n° 83 ; G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? », art. préc., n° 11 ; C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *op. cit.*, n° 219.

qui puisse être réalisé, donc celui qui peut le faire est nécessairement celui qui a la plus grande puissance sur le bien, c'est-à-dire le propriétaire. Pour la doctrine moderne, la faculté de disposition permet l'échange du bien et donc l'accès à sa valeur économique, qui constitue pour ces auteurs l'essence même de la chose.⁴⁶³ Nous avons cependant démontré que la propriété ne pouvait se définir selon les prérogatives qu'elle octroie⁴⁶⁴, et que la valeur d'échange d'une chose ne participait pas de son essence.⁴⁶⁵ Par conséquent, nous ne pouvons pas retenir ce critère en l'état.

71. Critère retenu – Il nous semble que la faculté de disposer du bien n'est pas un critère pertinent. D'abord, parce qu'il est contredit par le droit positif : c'est en général le premier pouvoir qui est retiré à une personne soumise à un régime d'incapacité, et personne ne considère que cela implique une perte de la propriété. La doctrine le justifie généralement par le fait qu'étant représentant, le mandataire agit au nom du représenté, il n'y aurait donc pas réellement de disposition du bien d'autrui, le propriétaire étant la véritable partie au contrat. Cependant, il existe de nombreuses situations où une personne peut disposer des biens d'autrui sans représentation et sans que le propriétaire ne perde son droit.⁴⁶⁶ Il existe par ailleurs des biens indisponibles et pourtant appropriés.⁴⁶⁷ Mais surtout, la finalité de la propriété est la garantie d'accès aux utilités d'un bien. La disposition n'est pas en soi une utilité, mais peut en servir d'autres (échange contre un autre bien, garantie d'une dette, don...). Ce n'est cependant pas la seule utilité attachée à un bien, et il en existe bien d'autres, ne serait-ce que celles qui sont liées à sa jouissance.⁴⁶⁸

Quel critère retenir alors ? Logiquement, le critère d'identification du propriétaire devrait être celui qui découle de la fonction de la propriété : si elle vise à assurer l'accès aux utilités des biens, alors le propriétaire est celui qui, par principe, bénéficie de l'ensemble des

⁴⁶³ W. DROSS, « Une approche structurale... », art. préc., n° 30-31. La théorie du Professeur Zénati-Castaing est cependant plus complexe que cela : il définit le pouvoir de disposer (pris au sens large et assimilé à ce que d'autres appellent la capacité juridique) comme une manifestation de la propriété, mais ne le considère pas comme essentiel puisqu'il admet que les personnes vulnérables voient leur pouvoir réduit sans perdre leur faculté de jouissance, et donc leur qualité de propriétaire (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété... », art. préc.).

⁴⁶⁴ Cf. *supra*, n° 68.

⁴⁶⁵ Cf. *supra*, n° 34.

⁴⁶⁶ V. sur ce sujet P. GUILHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », RTD civ., 1954, p. 1 ; B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse de doctorat, droit, Paris-Sud XI, 1999 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 453 et s. ; I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2006 ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 62 et s. ; F. LIMBACH, « L'habilitation à disposer pour autrui », RTD civ., 2020, p. 45. V. également *infra*, n° 97 sur le quasi-usufruit. Le problème vient aussi de l'ambiguïté de la notion de disposition, cf. *infra*, n° 158.

⁴⁶⁷ Cf. *infra*, n° 132.

⁴⁶⁸ Cf. J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 276 et la jurisprudence citée.

utilités disponibles d'un bien.⁴⁶⁹ Il est alors très simple de déterminer qui est propriétaire si celui-ci n'est pas gestionnaire du bien : c'est la personne dans l'intérêt de laquelle la gestion doit être réalisée.

72. Conclusion – Il nous est désormais possible de présenter une définition de la propriété : il s'agit d'un lien entre une personne et un bien permettant à la première de bénéficier exclusivement, par principe et en priorité de toutes les utilités attachées au second. Sa fonction est de garantir l'exclusivité du bénéfice des ressources. Juridiquement, elle se manifeste par un lien entre la personne et le bien, ce qui justifie que son objet ne soit pas *a priori* limité. Le critère de détermination du propriétaire est donc logiquement la reconnaissance de l'attribution exclusive et préférentielle de l'ensemble des utilités d'un bien à une personne déterminée.⁴⁷⁰

Cette définition a le mérite de démontrer une chose fondamentale pour notre thèse : la propriété ne donne *a priori* aucune prérogative de gestion sur le bien lui-même, elle ne fait qu'accorder le bénéfice de ses utilités.⁴⁷¹ Il nous reste maintenant à étudier les relations entre gestion et propriété, afin d'en analyser l'articulation.

Section 3 : Propriété et gestion

73. Distinction fondamentale – Nous avons démontré que lorsque la propriété est prise en son sens technique et définie comme la réservation effective des utilités d'un bien, cela ne signifie pas que le propriétaire est nécessairement titulaire de prérogatives juridiques sur ce bien. Définie ainsi, la propriété se confond avec l'usage, elle s'exerce matériellement et non

⁴⁶⁹ Dans le même sens, P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 429 et s. (mais l'auteur se concentre surtout sur les fruits économiques de la gestion). Là encore, nous nous rapprochons de la théorie structurale (W. DROSS, « Une approche structurale... », art. préc., n° 32). Néanmoins, nous rejetons la conclusion à laquelle elle aboutit relativement aux droits réels sur la chose d'autrui. Comp. C. ATIAS, « Une propriété sans objet (propriété, vocation et contrat) », D. 2007, p. 2415 sur la notion de vocation à la propriété.

⁴⁷⁰ « La propriété est le droit d'user des choses d'une manière générale, non pas d'une manière absolue et illimitée. Tel est propriétaire qui jouit de tous les avantages autres que ceux expressément exceptés ou exclus par la loi. » J. SALMOND, *Jurisprudence*, Glanville Williams, 11^{ème} éd., 1957, p. 453. De même : « A moins qu'il ne concède ou ne transfère, par convention créatrice d'un droit personnel ou d'un droit réel, l'une de ses utilités, le propriétaire a vocation à conserver pleinement son droit, en raison de l'exclusivisme qui le caractérise. » P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 429.

⁴⁷¹ « Le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre non à vouloir, mais à profiter. La volonté peut, à la rigueur, être dévolue à un tiers, elle peut être paralysée ; l'utilité réelle ne peut se remettre à un tiers sans que le droit lui-même soit atteint. (...) Les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins, à réaliser ses buts. Telle est leur mission. Telle est aussi la mesure des conventions. C'est l'utilité et non la volonté qui est la substance des droits. (...) Jouir d'un droit sans en disposer peut se concevoir, disposer sans jouir est impossible. » R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marescq, 3^{ème} éd., trad. O. de Meulenaere, t. 4, 1877-1878, § 70, p. 325, 327 et 338.

juridiquement (§ 1). La gestion renvoie à la réalisation des actes permettant cet usage. Elle ne peut pas se confondre avec la propriété car gérer et jouir d'un bien sont deux actions bien distinctes. Mais elles sont indissociables et complémentaires : la propriété nécessite la gestion et la gestion a pour finalité la propriété. Les qualités de gestionnaire et de propriétaire peuvent alors se confondre ou être dissociées, et c'est cette situation qui va être qualifiée de gestion des biens d'autrui (§ 2).

§ 1 : La propriété assimilée à l'usage

74. Propriété et fait – Il existe un risque de confusion de nature entre propriété et gestion en raison des prérogatives que la doctrine attribue classiquement au propriétaire, alors qu'il les détient en tant que gestionnaire. La propriété en tant que concept juridique a pour fonction d'attribuer et d'organiser les ressources.⁴⁷² Il s'agit bien d'une finalité économique, donc factuelle, et non juridique. Le bénéficiaire final du droit de propriété est à rechercher dans le monde réel, et pas nécessairement dans les textes : c'est ce que nous enseigne l'Histoire.⁴⁷³ Le droit étant un voile recouvrant la réalité et lui attribuant des qualifications, il est acquis que les institutions juridiques ne se confondent pas nécessairement avec les réalités qu'elles désignent.⁴⁷⁴ Il y aura par conséquent une dissociation entre l'exercice juridique de la propriété et son exercice factuel.

Juridiquement, pour la doctrine classique, la propriété se manifeste à travers ses attributs, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.⁴⁷⁵ Cette présentation introduit cependant une confusion et masque la distinction qui existe en réalité entre les deux acceptations du terme propriété. En effet, on conçoit bien à quoi peut correspondre l'*abusus*, le pouvoir de disposer de ses biens, tant factuellement (par la destruction ou l'abandon) que juridiquement (par l'aliénation).⁴⁷⁶ De même, le *fructus* renvoie à une exploitation, une administration, et la perception des revenus qui en sont retirés.⁴⁷⁷ Ces trois éléments peuvent se traduire par des actes juridiques et

⁴⁷² Elle répond au « problème d'allocation » : elle vise à « déterminer pacifiquement et de manière raisonnablement prévisible qui a accès à quelles ressources, pour quoi faire et à quel moment. » (Traduction personnelle.) (J. WALDRON, « What is Private Property ? », *Oxford Journal of Legal Studies* 1985, p. 318, cité par F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 139). Cf. *supra*, n° 65.

⁴⁷³ Cf. *supra*, n° 60.

⁴⁷⁴ Cf. *supra* n° 23 sur la notion de chose par exemple.

⁴⁷⁵ Cf. *supra*, n° 66.

⁴⁷⁶ F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 125 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 433.

⁴⁷⁷ V. les réflexions de A.-V. LE FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004, p. 429 sur ce sujet.

matériels.⁴⁷⁸ Mais à quoi peut bien correspondre juridiquement l'*usus* ?⁴⁷⁹ L'usage d'un bien est-il un acte juridique ?⁴⁸⁰ En réalité, nous allons démontrer que l'usage d'un bien est par essence factuel et ne peut se traduire juridiquement, parce qu'il se confond avec l'exercice de la propriété.⁴⁸¹ La propriété étant *in fine* définie comme le bénéfice des utilités d'un bien, elle ne peut être exercée que par l'usage concret de ce bien.⁴⁸²

Pour vérifier cette hypothèse, il convient de rechercher s'il existe un acte juridique d'usage. Sont exclus d'emblée tous les actes qui ont pour finalité l'administration ou l'exploitation d'un bien, puisque le but est alors de maximiser ou conserver son utilité et non pas d'en user. C'est également le cas de ceux protégeant le droit du propriétaire, comme l'action en revendication. Les actes d'aliénation sortent aussi de cette catégorie, puisqu'ils impliquent la perte d'un bien et donc de son usage.⁴⁸³ Se pose la question des actes d'acquisition. Peut-on dire que l'acquisition d'un bien s'assimile à son usage ? Il ne nous semble pas que les deux soient liés : l'acquisition permet un usage futur du bien. Par ailleurs, elle n'est pas la mise en œuvre d'un droit de propriété mais son apparition.

⁴⁷⁸ On peut retirer un loyer d'un appartement à travers un contrat de bail (acte juridique), cultiver un champ pour produire des légumes (acte matériel), ou exploiter un fonds de commerce en produisant des marchandises pour les vendre (actes juridiques et matériels). F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 123 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 434.

⁴⁷⁹ Généralement, les auteurs qui tentent de définir l'*usus* le font à travers ses restrictions, en rappelant que certains usages sont parfois interdits par la loi ou transférés à des tiers ; ou en le définissant négativement comme le droit de ne pas user de la chose. Cf. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 122 (ils fondent également le pouvoir de réaliser des actes conservatoires sur l'*usus* sans expliquer pourquoi) ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 434 (qui évoquent le droit de ne pas user du bien) ; A. SERIAUX, « Propriété », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 60 et s. (qui se concentre sur la protection de la jouissance et ses limites).

⁴⁸⁰ On sent un certain malaise chez les auteurs classiques sur cette question : « L'usage des biens est de toutes les prérogatives du propriétaire la plus simple, la moins intellectualisée et la plus caractéristique de ce contact direct qu'établit la propriété entre le propriétaire et sa chose. » (P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 434).

⁴⁸¹ Nous distinguons toutefois notre définition de la propriété de la notion juridique de possession (v. ci-dessous). La possession peut certes renvoyer à l'usage de la chose, mais elle est un mécanisme juridique permettant l'accession à la propriété à travers cet usage. La possession se définit comme le fait de se comporter en propriétaire sans être propriétaire, car cette qualité est reconnue par le droit et entraîne des effets dont ne bénéficie pas le possesseur, et notamment la possibilité de revendiquer son bien. Plus clairement, le possesseur est celui qui use de la chose et le propriétaire celui à qui le droit réserve cet usage. V. la thèse de F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007 sur la distinction entre propriété et possession.

⁴⁸² Planiol expliquait à ce titre que les actes juridiques ont pour objet le droit de propriété, mais l'exercice de la propriété « en lui-même » ne peut se réaliser qu'à travers des actes matériels de jouissance et de consommation (M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 11^{ème} éd., 1928-1932, n° 2337). De même pour F. de VISSCHER, « Du *jus abutendi* », RTD civ., 1913, p. 337. V. aussi G. W. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, p. 59, cité par P. GARNSEY, *Penser la propriété : De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, éd. Les Belles Lettres, 2^{ème} éd., trad. Alexandre Hasnaoui, 2013, p. 182 : « L'usage est la réalisation de mon besoin par la transformation, la destruction, la consommation de la chose, dont la nature dépourvue de soi est par là manifestée et qui accomplit ainsi sa destination. »

⁴⁸³ « On ne jouit pas de la chose lorsqu'on cède cette dernière ou lorsqu'on accomplit un acte de disposition relatif à celle-ci, mais on jouit de la contrepartie que l'on en retire. » F. DANOS, *op. cit.*, n° 66.

Une situation est cependant plus complexe : celle de la réception d'un paiement. Nous avons présenté plus haut que l'une des principales utilités attachées aux biens était leur disponibilité, permettant ainsi leur échange.⁴⁸⁴ Le but visé est alors d'obtenir une contrepartie pécuniaire contre le transfert de son bien, il semblerait donc que l'acte d'échange soit un usage du bien, puisqu'il met en œuvre l'une de ses utilités à travers le paiement reçu. De même, la créance, en tant que bien, a pour utilité principale la vocation à percevoir un paiement, qu'il ait lieu lors de l'échange du titre ou lors de l'exécution de la dette. Il nous semble malgré tout que cet usage reste factuel du fait de l'objet de ce paiement. S'il s'agit de l'exécution d'une prestation, celle-ci se réalisera *in fine* par un acte matériel.⁴⁸⁵ S'il se manifeste par le transfert d'une somme d'argent, la nature de la monnaie oblige à une réponse plus poussée. La monnaie n'est juridiquement pas un bien : quelle que soit sa forme (fiduciaire ou scripturale), il s'agit d'une reconnaissance de dette échangeable contre un nouveau bien.⁴⁸⁶ La perception d'une somme d'argent est par conséquent assimilable à un acte d'administration⁴⁸⁷, parce qu'elle a pour fonction l'acquisition d'un bien futur dont l'usage se réalisera matériellement.⁴⁸⁸

Ainsi, le seul véritable exercice de la propriété, c'est-à-dire le bénéfice concret apporté par les utilités des biens, se réalise exclusivement dans l'ordre matériel et est extrajuridique.⁴⁸⁹ Aucun acte juridique ne permet l'usage d'un bien, et donc l'exercice de la propriété.⁴⁹⁰ Il n'y

⁴⁸⁴ Cf. *supra*, n° 34.

⁴⁸⁵ Cf. R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », RTD civ., 1997, p. 615, n° 11 : l'auteur commence par dire que l'*usus* d'une créance est « une notion vide de sens », mais remarque ensuite que si l'objet de la créance est une prestation, il est tout à fait envisageable.

⁴⁸⁶ Nous adhérons dans ce sens à la théorie de la monnaie de crédit, qui s'oppose à celle de la monnaie-marchandise. Pour une étude économique et anthropologique, v. D. GRAEBER, *Dette : 5000 ans d'histoire*, Arles, Les liens qui libèrent, coll. Babel, trad. Françoise et Paul Chemla, 2^{ème} éd., 2016, p. 58 et s. Pour une étude juridique, v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1992. L'opinion de cet auteur est assez complexe : il identifie la monnaie à une unité de valeur permettant une évaluation sociale et objective, qui se traduit ensuite au sein d'obligations monétaires. On peut donc en déduire que la monnaie vise à représenter la valeur due par une personne à une autre. V. aussi P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, n° 306, qui refuse la qualification de gage sur somme d'argent, assimilant la situation au quasi-usufruit. On constate que l'opération crée un droit de créance et pas un droit réel sur la somme confiée. Pour un aperçu des thèses en présence et leurs implications, cf. P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 500 et s.

⁴⁸⁷ C'est d'ailleurs la qualification qui lui est donnée en jurisprudence : Cass. Civ. 1^{re}, 20/03/1989, Bull. civ. I, n° 12 ; C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 352.

⁴⁸⁸ La détention d'une somme d'argent peut également produire des utilités, comme par exemple donner accès au crédit, mais c'est la créance qu'elle représente qui en est le support (cf. *infra*, n° 96 sur la qualification de bien de la créance).

⁴⁸⁹ On se rapproche de la pensée de Villey sur la propriété romaine exposée *supra*, n° 51. Dans le même sens : F. DANOS, *op. cit.*, n° 62 : « Le droit de propriété ne recouvre donc en lui-même qu'un pouvoir de jouissance et l'exercice du droit de propriété se limite à la seule possession, à l'exclusion de l'accomplissement des actes juridiques sur la chose. »

⁴⁹⁰ C'est ce qu'exprime la jurisprudence relative à la prescription acquisitive (Cass. Civ., 13/12/1948 ; S. 1949 ; D. 1949, 1, p. 107 ; RTD civ., 1949, p. 281, obs. H. SOLUS ; Cass. Civ. 3^{ème}, 15/03/1978 ; RTD civ. 1979, obs. C. GIVERDON ; Cass. Civ. 3^{ème}, 23/05/2002 ; D. 2003, p. 2043, obs. N. REBOUL-MAUPIN) : pour prétendre à

a d'ailleurs rien d'étonnant à cela dans la mesure où le droit n'existe pas pour lui-même mais pour avoir des effets dans le monde réel. La propriété est la traduction juridique du droit de bénéficier des utilités des biens. Elle en assure l'exclusivité à son titulaire, grâce aux protections que le droit objectif met à sa disposition. L'attribution de la propriété permet également de déterminer l'identité du propriétaire, ce qui a un effet sur la gestion des biens.

§ 2 : L'articulation entre propriété et gestion

75. Propriété et gestion – Pour conclure cette démonstration, il nous reste à distinguer clairement les notions de propriété et de gestion. Si l'exercice de la propriété par l'usage est par essence extrajuridique, alors c'est que tous les actes juridiques qui ont pour objet un bien ont une autre fonction que celle-ci. En réalité, tous ont une même finalité : permettre l'usage factuel des biens par son propriétaire.⁴⁹¹ Tout acte juridique qui a pour objet un bien vise à en permettre l'usage.⁴⁹² Or, qu'est-ce que la gestion d'un bien, sinon l'accomplissement des actes permettant *in fine* d'en user ?⁴⁹³

L'exercice de la propriété se fait à travers l'usage du bien, qui est de l'ordre du factuel. La gestion, elle, consiste en l'accomplissement d'actes matériels ou juridiques visant à permettre cet usage.⁴⁹⁴ Par conséquent, tout acte juridique ayant pour objet un bien est un acte de gestion, et toute personne habilitée à conclure des actes juridiques ayant pour objet un bien est qualifiée de gestionnaire. Un tuteur, un indivisaire, un dépositaire, un gérant d'affaires ou

l'acquisition d'un bien par usucapion, il faut s'être comporté comme un propriétaire, et pour cela avoir réalisé des *actes matériels*. Les actes juridiques n'entrent pas en compte dans la qualification de possession, car ils ne constituent pas un exercice de la propriété.

⁴⁹¹ Ou éventuellement un tiers si l'une des utilités du bien lui a été transférée, cf. *infra*, n° 136.

⁴⁹² « Jouir, tel est le but propre du droit : revendiquer un droit n'est qu'un moyen pour pouvoir en jouir. » R. von IHERING, *op. cit.*, § 70, p. 336.

⁴⁹³ C'est pourquoi nous excluons de notre étude le cas de la possession. Il s'agit de « la détention ou la jouissance d'un droit que nous tenons ou exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » (art. 2255 C. civ.). Lorsqu'elle accompagne la titularité du droit en question, la possession n'a pas vraiment d'intérêt et reste masquée. Elle se révèle lorsque le droit est en réalité attaché à une autre personne, et qu'un conflit survient entre le possesseur et le véritable titulaire. La possession sert alors à acquérir un bien par prescription (art. 2258 et s. C. civ.) ou à consolider un droit acquis sur un bien mais contesté par son véritable propriétaire (art. 2276 et s. C. civ.). Pour cela, elle doit être, entre autres, non équivoque (art. 2261 C. civ.), ce qui signifie que le possesseur doit avoir l'intention d'être réellement propriétaire et agir comme tel (Cass. Civ. 1^{ère}, 13/06/1963, Bull. civ. I, n° 317). Peut-on dire du possesseur qu'il gère les biens d'autrui ? Dans un sens oui, puisqu'il accomplit des actes de gestion sur ces biens et qu'ils ne lui appartiennent pas, mais il le fait pour son propre usage, qu'il a lui-même déterminé, en se croyant propriétaire ou dans le but de le devenir. La possession s'assimile à la propriété, puisqu'elle est en quelque sorte une « propriété de fait ». Rapp. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1990, n° 4.

⁴⁹⁴ Cf. *supra*, n° 39.

un usufruitier sont tous des gestionnaires dès lors qu'ils sont habilités à conclure des actes sur les biens qui leur sont confiés.

Si le gestionnaire est celui qui accomplit des actes sur le bien et le propriétaire celui qui en bénéficie, il n'y a *a priori* aucune incompatibilité entre ces deux qualités. Inversement, il n'y a pas de lien nécessaire entre elles. Elles sont indépendantes.⁴⁹⁵ Il est donc tout à fait possible que le propriétaire soit lui-même gestionnaire ou qu'il s'agisse d'un tiers, ou bien que les deux se partagent cette fonction. Nous pouvons le démontrer à travers plusieurs illustrations.

76. Illustration : régimes matrimoniaux – Le droit des régimes matrimoniaux, en particulier le régime légal, en donne de nombreux exemples éloquentes.⁴⁹⁶ Il ne fait aucun doute que les biens communs appartiennent aux deux époux, mais leur gestion est tantôt concurrente⁴⁹⁷, tantôt conjointe⁴⁹⁸, et parfois même exclusive.⁴⁹⁹ Il est même possible de prévoir des règles de gestion différentes au sein de son contrat de mariage. De plus, les correctifs judiciaires en cas de conflit entre époux sont des exemples supplémentaires de cette distinction, un époux pouvant voir ses prérogatives restreintes sur les biens communs⁵⁰⁰ voire transférées à son conjoint sur ses biens propres.⁵⁰¹

Par ailleurs, la distinction entre propriété et gestion nous semble pouvoir expliquer plus aisément les cas de « distinction entre le titre et la finance ». Il s'agit d'une théorie doctrinale et jurisprudentielle visant à décrire les situations où un bien commun ne peut être géré que par

⁴⁹⁵ Dans un sens proche, S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites : Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, Villeneuve d'Ascq, ANRT, 2007, n° 303 et s. : l'auteur distingue le « titre » et « l'émolument » de la propriété, l'un permettant d'avoir les prérogatives du propriétaire, et l'autre le bénéfice de la propriété. Néanmoins, il qualifie de propriété ces deux éléments, alors qu'il nous semble que seul le bénéfice des utilités correspond réellement à la notion de propriété. De même, J.-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument : Essai sur la structure des droits subjectifs*, Paris, LGDJ, 1961, p. 12 et s., pour qui le titre est le fondement du droit, sa source (une qualité personnelle, comme celle d'époux commun en biens, ou un acte juridique, comme un contrat de vente) et l'émolument renvoie à la fois aux prérogatives conférées par le droit et au profit concret qu'il procure, mais il confond alors la gestion et l'usage pour les distinguer de la source du droit ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 137 et s., qui distingue « le titre et la puissance » attachés à un droit subjectif ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 413 et s., qui distingue l'exploitation par le gestionnaire et la « jouissance passive » du propriétaire (qu'il restreint toutefois à un droit sur les richesses produites par le bien).

⁴⁹⁶ I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2006, n° 118 et s.

⁴⁹⁷ Art. 1421 C. civ.

⁴⁹⁸ Art. 1422 et s. C. civ. Le logement de la famille et les meubles meublants font également l'objet d'une cogestion pour les actes de disposition quel que soit leur propriétaire (art. 215 al. 3 C. civ.).

⁴⁹⁹ Art. 223 et 1421 al. 2 C. civ. concernant les gains et salaires et la gestion de biens nécessaires à l'exercice d'une profession séparée ; art. 221 C. civ. concernant la gestion des comptes bancaires ; art. 225 et 1428 C. civ. concernant les revenus issus des biens propres ; sans oublier le monopole d'exploitation de l'art. L. 121-9 C. prop. int.

⁵⁰⁰ Art. 217, 220-1 et 1426 C. civ. V. L. GODON, « La protection d'un époux contre les agissements de l'autre en régime légal de communauté », *Defrénois* 1998, art. 36857, p. 977 et 1148, n° 17 et s.

⁵⁰¹ Art. 219 et 1429 C. civ. Cf. *infra*, n° 266.

un seul des époux, en raison d'une qualité particulière qui lui est attachée (associé, titulaire d'une licence ou d'un diplôme, commerçant...).⁵⁰² La jurisprudence ne souhaitait pas que des biens de valeur, tels que le fonds de commerce ou les parts sociales, puissent être qualifiés de propres uniquement en raison de la gestion exclusive accordée à l'un des époux. Elle a donc opéré une distinction au sein de ce type de biens, entre la « propriété » du titre accordant l'exclusivité de la gestion et celle de sa valeur monétaire, qui revient au couple.⁵⁰³ Cette analyse duale aboutit à la création de biens *sui generis* que sont les titres, et qui en réalité ne sont que des prérogatives de gestion exclusives.⁵⁰⁴ La division artificielle d'un bien en deux nous semble absurde et justifiée uniquement par la confusion opérée entre propriété et gestion.

77. Illustration : incapacité juridique et dessaisissement de pouvoir –

L'incapacité juridique est une situation dans laquelle une personne est privée de la faculté d'exercer une partie de ses droits en raison d'une impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts.⁵⁰⁵ Une telle mesure vise à protéger celui qui en est l'objet. Elle vise uniquement la gestion des biens de la personne et ne constitue à aucun moment un transfert de propriété : il est évident que la personne protégée reste propriétaire de ses biens et est simplement dessaisie de ses pouvoirs de gestion.⁵⁰⁶ Celle-ci est confiée à un tiers (parent ou tuteur) qui doit agir dans l'intérêt de la personne vulnérable, ce qui signifie que le bénéfice de la gestion doit lui revenir à elle exclusivement.⁵⁰⁷ De même, dans le cadre d'une procédure collective, il arrive que le chef

⁵⁰² E. NAUDIN, « Que sont les notions devenues ? » : Libres propos sur la distinction du titre et de la finance », in *Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 467-478 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2019, n° 310.

⁵⁰³ V. notamment Cass. Civ. 1^{ère}, 08/12/1987, Bull. civ. I, n° 333 ; D. 1989. 61, note P. MALAURIE ; Defrénois, art. 34229. 533, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1989. II. 21326, obs. P. SIMLER ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12/01/1994, Bull. civ. I, n° 10 et 11 ; D. 1994. 311, note R. CABRILLAC ; JCP 1994. I. 3785, obs. P. SIMLER ; RTD civ. 1996. 229, obs. B. VAREILLE. Deux arrêts remarquables de 2014 sont allés plus loin et ont appliqué la distinction entre le titre et la finance au sein d'une indivision post-communautaire pour justifier que l'un des ex-époux pouvait disposer seul de ces biens à titre gratuit, alors qu'aucun texte ne le permet et que la cogestion s'applique pour ce type d'actes durant la communauté (Cass. Civ. 1^{ère}, 12/06/2014, n° 13-16309, Bull. civ. I, n° 108 ; Rev. Soc. 2014. 734, note E. NAUDIN ; RJDA 10/14, n° 755 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 22/10/2014, n° 12-29265, Bull. civ. I, n° 176 ; BJS 2014, p. 687, n° 112, note A. TADROS). Sur ce sujet, v. P. SIMLER, « La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ? », in *Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 565-572.

⁵⁰⁴ Dans le même sens, cf. E. NAUDIN, art. préc. (qui lui trouve cependant des avantages au stade de la liquidation de la communauté) ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 310 et s.

⁵⁰⁵ Art. 1146 et 425 C. civ. B. TEYSSIE, *Droit des personnes*, Paris, LexisNexis, 22^{ème} éd., 2020, n° 726 et s.

⁵⁰⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif* (1952), Paris, Dalloz, 2007, p. 87 et s.

⁵⁰⁷ Art. 385 C. civ. : « L'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion *des biens du mineur* des soins prudents, diligents et avisés, *dans le seul intérêt du mineur*. » Art. 496 C. civ. : « Le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de *son patrimoine*. Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, *dans le seul intérêt de la personne protégée*. » Nous soulignons.

d'entreprise soit dessaisi de ses pouvoirs au profit d'un administrateur ou liquidateur.⁵⁰⁸ Ce dernier ne devient pas pour autant propriétaire des biens de l'entreprise. Dans ce type de situations, propriété et gestion sont bien distincts.⁵⁰⁹ Nul besoin de recourir à une fiction pour l'expliquer : il suffit de constater que la propriété des biens n'a pas été atteinte, tandis que la gestion a été transférée.⁵¹⁰

78. Illustration : quasi-usufruit – Le quasi-usufruit, ou usufruit de choses consommables, porte sur des biens dont l'usage implique une destruction immédiate.⁵¹¹ Cette situation a posé des problèmes à la doctrine classique pour qui la destruction du bien est assimilée à sa disposition, or cette prérogative est réservée au propriétaire. C'est pourquoi la majorité des auteurs considère que le quasi-usufruit opère un transfert de propriété, sur le modèle du prêt de consommation.⁵¹² Pourtant, une telle affirmation est contraire à la logique même de l'usufruit, qui s'oppose par nature au transfert de propriété. Une telle question ne se pose pas si l'on admet que la propriété n'implique pas nécessairement le pouvoir de disposer d'un bien. Le nu-propriétaire reste véritable propriétaire dans la mesure où il bénéficie en dernier lieu des utilités du bien⁵¹³, tandis que l'usufruitier doit accomplir des actes de gestion dans l'intérêt de ce dernier, tout en bénéficiant de certaines des utilités du bien.⁵¹⁴

79. Illustration : fonds commun de placement – Le fonds commun de placement est une preuve ultime de la distinction entre propriété et gestion. Dans ce régime, les porteurs de parts sont des copropriétaires mais n'ont aucun pouvoir sur la gestion des titres.⁵¹⁵ La

⁵⁰⁸ Art. L. 631-12 et art. L. 641-9 I C. com.

⁵⁰⁹ Cf. *infra*, n° 83 sur la justification juridique de l'incapacité.

⁵¹⁰ M. STORCK, *op. cit.*, n° 139-140.

⁵¹¹ Art. 587 C. civ. J.-M. PLAZY, « Le quasi-usufruit », in *L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018.

⁵¹² Sur ce sujet, cf. F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 605-639. V. également les références citées *infra*, n° 98.

⁵¹³ Ce bénéfice se traduit de différentes manières : il conserve la valeur d'échange du bien, il récupère le bien à l'issue de l'usufruit, et ce mécanisme peut même servir d'outil de gestion au profit d'un tiers (J.-L. BERGEL, « Faire de l'usufruit un outil de gestion », *Dr. et pat.*, 2008, n° 176 ; B. BALIVET, « L'émergence de l'usufruit en tant que mode d'administration autonome du bien d'autrui », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252).

⁵¹⁴ Cf. *infra*, n° 99.

⁵¹⁵ Art. L. 214-8 et s. C. mon. fin. CA Paris, 10/04/2008, n° 06/21093. P. JESTAZ, « Fonds communs de placement », *RTD civ.*, 1980, p. 180 ; T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD civ.*, 1991, p. 1 ; M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 509-524. Il faut cependant distinguer les titres compris dans le fonds et les parts du fonds dont chacun est titulaire, qui constituent des biens autonomes soumis à la gestion exclusive de leur propriétaire (cf. *infra*, n° 131).

situation, normale dans un groupement ayant la personnalité morale⁵¹⁶, est ici exceptionnelle puisqu'il est clairement admis que les copropriétaires n'ont aucun pouvoir, pas même celui d'orienter la gestion ni d'exprimer leur avis sur celle-ci.⁵¹⁷ Toute l'administration est confiée à un tiers, la société de gestion, qui peut même (et surtout) disposer des titres. Il est impossible de l'expliquer sous le prisme de la notion classique de propriété, c'est pourquoi les auteurs civilistes ont des difficultés à appréhender ce mécanisme et laissent son analyse aux spécialistes du droit bancaire et financier. La distinction entre propriété et gestion l'explique très simplement : dans cette situation, les copropriétaires n'ont aucun pouvoir de gestion mais sont les seuls à bénéficier de ses effets.⁵¹⁸ On retrouve en réalité la même situation au sein de la fiducie.⁵¹⁹

80. Conclusion du chapitre – L'approche que nous proposons vise à remettre en cause la conception normalement admise de la propriété. L'étude de la notion dans son sens technique, épurée des autres symboles qu'elle représente, et de son historique démontre qu'elle s'identifie en fait à l'usage, seule manière de bénéficier réellement de l'utilité des biens. Une telle définition permet non seulement de donner une place au concept de gestion au sein de la science juridique, mais également de le rendre indispensable. La gestion permet l'usage des biens, et donc la propriété. Toute action ayant ce but participe de son exercice, qu'elle soit juridique ou matérielle.

Propriété et gestion sont intimement liées mais ne se confondent pas. On peut tout à fait être propriétaire et n'avoir aucun pouvoir sur ses biens, et être gestionnaire sans pouvoir retirer aucun bénéfice de son action, faute de droit sur les biens administrés. La distinction entre

⁵¹⁶ La doctrine majoritaire considère que c'est la personne morale qui est propriétaire de ses biens, ce qui explique que ses organes (dirigeants ou associés sous forme d'assemblée générale) réalisent les actes de gestion sans que cela ne soit considéré comme une gestion des biens d'autrui. Certains voudraient d'ailleurs voir une personne morale à travers le fonds commun (P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 3, *La monnaie, Les valeurs mobilières, Les effets de commerce*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1999 ; J.-J. DAIGRE, « Mystérieux fonds », *Banque et droit*, 2016, n° 166) ou un transfert de propriété envers la société de gestion (C. WITZ, *La fiducie en droit privé*, Paris, Economica, 1981, n° 133 ; P. JESTAZ, art. préc. ; F. ZENATI, A. COEURET, *RTD civ.*, 1989, p. 167). Sur la nature du fonds commun de placement : T. BONNEAU, art. préc. ; M. STORCK, art. préc. ; I. RIASSETTO, *Lamy Droit du financement*, 2020, n° 1745.

⁵¹⁷ Cf. *infra*, n° 188.

⁵¹⁸ Art. L. 214-9 C. mon. fin. P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 96. Cela pose par ailleurs la question du droit de vote des sociétés de gestion au sein des sociétés dont elles détiennent des actions, l'objectif de rentabilité qu'elles poursuivent à l'égard des copropriétaires pouvant être contradictoire avec le bon fonctionnement de la société (cf. *infra*, n° 189).

⁵¹⁹ Cf. *infra*, n° 95. Certains assimilent fonds communs de placement et fiducie (C. WITZ, *op. cit.*, n° 127 et s. ; H. de VAUPLANE, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E*, 2007, 2051). *Contra*, M. STORCK, art. préc., p. 514 ; I. RIASSETTO, M. STORCK, « La fiducie et la structuration des fonds d'investissement en droit français », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 795-816.

propriété et gestion est un préalable nous permettant d'envisager la possibilité d'une gestion des biens d'autrui. C'est parce que le propriétaire n'est pas nécessairement gestionnaire qu'une telle situation peut apparaître, et qu'un régime spécifique peut s'appliquer. Il reste à déterminer les causes d'une telle situation : pour quelles raisons s'opère le transfert de gestion ?

Chapitre 2 : Le transfert de gestion

Les qualités de propriétaire et de gestionnaire peuvent être dissociées. A la source de cette séparation, se trouve le transfert de gestion. Il s'agit d'un mécanisme permettant à une personne d'administrer des biens dont elle n'est pas exclusivement propriétaire. Il est au fondement de toute situation de gestion des biens d'autrui. Mais pour le comprendre et l'analyser, il faut d'abord constater que le principe n'est pas celui de la gestion des biens d'autrui, mais le modèle du propriétaire-gestionnaire (Section 1). Le transfert de gestion est une situation exceptionnelle. Il est la cause d'apparition de la situation de gestion des biens d'autrui. Il convient d'en rechercher l'origine pour mieux l'expliquer (Section 2).

Section 1 : Le modèle du propriétaire gestionnaire

81. Modèle du droit positif – La confusion entre les qualités de propriétaire et de gestionnaire correspond à la situation normale du droit positif. Nous avons constaté que ce modèle n'était historiquement pas une évidence, et qu'il est issu d'une longue évolution. Son apogée est atteinte lors de la rédaction du Code civil, qui, mis à part la famille et l'État, s'oppose à toute organisation sociale collective et privilégie l'individu et sa liberté d'action.⁵²⁰ Il résulte d'une juridicisation de la propriété sous l'influence du paradigme individualiste et libéral.⁵²¹ En effet, le législateur accorde en principe au propriétaire tous les pouvoirs pour gérer ses biens, présumant que comme c'est lui, en tant qu'individu, qui doit bénéficier de leurs utilités, il sera le plus à même de les exploiter dans son propre intérêt. On retrouve ainsi les trois postulats individualiste (centralisation sur l'individu et son rapport au monde), rationaliste (tout individu est doué de raison ce qui lui permet de prendre les meilleures décisions pour lui-même et le groupe entier) et libéral (tout individu doit pouvoir agir selon sa volonté rationnelle, limité uniquement par la volonté d'autrui).⁵²² Le fondement du principe du propriétaire-gestionnaire est par conséquent avant tout idéologique.

⁵²⁰ « Il est dans les affections naturelles de l'homme et dans l'ordre commun de ses habitudes qu'il pourvoit lui-même à ses propres affaires. » M. BERLIET, *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, par P-A FENET, Paris, Videocoplbr. 1836, p. 584.

⁵²¹ Cf. *supra*, n° 55. Ce constat est cependant à relativiser car même au plus fort de l'idéologie individualiste, certaines catégories de la population restaient exclues de la gestion de leurs propres biens (les femmes mariées) ou de la possibilité d'être propriétaire (les esclaves).

⁵²² Il serait trop long de retracer l'origine de chacun de ces paradigmes. Constatons simplement qu'ils sont inspirés par les œuvres de Locke, Rousseau et Kant en particulier. V. notamment J.-P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD civ.*, 2020, p. 1 ; A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse*

En pratique, la confusion entre propriété et gestion se manifeste par l'attribution au propriétaire de tous les pouvoirs sur ses biens. L'archétype de ce schéma est bien entendu la propriété individuelle (§ 1). On peut toutefois le retrouver dans le cadre d'une propriété collective : en effet, il arrive que les copropriétaires soient individuellement restreints dans leurs pouvoirs mais collectivement dépositaires de tous les pouvoirs de gestion (§ 2).

§ 1 : La propriété individuelle

82. Fondement idéologique – Le modèle de la propriété individuelle est issu de la Révolution française. L'objectif était alors d'empêcher la répartition des utilités sur une même chose en les confiant toutes à la même personne, empêchant ainsi la résurgence des hiérarchies de l'Ancien droit.⁵²³ Il est depuis considéré comme l'idéal de propriété sur lequel il convient de fonder toute réflexion sur le rapport entre la personne et ses biens, à tel point que l'idée même d'une propriété collective qui ne serait pas individualiste est rebutante pour nombre de juristes classiques.⁵²⁴ Plutôt que de l'admettre, les auteurs du XIX^{ème} siècle ont réactivé l'institution de la personne morale, préférant voir un propriétaire fictif mais unique plutôt qu'une copropriété.⁵²⁵ Le législateur se méfie même de l'indivision, une des seules réelles propriétés collectives comprises dans le Code Napoléon, dont la durée et le fonctionnement s'assurent de la protection individuelle de chaque indivisaire pris isolément.⁵²⁶

La propriété individuelle implique qu'une seule personne bénéficie de l'ensemble des utilités des biens qui lui appartiennent. Il n'y a donc qu'un intérêt unique à satisfaire. Dans cette situation, il convient de rechercher quelle personne serait la mieux disposée à être gestionnaire pour réaliser cet objectif. Qui de mieux que le propriétaire lui-même pour avoir une vision globale de sa situation, de ses besoins et de ses objectifs ?⁵²⁷ Intuitivement, il nous paraît

structurale du Code civil français : La règle du jeu dans la paix bourgeoise, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1973 sur ces inspirations.

⁵²³ Cf. *supra*, n° 57.

⁵²⁴ C. DUVERT, « La propriété collective », LPA, 06/05/2002, n° 90, p. 4, n° 3.

⁵²⁵ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 596 et s. Cf. *supra*, n° 18.

⁵²⁶ J. PATARIN, « La double face du régime de l'indivision », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 332.

⁵²⁷ « Il est naturel que les droits soient exercés par celui qui doit en jouir, que le propriétaire n'habite pas seulement sa maison, mais qu'il puisse la faire réparer, l'agrandir, l'échanger contre une autre, etc. » (R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, Éditions La Mémoire du Droit, coll. Références, 2001, p. 369). Dans le même sens, A. TRASBOT, *L'acte d'administration en droit privé français*, Bordeaux, Y. Cadoret, 1921, p. 162 ; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p. 268 ; A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine », RTD civ., 1994, p. 801, n° 4. ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 14. Un autre auteur est assez critique envers ce modèle : « Par rapport aux autres

aujourd'hui évident que le propriétaire doit être celui qui gère ses propres biens, mais il n'en a pas toujours été ainsi. Rappelons que la femme mariée est restée longtemps frappée d'incapacité, alors même qu'elle était propriétaire.⁵²⁸ Le principe est aujourd'hui ancré dans les esprits. Il correspond bien à la conception de l'économie néoclassique : le propriétaire est supposé être la personne qui a accès à la plus grande quantité d'informations relatives à son bien, il doit donc être celui qui décide, librement et exclusivement, de la manière de l'exploiter pour que cela soit fait le plus efficacement possible.⁵²⁹ La plus grande productivité qui en résulte bénéficiera à la collectivité entière, car les richesses créées seront ensuite redistribuées par l'intermédiaire du marché. C'est pourquoi le propriétaire doit avoir le plus de prérogatives possible afin d'expérimenter les différents moyens d'exploiter ses biens et être certain qu'il en retirera un bénéfice exclusif.⁵³⁰

83. Fondement juridique – Le fondement textuel de ce principe se retrouve en plusieurs endroits du Code civil. Il est à la fois relatif au droit des biens (pour déterminer qui est désigné comme gestionnaire) et au droit des personnes (pour savoir si le gestionnaire désigné peut occuper cette fonction).⁵³¹ L'article 537 du Code civil dispose : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. » Il répond ainsi à deux questions. La première est celle qui nous intéresse ici : qui est gestionnaire des biens ? Le texte répond qu'il s'agit du propriétaire lui-même, à travers la périphrase « des biens qui *leur* appartiennent ». La seconde concerne l'étendue des prérogatives

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. » (F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 140).

⁵²⁸ Art. 1428 al. 1 C. civ. de 1804 : « Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. » Cette incapacité ne disparaîtra que progressivement grâce aux lois du 18/02/1938 et du 22/09/1942. V. P. CATALA, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », JCP N, 2008, 1267.

⁵²⁹ H. LEPAGE, « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, 1985, p. 92 ; E. MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, Litec, 1991, p. 217-247. Par ailleurs, la théorie de l'agence considère que la présence d'intermédiaires dans la gestion occasionne des coûts supplémentaires et des risques de perte en efficacité, cf. P. DIDIER, *op. cit.*, n° 206. V. sur l'influence de l'économie néoclassique sur la conception actuelle de la propriété : J.-P. CHAZAL, art. préc. Les prolongements de ces théories en économie contemporaine ont abouti à la théorie de la *corporate governance*, qui milite pour donner le pouvoir aux actionnaires (copropriétaires) au sein des entreprises. Cf. *infra*, n° 186.

⁵³⁰ H. LEPAGE, art. préc. On retrouve la théorie de la « main invisible » d'Adam Smith (la recherche de l'intérêt particulier mène à la satisfaction de l'intérêt général). Cf. également E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985, n° 33 ; J.-P. CHAZAL, art. préc. ; M. BERGERAC, A. BERNARD, « Fantaisie à deux voix », D. 2000, p. 315. V. sur les sources chrétiennes de cette idée : A. SERIAUX, « Nul n'est tenu de s'enrichir » : Une analyse économique du droit de propriété », in *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 703-729, note 2.

⁵³¹ Pour une approche différente du lien entre droit des biens et droit des personnes à ce sujet, cf. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007, n° 72 et s.

du propriétaire-gestionnaire. Le texte fait référence à la « libre disposition ». Cette expression est à prendre au sens large.⁵³² Le principe de libre disposition signifie que le propriétaire a tous les pouvoirs sur ses biens, il peut réaliser n'importe quel acte dont ils seraient l'objet.⁵³³

Il convient de remarquer que le texte se termine par une exception : « sous les modifications établies par les lois ». Nous avons cependant cité deux principes différents : la confusion des qualités de propriétaire et gestionnaire et la libre disposition. Auquel des deux s'applique cette dérogation ? Il nous semble que la ponctuation de l'article donne une idée de la réponse : une virgule a été placée entre les deux principes et l'exception, signifiant que la proposition séparée s'applique à l'ensemble de celles qui la précèdent.⁵³⁴ Par conséquent, ce texte admet que ces deux principes soient soumis à exception : d'une part, le gestionnaire ne sera pas nécessairement le propriétaire ; d'autre part, les pouvoirs du propriétaire-gestionnaire pourront être limités. Il convient également de préciser que ces restrictions peuvent avoir une origine conventionnelle, ce qui signifie que ce texte n'est pas d'ordre public.⁵³⁵

En droit des personnes, le principe de confusion entre propriétaire et gestionnaire se retrouve au sein de la notion de capacité.⁵³⁶ Elle est classiquement divisée en deux parties : la capacité de jouissance, qui correspond à l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, et la capacité d'exercice, qui est la faculté d'accomplir des actes relatifs à ces droits et obligations.⁵³⁷ Bien qu'elle soit unanimement retenue, cette distinction est critiquable dans la mesure où elle n'a pas d'intérêt pratique, ne faisant que distinguer les cas où un acte est complètement interdit et les cas où sa réalisation nécessite certaines conditions

⁵³² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 210.

⁵³³ Cf. *infra*, n° 167.

⁵³⁴ D. GUEVEL, « La virgule, encore... », D. 2019, p. 1273 ; M. TIREL, « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019, p. 2317.

⁵³⁵ Cf. *infra*, n° 112.

⁵³⁶ Des auteurs préfèrent parler de « pouvoir de disposer », qu'ils définissent comme « le pouvoir de vouloir mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire », ce qui se manifeste exclusivement par des actes juridiques, et par n'importe quel acte juridique puisqu'en s'engageant dans un contrat, on « dispose » de son patrimoine également (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 210). Ils fondent le pouvoir de disposer sur la personnalité juridique, il en serait même la finalité (*ibid.*, n° 211 ; v. aussi F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ., 2006, p. 445). Deux reproches peuvent être faits à cette thèse. D'une part, on perçoit mal la différence entre les concepts de capacité et de pouvoir de disposer (les auteurs admettent d'ailleurs que le pouvoir de disposer puisse être limité par les règles d'incapacités). D'autre part, il s'agit d'une vision très extensive de la propriété, qui serait l'*alpha* et l'*oméga* de tout le droit civil, ce qui nous semble excessif.

⁵³⁷ La distinction vient à l'origine de E.I. BEKKER, « *Zur Lehre von Rechtssubjekt : Genuß und Verfügung ; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen* », *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1873, t. XII, p. 1-135. Sur la base de cette distinction, Demogue a proposé de reconnaître l'existence de deux sujets de droits, les sujets de jouissance et les sujets de jouissance-disposition, les premiers étant incapables d'exprimer une volonté et nécessitant l'intervention des seconds pour conclure des actes et défendre leurs intérêts (R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 320 et s.).

supplémentaires.⁵³⁸ Nous nous référerons par la suite uniquement à la capacité d'exercice lorsque nous mentionnerons ce terme.⁵³⁹

Ainsi, la capacité est la faculté de réaliser seul un acte, il s'agit donc d'une condition nécessaire au principe du propriétaire-gestionnaire. En effet, l'article 1145 du Code civil dispose que « toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. »⁵⁴⁰ D'après ce texte, la capacité ne concerne que la faculté de « contracter ». Cela signifie donc que tout acte qui n'est pas un contrat peut toujours être réalisé par le propriétaire, ce qui comprend les actes matériels et les actes unilatéraux.⁵⁴¹ Même frappé d'incapacité, un propriétaire reste toujours pour partie gestionnaire de ses biens, dans la mesure où il peut accomplir des actes les concernant.⁵⁴² Néanmoins, sans capacité, de nombreux actes juridiques ne pourront être conclus, ce qui perturbe la gestion des biens et provoque la nécessité de nommer un gestionnaire tiers.

La propriété individuelle consacrée par le Code civil est fondée sur l'idéologie individualiste et libérale, elle implique donc un principe d'identité entre le propriétaire et le gestionnaire des biens. Ce constat se retrouve également en matière de propriété collective, avec quelques nuances.

§ 2 : La propriété collective

84. Notion de propriété collective – Malgré son apparence archétypale, la propriété individuelle n'est pas le seul mode d'appropriation qui existe en droit positif.⁵⁴³ Certes, il s'agissait du modèle choisi au sortir de la Révolution, mais proclamer la fin des corporations et

⁵³⁸ R. HOUIN, « Les incapacités », RTD civ., 1947, p. 382 ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 83 et s. ; I. MARIA, *Les incapacités de jouissance : Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2010 ; « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », JCP G, 2009, doctr. 149.

⁵³⁹ Comme le préconise Houin (*ibid.*, p. 383).

⁵⁴⁰ Le texte ajoute que les personnes morales ont une capacité limitée par les règles qui leur sont applicables. Cette restriction est liée au principe de spécialité, qui n'est pas relatif, selon nous, à la capacité de la personne morale, mais à l'affectation des biens qu'elle contient, cf. *infra*, n° 146 et s.

⁵⁴¹ Il est vrai que le testament ne peut être réalisé que par le propriétaire seul lorsque cet acte est autorisé (art. 470 et 476 C. civ.). En effet, il existe un certain nombre d'interdictions de disposer, qui sont nommées « incapacités » dans les textes (art. 901 et s. C. civ.). De nombreux actes unilatéraux ne peuvent ainsi pas être réalisés par une personne protégée seule.

⁵⁴² De même, il peut toujours conclure des actes conservatoires et des actes usuels (art. 1148 C. civ.). Cf. *infra*, n° 254.

⁵⁴³ F. MASSON, *op. cit.*, n° 139 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 532 ; W. DROSS, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Domat, 4^{ème} éd., 2019, n° 153 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 653 et s.

des groupements intermédiaires n'anéantit pas l'existence d'une institution aussi ancienne que la propriété elle-même.⁵⁴⁴ Le Code civil de 1804 s'est lui-même résigné à reconnaître l'existence de certaines propriétés communes. Il faut cependant bien délimiter cette notion : d'abord, la propriété collective évoque un droit de même nature possédé par plusieurs personnes envers un même bien. Sont donc exclus les mal nommés démembrements de propriété, qu'il convient mieux d'appeler droits réels sur la chose d'autrui.⁵⁴⁵ Ensuite, la propriété collective se distingue de la propriété publique. Cette dernière est une forme particulière de propriété collective gérée par des institutions publiques et notamment l'État, mais sa réglementation est très particulière et sort de notre sujet. La propriété collective ou commune est donc une situation dans laquelle plusieurs personnes sont propriétaires privativement de mêmes biens.⁵⁴⁶ Si on applique la définition retenue de la propriété, cela signifie que ces personnes se partagent en priorité le bénéfice des biens qu'elles possèdent en commun.⁵⁴⁷ Cela correspond à un certain nombre de situations du droit positif, que l'on appelle groupements : indivision, communauté, sociétés, associations, fonds communs de placement, copropriété des immeubles bâtis...⁵⁴⁸

85. Gestion des biens collectifs – Le modèle de la propriété individuelle a grandement inspiré celui de la propriété commune⁵⁴⁹, et on y applique donc le principe de

⁵⁴⁴ *Contra*, F. MASSON, *op. cit.*, n° 102, qui considère que la propriété commune a toujours subi une « contrainte conceptuelle » empêchant son développement (du moins dans le monde occidental). Sur la question de la chronologie entre apparition de la propriété individuelle et collective, cf. *supra*, note 337.

⁵⁴⁵ Cette expression est d'ailleurs également un pléonisme, puisque dès lors que la propriété n'est pas un droit réel, ceux-ci ne peuvent qu'avoir pour objet un bien appartenant à un tiers, cf. *supra*, n° 66 et s.

⁵⁴⁶ Selon certains auteurs, cette définition correspond à la propriété plurale mais pas à la propriété collective (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », art. préc., p. 593 ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 153). Dans un sens proche, distinguant indivision, personnalité morale et propriété en main commune, cf. L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Le Code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. 1, p. 357-379. Aujourd'hui, ces distinctions ne nous semblent plus pertinentes dans la mesure où le régime de l'indivision s'est socialisé ; de plus, l'approche de Josserand est fondée sur la théorie de la propriété-droit subjectif. Sur les différents sens que recouvre le terme « propriété collective », cf. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 533 ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 6-8 (nous adhérons à « l'approche large » présentée par l'auteur, à laquelle il se range également).

⁵⁴⁷ M. de VAREILLES-SOMMIERES, « De la copropriété », RTD civ., 1907, p. 530-541 (l'auteur réduit néanmoins cette définition aux groupements disposant d'une volonté commune). Cette affirmation ne signifie pas que l'usage ne peut être encadré par la loi ou une convention : il est évident que les copropriétaires sont en concurrence et ne peuvent pas toujours profiter simultanément des biens collectifs (F. MASSON, *op. cit.*, n° 690 et s.).

⁵⁴⁸ C. DUVERT, art. préc. L'auteur exclut toutefois les personnes morales et les fonds communs de placement. Autant on peut comprendre que les premières puissent être rattachées à la propriété individuelle, autant pour les seconds, la justification n'est pas convaincante et peu claire (*ibid.*, n° 11). V. concernant la communauté en tant que propriété commune : R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 583-598.

⁵⁴⁹ Sur l'incompatibilité de la propriété collective avec la structure individualiste du droit privé, cf. F. MASSON, *op. cit.*, n° 98 et s.

confusion entre propriétaire et gestionnaire.⁵⁵⁰ A l'origine du Code civil, elle est profondément individualiste, et ce n'est que progressivement qu'elle a pris en compte l'importance d'une gestion dynamique dans l'intérêt de tous les copropriétaires.⁵⁵¹ Le modèle originel est celui du régime de l'indivision antérieur à la loi n° 73-1286 du 31/12/1976 : individuellement, les copropriétaires n'ont quasiment aucun pouvoir de gestion, mais collectivement, ils ont les mêmes pouvoirs qu'un propriétaire individuel.⁵⁵² Cela signifie qu'ils doivent décider à l'unanimité de tous les actes de gestion relatifs aux biens indivis. Un tel régime ne permet pas une gestion efficiente et incite à provoquer le partage rapidement. Bien heureusement, il a été progressivement admis qu'afin de dynamiser la gestion, certains actes pouvaient être soumis à gestion concurrente ou majoritaire des indivisaires ou que le juge pouvait intervenir en cas de blocage.⁵⁵³

En principe, la confusion entre propriétaire et gestionnaire s'applique également aux propriétés collectives. Cela signifie que chaque copropriétaire a les mêmes pouvoirs de gestion sur l'ensemble des biens communs, sans que l'un d'eux ne soit qualifié spécifiquement de gérant. On le constate au sein de plusieurs mécanismes : l'indivision légale⁵⁵⁴, la société en participation⁵⁵⁵, la société en nom collectif⁵⁵⁶ et la communauté entre époux.⁵⁵⁷

Néanmoins, le modèle du propriétaire-gestionnaire n'est pas mis en œuvre de la même manière au sein des propriétés collectives. D'une part, il s'agit d'une situation marginale, dans la mesure où les besoins d'une gestion cohérente impliquent la nomination d'un ou plusieurs gérants et une répartition de leurs pouvoirs. Par conséquent, ce modèle n'a pas force de principe parmi les propriétés collectives, et il n'existe aucun texte équivalent à l'article 537 du Code civil. Chaque régime précise si un transfert de gestion est nécessaire ou non. Par ailleurs, la qualification de la masse commune, et donc son régime, s'imposent aux copropriétaires, et s'ils

⁵⁵⁰ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 268 ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 490 (l'auteur parle de « gestion directe » par opposition à la « gestion déléguée »).

⁵⁵¹ L. JOSSERAND, art. préc., p. 370 et s. ; J. PATARIN, art. préc. ; F. DEBOISSY, G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD civ.*, 2000, p. 225, n° 6-7.

⁵⁵² C. DUVERT, art. préc. ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », art. préc., p. 589 (l'auteur considère par ailleurs que l'indivision actuelle reste malgré tout une propriété individuelle particulière) ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 157 et s. *Contra*, M. de VAREILLES-SOMMIERES, art. préc., n° 11 (pour l'auteur, il ne peut y avoir propriété que s'il y a une volonté unique, ce qui est contestable).

⁵⁵³ C. BRENNER, « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2559. Cf. *infra*, n° 184.

⁵⁵⁴ Art. 815-2 et s. C. civ.

⁵⁵⁵ Art. 1872-1 C. civ.

⁵⁵⁶ Art. L 221-3 C. com.

⁵⁵⁷ Art. 1421 et s. C. civ. La mitoyenneté (art. 653 et s. C. civ.), la tontine et l'œuvre de collaboration (art. L. 113-3 C. prop. int.) sont également des exemples de propriétés collectives qui concernent un bien particulier dans lesquelles les copropriétaires sont également cogestionnaires.

n'ont rien prévu, leur situation sera celle de l'indivision.⁵⁵⁸ D'autre part, le modèle du propriétaire-gestionnaire n'est pas synonyme de liberté de gestion en matière de propriété collective. En effet, dans ces situations, il y a plusieurs propriétaires concurrents, donc plusieurs intérêts distincts à satisfaire. Chaque copropriétaire, lorsqu'il agit, doit non seulement tenir compte de son propre intérêt mais également de celui des autres. La situation est bien différente de celle d'un propriétaire individuel, auquel on ne peut pas reprocher d'avoir réalisé un acte qui allait contre son propre intérêt.⁵⁵⁹ Dans la mesure où le gestionnaire sera limité dans l'exercice de ses pouvoirs par l'obligation de respecter l'intérêt des autres copropriétaires, nous estimons que la propriété collective, même si elle est conforme au principe d'identité entre propriétaire et gestionnaire, est par essence une situation de gestion des biens d'autrui.

En conclusion, le principe selon lequel propriétaire et gestionnaire sont deux qualités qui portent sur la même tête est bien ancré dans notre droit positif, et s'applique à la fois dans des situations de propriété individuelle et dans certains mécanismes de propriété collective. Malgré tout, la coexistence de plusieurs intérêts distincts au sein de ces dernières pousse à les considérer comme des gestions de biens d'autrui. Les autres situations de ce type se reconnaissent en cas de distinction entre les qualités de gestionnaire et de propriétaire.

Section 2 : L'origine du transfert

86. Fondement du transfert et régime applicable – La majorité des gestions de biens d'autrui apparaissent du fait d'un transfert de gestion. Il s'agit d'une dérogation au principe du propriétaire-gestionnaire, une situation où un tiers a le pouvoir de réaliser des actes portant sur des biens dont il n'est pas propriétaire.⁵⁶⁰ En cas de propriété collective, il y aura également un transfert de gestion lorsque l'un des copropriétaires se verra reconnaître des prérogatives plus étendues que ses pairs. Le transfert de gestion n'est pas nécessairement une aliénation de pouvoir : le propriétaire et le gestionnaire désigné peuvent tout à fait avoir des prérogatives concurrentes.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Même si une option peut éventuellement leur être offerte avec la société, cf. F. DEBOISSY, G. WICKER, art. préc.

⁵⁵⁹ Cf. *infra*, n° 166.

⁵⁶⁰ F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », *RRJ*, 2008-3, p. 1323-1338. L'auteur considère qu'il s'agit d'une situation exceptionnelle, temporaire et souvent volontaire, pour ne pas porter une atteinte trop forte aux principes de pleine capacité et de propriété exclusive et absolue.

⁵⁶¹ Cf. *infra*, n° 264.

Les raisons pour lesquelles un transfert de gestion est opéré sont multiples mais ne peuvent fonder l'application de régimes spécifiques. Il est vrai que certains mécanismes sont plus efficaces que d'autres pour répondre à des besoins pratiques identifiés, mais les particularités de chacun vont profondément influencer leur régime, même si ils usent du même instrument. Ainsi, le mandat est certes l'outil principal du transfert de gestion, mais il s'adapte énormément selon les situations. Le régime du mandat tacite entre époux se distingue de celui du mandat à exécution posthume et également du mandat social. Par ailleurs, il est vain de rechercher des similitudes ou des différences au sein des régimes qui seraient justifiées par les causes du transfert. Par exemple, le droit des sociétés, fondé sur le contrat, prévoit des mécanismes de sanction et de contrôle des dirigeants très importants, alors que l'habilitation familiale laisse une grande liberté d'action au représentant de la personne vulnérable. La recherche d'un fondement commun ou de régimes spéciaux influencés par des fondements distincts est par conséquent vouée à l'échec.

Nous nous attacherons à démontrer cette affirmation, ce qui nous permettra également d'exposer les principaux mécanismes de la gestion des biens d'autrui. Pour cela, nous examinerons d'abord les fondements qui sont évoqués par certains auteurs pour justifier l'existence d'un régime communs aux situations de gestion des biens d'autrui, mais qu'il convient de rejeter (§ 1). Nous nous concentrerons ensuite sur le véritable fondement du transfert de gestion (§ 2).

§ 1 : Les fondements à rejeter

87. Critique de la doctrine actuelle – Deux fondements sont classiquement retenus par les auteurs qui étudient la gestion des biens d'autrui.⁵⁶² Il s'agit du pouvoir et du droit subjectif. Selon la doctrine, les prérogatives juridiques ne peuvent être fondées que sur le titre juridique attribué au gestionnaire. Prenant comme modèle celui du propriétaire-gestionnaire, ils en déduisent que c'est la propriété qui fonde l'existence de prérogatives sur les biens, le transfert de gestion étant une exception qui nécessite de découvrir un autre titre attribué au gestionnaire : soit il dispose d'un autre droit subjectif sur le bien (réel ou personnel), soit il n'a aucun droit sur ce bien et est titulaire d'un pouvoir lui permettant d'agir dans l'intérêt d'autrui.

⁵⁶² V. en particulier M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 78-79 ; P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 359 ; B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 34 ; V. MIAILHE, « La délimitation des prérogatives en fonction des techniques », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

Cette présentation part du postulat que la propriété se définit nécessairement par les prérogatives qu'elle octroie, et peine à expliquer pourquoi le propriétaire pourrait dans certains cas être libre et dans d'autres voir ses prérogatives limitées. Par ailleurs, elle ne parvient pas à justifier la gestion opérée par un tiers qui ne dispose d'aucun titre, comme la gestion d'affaires. Il convient par conséquent de rejeter les fondements qu'elle propose, à savoir le pouvoir (I) et le droit subjectif (II).

I Le pouvoir

88. Notion de pouvoir – La théorie des pouvoirs est une tentative doctrinale d'explication des exceptions à la liberté d'exercer les prérogatives dont on dispose. Avant son avènement, les tenants de la théorie sociale du droit avaient déjà recherché une logique aux restrictions de l'absolutisme du droit subjectif.⁵⁶³ Ils tentaient d'expliquer que chaque prérogative avait en réalité une fonction sociale à remplir, ce qui expliquait des mécanismes tels que l'abus de droit.⁵⁶⁴ Plusieurs théories ont alors été proposées pour intégrer la notion au droit positif, sans succès.⁵⁶⁵ Finalement, c'est une thèse proposée dans les années 1980 qui retient aujourd'hui l'attention de la doctrine : celle de Gaillard, qui a introduit et systématisé la notion de pouvoir.⁵⁶⁶ Il le définit lui-même comme une prérogative finalisée, qui répond à une fonction.⁵⁶⁷

D'après l'approche de Gaillard, un pouvoir est une prérogative qui se distingue du droit subjectif dans le sens où il consiste en l'exercice du droit subjectif d'autrui dans l'intérêt de ce dernier. Ainsi, une personne qui peut exercer elle-même son droit subjectif a la capacité juridique (d'exercice), alors que celle qui exerce le droit d'une autre a simplement le pouvoir

⁵⁶³ Cf. *supra*, n° 59.

⁵⁶⁴ Pour une réflexion récente sur le sujet en droit de la famille, v. J. HAUSER, « Détournements, abus ou fraudes ? », *Dr. et pat.*, 2011, n° 209.

⁵⁶⁵ R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, Rec. Sirey, 1928, n° 44 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus de droit* (1939), Paris, Dalloz, 2006, n° 308 et s. ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.*, 1944, p. 1-19 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 237 et s. ; P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *APD*, 1960, p. 65-131. Pour une présentation générale, cf. T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Nanterre, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2014, n° 22 et s.

⁵⁶⁶ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, n° 3. Plus clairement : « Les fonctions représentent une mission à remplir, un rôle à jouer, un objectif à atteindre, alors que les pouvoirs sont les moyens d'y parvenir : pour remplir leur fonction, le tuteur, le mandataire, le fonctionnaire, etc..., ont besoin de disposer de certains pouvoirs. » (D. VEAUX, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées Grecques)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, Economica, 1980, p. 77-94, n° 1).

(ou la compétence) de le faire.⁵⁶⁸ Cette distinction occasionne une différence de régime : l'exercice d'un droit est supposé être libre sous réserve du respect des règles objectives et des droits des autres, alors que l'exercice d'un pouvoir est nécessairement contrôlé, afin d'empêcher son détournement.⁵⁶⁹ La finalité du pouvoir dépend nécessairement de l'existence d'un intérêt au moins partiellement distinct de celui de l'agent, dans lequel le pouvoir est exercé.⁵⁷⁰ Cette thèse a été reprise et appliquée par de nombreux auteurs afin de justifier les exceptions aux prérogatives d'une personne lorsqu'elle agit pour une autre.⁵⁷¹

89. Pouvoir et fonction – Le problème de cette théorie est qu'elle donne une définition trop restreinte de la fonction, qu'elle assimile à la destination. Or, ce sont deux concepts distincts. La confusion a été exposée par Hayek : « Le caractère anthropomorphique de la tradition positiviste l'a conduite à une étrange transformation du réel : ayant découvert qu'une institution remplit une fonction, l'on a conclu que les personnes qui assurent cette fonction doivent forcément en avoir reçu l'ordre de quelqu'un d'autre. »⁵⁷² Défini comme tel, le concept renvoie plutôt à la destination.⁵⁷³ Cette dernière décrit la finalité particulière consciemment déterminée donnée à une chose. Par exemple, un immeuble peut être destiné à l'usage d'habitation ou à un usage professionnel. Un bien appartenant à un entrepreneur individuel peut être destiné à un usage personnel ou professionnel. Mais la fonction désigne autre chose : c'est « l'ensemble des opérations concourant au même résultat et exécutées par un organe ou ensemble d'organe »⁵⁷⁴, le « service d'un but supérieur et commun ». ⁵⁷⁵ Il s'agit d'un objectif transcendant toute destination particulière attribuée à chaque bien. Si la

⁵⁶⁸ E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 57 et s.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, n° 76 et s.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, n° 235. L'auteur précise cependant que cet intérêt n'a pas nécessairement à être rattaché à une personne juridique (*ibid.*, n° 280 et s.).

⁵⁷¹ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 161 et s. et 272 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 62 et s. ; M. CANTIN CUMYN, « Le pouvoir juridique », *McGill Law Journal*, 2007, n° 52, p. 215-236 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 39 et s. ; F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui... », art. préc. ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, n° 93 et s.

⁵⁷² F. HAYEK, *Droit, législation et liberté* (1982), 1^{ère} partie : « Règles et ordre », Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2013, p. 109. V. aussi F. OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 7.

⁵⁷³ « But poursuivi, usage auquel une chose est affectée. » (Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Destination ») ; « Norme d'usage assignée à une chose par un acte juridique. » (R. BOFFA, *La destination de la chose*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2008, n° 581). Cf. *infra*, n° 161.

⁵⁷⁴ Dictionnaire Larousse, v. « Fonction ». V. aussi E. GOBLOT, « Fonction et finalité », *Rev. Philos France Let.*, 1899-01, p. 495-505 et 632-645, pour qui la finalité (assimilée à la fonction) est la cause finale vers laquelle tendent tous les éléments d'un mécanisme.

⁵⁷⁵ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Fonction ».

destination est particulière et déterminée consciemment, la fonction est unique et s'impose à tout agent juridique.⁵⁷⁶ Cette distinction a des conséquences sur la théorie des pouvoirs.

90. Gestion et pouvoir – Partons du postulat que le pouvoir est une prérogative finalisée, autrement dit, une faculté d'agir juridiquement au service d'une fonction. Or, la gestion a été définie plus haut comme l'accomplissement d'actes ayant pour finalité l'usage des biens par leur propriétaire. Nous pouvons alors en déduire que tout acte de gestion consiste en l'exercice d'une prérogative finalisée, puisqu'il tend vers la satisfaction des besoins du propriétaire.⁵⁷⁷ Par conséquent, tout gestionnaire est titulaire de pouvoirs dans la mesure où tous les actes qu'il conclut sont au service d'une fonction. Enfin, nous avons démontré que la qualité de gestionnaire était indépendante de celle de propriétaire, et que les deux étaient compatibles. Cela signifie qu'un propriétaire-gestionnaire qui accomplit des actes sur ses biens exerce lui aussi un pouvoir. La distinction entre pouvoir et capacité d'exercice ne nous semble donc pas pertinente en ce qui concerne leur fondement.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Dans un sens proche, cf. B. MALLEY-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination : Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *Revue Juridique Thémis*, Université de Montréal, 2014, 48-2, p. 537, n° 3, qui distingue la destination (« l'usage déterminé d'une chose ») de l'affectation (« la finalité qui est donnée à cet usage »). Elle admet qu'en cas d'affectation, la finalité s'impose au propriétaire, qui ne peut plus choisir que la destination (l'usage à réaliser dans le respect de cette finalité) (*ibid.*, n° 8). Dans cette conception, l'affectation est un intermédiaire entre la destination et la fonction, dans le sens où il s'agit d'une finalité particulière imposée au gestionnaire. Le professeur Ost propose une autre classification allant dans le même sens, distinguant fonction, finalité et usage (F. OST, *op. cit.*, p. 7). Cf. *infra*, n° 145 sur la notion d'affectation.

⁵⁷⁷ Dire qu'une prérogative est finalisée ne signifie pas nécessairement une atteinte à la liberté et une contrainte sur celui qui l'exerce comme le présente M. Gaillard (*op. cit.*, p. 27 et s.), cela veut simplement dire qu'elle est au service d'un résultat. Tout dépend ensuite de la fonction considérée : dans un système individualiste et libéral comme le nôtre, c'est au propriétaire de déterminer ses besoins et donc les contours de la fonction (B. MALLEY-BRICOUT, art. préc.), mais on peut imaginer une société où la fonction de la propriété est orientée vers un autre but (politique économique étatiste, satisfaction des besoins de la famille...). Cf. par ex. A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine », *RTD civ.*, 1994, p. 801, qui propose de voir la propriété comme une charge fiduciaire au service de la lignée familiale, qui se transmet de génération en génération à travers la succession. Le droit musulman est ainsi orienté vers un objectif d'équilibre social, ce qui contraint l'usage de certains biens (M. EL SHAKANKIRI, « La notion du « bien » dans la philosophie juridique musulmane », *APD*, 1979, p. 67-85). Pour une réflexion sur l'accentuation de la tendance utilitariste du droit au détriment de sa finalité objective, v. J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, 1999, p. 441-453. V. cependant A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation : Essai à la lumière du droit russe*, Paris, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2008, p. 7 et s., qui estime que les droits libéraux et socialistes sont tous orientés vers une finalité de prospérité économique.

⁵⁷⁸ Pour une critique semblable de la notion de pouvoir telle que définie par M. Gaillard, cf. I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2006, n° 160 et s. ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 40. Au lieu de rejeter la notion de pouvoir comme nous le proposons, l'auteur préfère la restreindre à une conception plus stricte, comme « la prérogative par laquelle son titulaire accomplit des actes juridiques dont les effets se produisent sur la tête d'un tiers », issue de « l'habilitation donnée au gérant par le propriétaire d'exercer une activité juridique sur ses biens, laquelle permet la création d'une prérogative propre », par opposition aux situations où la prérogative est issue d'un droit subjectif (*ibid.*, n° 113). Nous rejetons cette approche en raison de la définition que nous donnons de la propriété et du droit subjectif.

Il ne faut cependant pas en conclure que les deux situations occasionnent le même régime. En effet, le pouvoir au sens strict ne se retrouve que dans le cadre des gestions de biens d'autrui, qui impliquent l'application de règles particulières que nous exposerons plus loin. Il faut néanmoins admettre que les actes réalisés par un propriétaire-gestionnaire soient finalisés et à ce titre, contrôlés. L'intensité de ce contrôle est bien moindre dans cette situation puisque le propriétaire est présumé agir dans son intérêt, mais il existe.⁵⁷⁹ Ce n'est cependant pas l'existence ou non d'un pouvoir qui fonde cette différence de régime, mais la situation de gestion de biens d'autrui.

Certains auteurs définissent le pouvoir non pas selon sa finalité (l'action dans l'intérêt d'autrui) mais selon le critère de l'hétéronomie (l'engagement d'un tiers à l'acte conclu).⁵⁸⁰ La faculté d'engager autrui par ses actes crée un risque d'agence qui impose un contrôle de la motivation de l'auteur et le respect de certaines normes.⁵⁸¹ Or, ce risque d'agence existe et est combattu également là où il n'existe pas de pouvoir au sens strict.⁵⁸² C'est le cas de la gestion d'affaires⁵⁸³, ou de l'usufruit.⁵⁸⁴ Dans chacun de ces mécanismes, le gestionnaire peut réaliser des actes sans engager le patrimoine du propriétaire, donc sans pouvoir, et est pourtant contraint de respecter son intérêt.⁵⁸⁵ Pouvoir et gestion des biens d'autrui ont donc un champ d'application distinct.

⁵⁷⁹ Cf. *infra*, n° 166.

⁵⁸⁰ M. STORCK, *op. cit.*, n° 164 ; E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, p. 94 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 113 ; G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, n° 728 et s. ; F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité : Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 593-630, n° 21 ; A. CHAIGNEAU, S. VERNAC, « Propriété, responsabilité et personnes morales », in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, colloque du Collège des Bernardins, 2011 (https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche09-11/colloque/9_chaigneau.pdf) ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 22 et s. ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 108.

⁵⁸¹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 2000, n° 206 ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 135 et s. Ce dernier auteur élargit la notion de pouvoir à toutes les situations où une personne a une influence sur un acte conclu pour une autre, qu'il s'agisse d'un pouvoir décisionnel ou simplement de négociation ou de conseil.

⁵⁸² P. DIDIER, *op. cit.*, n° 100.

⁵⁸³ L'article 1301 C. civ. renvoie aux obligations du mandataire, dont celle de rendre compte de sa gestion.

⁵⁸⁴ L'usufruitier peut être déchu de son droit en cas d'abus de jouissance (art. 618 C. civ.). Une reddition de compte a également lieu entre l'usufruitier et le nu-propriétaire (cf. *infra*, n° 329 et s.).

⁵⁸⁵ M. Douville retient une définition du pouvoir extrêmement large, le définissant comme « l'habilitation à définir l'intérêt d'autrui » (*op. cit.*, n° 22). Il y intègre ainsi les situations de propriété collective (où il reconnaît des « pouvoirs propres », *op. cit.*, n° 47) et l'accomplissement d'actes matériels (*op. cit.*, n° 50 et s.) mais exclut la fiducie (*op. cit.*, n° 48). Une telle conception aboutit à diluer la notion de pouvoir et la rendre inopportune, ce qui est justement notre proposition : l'abandon du concept de pouvoir pour se concentrer sur celui, plus général, de gestion des biens d'autrui.

Ainsi, l'intérêt de la théorie du pouvoir est de proposer un critère opérant des situations de gestion des biens d'autrui : l'action dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui du gestionnaire. Il faudra toutefois affiner cette définition en constatant que toute action dans l'intérêt d'un tiers n'est pas nécessairement une gestion de biens d'autrui.⁵⁸⁶ Mais le concept de pouvoir ne doit pas excéder son rôle : il n'est aucunement un fondement aux gestions de biens d'autrui, il n'en est qu'une manifestation technique, un outil servant à apprécier la légitimité ou non des actes juridiques réalisés.⁵⁸⁷ Il ne doit pas non plus être distingué du droit subjectif⁵⁸⁸ : les deux ont une nature identique, seuls leurs régimes diffèrent. Enfin, il ne permet que la réalisation d'actes juridiques, les actes matériels ne se manifestant pas par l'exercice d'un pouvoir.⁵⁸⁹ Pour toutes ces raisons, il ne peut être utilisé comme fondement à une théorie générale de la gestion des biens d'autrui.

II Le droit subjectif

Si le gestionnaire n'a pas de pouvoir, il aurait un droit subjectif sur le bien qu'il gère. Selon la doctrine, ce droit pourrait être un droit de propriété (A) ou un droit sur la chose d'autrui (B). Nous allons démontrer que ni l'un ni l'autre n'est à l'origine du transfert de gestion.

A) La propriété des biens d'autrui

91. Double nature de la fiducie – La propriété pourrait être un fondement à la gestion des biens d'autrui selon certains auteurs. Cette affirmation semble pourtant être un oxymore : comment admettre que l'on puisse être propriétaire de biens qui appartiennent à

⁵⁸⁶ Il arrive par exemple que la gestion soit orientée vers un objectif de désintéressement des créanciers (succession acceptée à concurrence de l'actif net) ou soumise au respect du transfert d'une utilité du bien (sûreté réelle sans dépossession). Cf. *infra*, n° 129 et s.

⁵⁸⁷ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 35 et s., selon laquelle les techniques de gestion des biens d'autrui utilisant la notion de pouvoir ne représentent qu'une catégorie particulière et ne sauraient toutes les contenir (la gestion d'affaires ou les droits réels sur la chose d'autrui ne sont pas fondés sur un pouvoir). Les techniques avec pouvoir permettent une gestion indirecte des biens d'autrui, sans qu'il soit nécessaire que le gestionnaire les détienne. M. Didier avait déjà démontré que le pouvoir n'était pas le fondement de la représentation mais sa conséquence (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 100-101 et 179) : « En définitive, il nous apparaît que le pouvoir ne fait que constater la validité de l'action aux yeux du droit. On dit d'une personne qu'elle a le pouvoir de faire un acte quand l'acte est valable. Mais dire que l'acte est valable *parce que* la personne a le pouvoir de le faire est une formule tautologique : en soi, le pouvoir n'est pas la *cause* de la validité, il en est la simple constatation. Le pouvoir n'est qu'une notion didactique. »

⁵⁸⁸ Au sens de M. Gaillard, en y incluant la propriété. V. aussi M. STORCK, *op. cit.*, n° 180 ; I. TOSI, *op. cit.*, n° 160 et s.

⁵⁸⁹ Or, la gestion peut se réaliser matériellement, comme c'est le cas dans la gestion d'affaires par exemple (art. 1301 C. civ.). *Contra*, cependant, M. STORCK, *op. cit.*, n° 164, qui admet que le pouvoir permette la réalisation de faits juridiques.

autrui, et qu'on doive les administrer dans l'intérêt de ce dernier ? La contradiction provient de la figure ambivalente que représente la fiducie. En effet, ce terme recouvre plusieurs réalités différentes qu'il convient d'étudier.⁵⁹⁰

Le point commun entre toutes les acceptions de la fiducie est, selon la doctrine, la technique utilisée : elle serait fondée sur un transfert temporaire de propriété sur un bien ou une masse de biens en support d'une opération spécifique.⁵⁹¹ Cette dernière peut être de trois ordres : la gestion de ce bien ou de cette masse au bénéfice du constituant ou d'un tiers, la garantie d'une dette du constituant envers le fiduciaire ou un tiers, ou la transmission à titre gratuit de ce bien ou cette masse à un tiers-bénéficiaire, passant par l'intermédiaire d'une gestion par le fiduciaire. La fiducie met en jeu trois qualités : le constituant, propriétaire initial des biens transmis, le fiduciaire, qui reçoit les biens et les administre, et le bénéficiaire, qui a vocation à percevoir le bénéfice de la gestion et se faire transmettre les biens au terme de l'opération. Ces qualités peuvent se cumuler selon l'opération envisagée : la fiducie-gestion implique généralement la confusion entre les qualités de constituant et bénéficiaire et la fiducie-sûreté entre celles de fiduciaire et de bénéficiaire.

La notion de fiducie provient à l'origine d'une institution romaine appelée *fiducia*. Elle met en œuvre un transfert de propriété des biens du constituant vers le fiduciaire, qui s'engage à les restituer à lui ou à un tiers en cas de paiement ou à une date déterminée.⁵⁹² Les biens intègrent le patrimoine du fiduciaire, et sont donc saisissables par ses propres créanciers. Le terme *fiducia*, qui vient de *fides* (confiance), s'explique par le fait que le constituant n'a aucune garantie de récupérer ses biens au terme de l'opération, et espère ainsi que le fiduciaire les conservera dans son patrimoine. Le principe fondamental de ce mécanisme est le transfert de propriété opéré envers le fiduciaire, accompagné d'une obligation de restitution à l'égard du constituant. Cette opération s'explique par la particularité du droit romain, excessivement formaliste, qui assimilait propriété et possession et exigeait donc de passer par un mécanisme obligationnel pour imposer au fiduciaire de restituer le bien au fiduciaire. La pratique l'abandonna dès lors qu'il est devenu possible de distinguer le détenteur du bien et son

⁵⁹⁰ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 10 et s. A ce titre, la notion de fiducie fait partie du « métalangage » juridique : elle désigne plusieurs concepts distincts et le terme est utilisé par la doctrine pour rassembler des mécanismes de natures diverses. Cf. G. TUSSEAU, « Critique d'une métonymie fonctionnelle », RFDA, 2009, p. 641.

⁵⁹¹ Certains parlent d'une « tendance régressive du droit », dans la mesure où le progrès des sciences juridiques consiste en une spécialisation toujours plus poussée des techniques. Or, la fiducie peut être utilisée pour toute sorte d'opérations, ce qui en fait une institution « archaïque » (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 81 et s.).

⁵⁹² J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010, n° 476 et 756.

propriétaire.⁵⁹³ La fiducie romaine est issue de la distinction entre propriétaire juridique et propriétaire social que nous avons déjà exposée et qui a disparu depuis⁵⁹⁴ : le fiduciaire n'était tenu par aucune règle juridique de conserver la chose transmise, mais était contraint moralement par la confiance que lui avait attribuée le fiduciaire.⁵⁹⁵

Mais la fiducie existe également sous une autre nature, inspirée à la fois d'une forme spécifique de fiducie successorale romaine (le *fideicommiss*)⁵⁹⁶ et du *trust*. Ce dernier provient d'une règle jurisprudentielle anglo-saxonne.⁵⁹⁷ Remarquant que souvent, le droit de propriété légal (*legal ownership*) ne correspondait pas à la réalité du bénéfice de ce droit (*beneficial ownership*), les juges anglais en ont déduit qu'il existait deux propriétés différentes, une légale et une « équitable ». Ils en ont conclu à la possibilité qu'une personne, le *trustee*, soit instituée propriétaire légal d'un patrimoine autonome qu'elle gère au bénéfice d'une ou plusieurs autres déterminées ou non. Le *trust*, sous ses diverses formes, peut alors servir d'outil de gestion et/ou de transmission, mais pas de garantie puisque le *trustee* ne peut pas être bénéficiaire (il aurait alors à la fois la *legal* et la *beneficial ownership*, c'est-à-dire la pleine propriété).⁵⁹⁸

En réalité, ces deux mécanismes utilisent des techniques distinctes : la fiducie romaine est un transfert de propriété assorti d'une créance de restitution, et le *trust* crée un patrimoine autonome sur lequel deux personnes ont chacune un droit de propriété de nature différente.⁵⁹⁹ Les conséquences en termes de régime sont très importantes. La fiducie romaine est un mécanisme obligationnel, elle crée un droit personnel pour le constituant qui peut exiger la restitution envers le fiduciaire, en nature ou en valeur. Le fiduciaire est le véritable propriétaire des biens, il peut en disposer et en jouir librement, et ses créanciers personnels peuvent les saisir dans la mesure où ils intègrent son patrimoine.⁶⁰⁰ Le constituant n'a absolument aucun pouvoir

⁵⁹³ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 10 et s. ; A. MAGES, M. CHEYNET DE BEAUPRE, « La fiducie-gestion : aspects historiques », RLDC, 2019, n° 168.

⁵⁹⁴ Cf. *supra*, n° 51.

⁵⁹⁵ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 476.

⁵⁹⁶ A. MAGES, M. CHEYNET DE BEAUPRE, art. préc.

⁵⁹⁷ Pour bien comprendre l'origine du *trust*, il faut savoir que le système de *Common law* est fondé non pas sur la légitimité de la loi (comme les systèmes de droit civil) mais sur l'équité naturelle. Le rôle du juge est de statuer en équité et donc éventuellement de s'écarter de la règle légale pour en préférer une autre plus adaptée en pratique. Les principes ainsi découverts deviennent, grâce à la règle du précédent, des normes du droit positif. Cf. B. NICHOLAS, « Le langage juridique des biens dans la Common Law », APD, 1979, p. 55-65 ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 3 ; R. DAMMANN, V. ROTARU, « La fiducie et le *trust* : une concurrence inégale », D. 2018, p. 1763.

⁵⁹⁸ C. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie : propos critiques », D. 2007, p. 1350. Sur les différentes applications du *trust*, cf. L. CHAMBAZ, « Le mandat posthume, le *trust* et la fiducie », RLDC, 2006, n° 33.

⁵⁹⁹ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 75 ; C. LARROUMET, art. préc. ; A. AYNES, « La fiducie-sûreté par et hors les textes », RD banc. fin., 2014, dossier 41.

⁶⁰⁰ Ce qui empêche toute action réelle du constituant si le fiduciaire est déloyal (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 88).

sur ces biens et peut uniquement agir en tant que créancier pour éviter l'insolvabilité de son débiteur.⁶⁰¹ La fiducie-*trust* est une opération complètement différente. Il s'agit d'un mécanisme réel, par lequel le constituant (ou bénéficiaire) conserve un droit réel sur la chose transmise (ou du moins le patrimoine créé). Un patrimoine d'affectation autonome est constitué et géré par le fiduciaire, qui doit agir dans l'intérêt du constituant et ne peut pas jouir des biens transmis. Le constituant dispose d'un droit de contrôle sur les actions du fiduciaire. Les biens sont protégés des créanciers personnels du fiduciaire et du constituant.

La question qui se pose à nous est de savoir si les mécanismes fiduciaires peuvent être qualifiés de gestion des biens d'autrui, ce qui justifierait que la propriété puisse être un fondement au transfert de gestion. L'analyse des mécanismes usant du transfert de propriété (i) démontre qu'il ne s'agit pas de situations de gestion des biens d'autrui, tandis que le mécanisme impliquant la création d'un patrimoine d'affectation (ii) en est bien mais n'implique pas de transfert de propriété.

i. Mécanismes fiduciaires avec transfert de propriété

92. Multiplication des mécanismes fiduciaires – Les régimes spéciaux impliquant un transfert de propriété se sont multipliés au cours du XX^{ème} siècle, à l'initiative des praticiens, afin d'assurer les services classiques de la fiducie : gestion, garantie ou transmission, certains des outils permettant de remplir plusieurs de ces fonctions. La doctrine se plaît à en faire des listes plus ou moins exhaustives.⁶⁰² Nous en retiendrons plusieurs exemples.

Le transfert de propriété peut d'abord être utilisé comme outil de gestion. C'est le cas de la convention de portage. Il s'agit d'une opération juridique issue de la pratique dans laquelle un donneur d'ordre demande à un porteur d'acquérir des actions et ainsi de devenir actionnaire d'une société, puis de les lui rétrocéder à une date et un prix convenus.⁶⁰³ Il s'agit bien d'un véritable transfert de propriété⁶⁰⁴ : le porteur a la qualité d'associé, exerce le droit de vote et

⁶⁰¹ Cf. *infra*, n° 152.

⁶⁰² Ex. : A. GOBIN, « Fiducies sans la fiducie », JCP N, 1994, 101109 ; H. de VAUPLANE, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », JCP E, 2007, 2051 ; P. CENAC, B. CASTERAN, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille », JCP N, 2009, 1218.

⁶⁰³ Le but de cette opération peut être très divers. Cf. B. TREILLE, « Les conventions de portage », Rev. Soc., 1997, p. 721 ; M. BOURGEOIS-BERTREL, J.-P. BERTREL, « Portage de droits sociaux », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 8 et s.

⁶⁰⁴ La Cour de cassation l'exige et sanctionne l'arrêt qui qualifie de portage un prêt rémunéré : Cass. Com., 23/01/2007, n° 05-15652 ; BJS, 2007, p. 610, note F.-X. LUCAS.

perçoit les dividendes. L'aspect fiduciaire⁶⁰⁵ se situe dans une convention reliant le donneur d'ordre au porteur, qui impose au premier de voter selon les directives du second, déduit les dividendes du prix de rachat⁶⁰⁶ et interdit la cession des titres. Toutefois, il ne s'agit que d'un engagement contractuel, et si le porteur ne le respecte pas, le donneur d'ordre n'a aucun moyen de le contraindre directement en dehors des sanctions contractuelles de droit commun⁶⁰⁷, car il n'a aucun droit sur les titres transmis. Par ailleurs, le donneur d'ordre n'est pas protégé en cas de saisie des titres par les créanciers personnels du porteur.⁶⁰⁸ On retrouve bien le caractère fiduciaire de l'opération : le donneur d'ordre fait confiance au porteur dans la gestion des titres et ne peut agir que sur le terrain contractuel.

Le transfert de propriété peut aussi servir à garantir une dette. L'avantage du mécanisme fiduciaire est qu'il assure un droit direct sur les biens donnés en garantie, ce qui évite toute concurrence avec les autres créanciers du débiteur puisque les biens ne font plus partie de son patrimoine.⁶⁰⁹ On en trouve l'expression dans plusieurs mécanismes tels que la cession Dailly⁶¹⁰ ou les garanties financières.⁶¹¹ Nous nous concentrerons sur le gage-espèces.⁶¹² Classiquement, il est vu comme un gage portant sur une somme d'argent. Il ne devrait donc pas, en théorie, impliquer de transfert de propriété, le gage créant simplement un droit réel sur

⁶⁰⁵ La qualification d'opération fiduciaire est unanime en doctrine : D. SCHMIDT, « Les opérations de portage de titres de sociétés », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Paris, LGDJ-FEDUCI, 1985, p. 29 ; P. SOUMRANI, *Le portage d'actions*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1996 ; B. TREILLE, art. préc. ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997 ; M. BOURGEOIS-BERTREL, J.-P. BERTREL, « Portage de droits sociaux », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 4. V. toutefois les nuances apportées par P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 90.

⁶⁰⁶ Il faut néanmoins que la convention le prévoie, sinon le principe veut que le porteur, en tant qu'associé, conserve les dividendes (B. TREILLE, art. préc.). *Contra*, P. SOUMRANI, *op. cit.*, p. 536.

⁶⁰⁷ B. TREILLE, art. préc.

⁶⁰⁸ F.-X. LUCAS, art. préc. ; M. BOURGEOIS-BERTREL, J.-P. BERTREL, « Portage de droits sociaux », Rép. soc. Dalloz, 2017, n° 4.

⁶⁰⁹ Ce type de sûretés est particulièrement utilisé dans le domaine financier, car il est un obstacle au déclenchement d'une crise systémique. C'est pourquoi l'Union européenne les favorise, voire les impose dans les relations financières, en mémoire de la crise de 2008. Cf. M. JULIENNE, S. PRAICHEUX, « Réforme du Code civil, crise financière, *blockchain* : où en sont les garanties financières ? », RD banc. fin., 2018, n° 5, dossier 32 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 6^{ème} éd., 2018, n° 743.

⁶¹⁰ Art. L. 313-23 et s. C. mon. fin.. M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, n° 742. L'Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés de décembre 2020 propose l'extension de ce régime à toutes les créances (art. 2373 et s. du projet). La proposition a été intégrée telle quelle par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15/09/2021 (J.-D. PELLIER, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 10) : la cession de créance de droit commun à titre de garantie », D. actu., 23/09/2021).

⁶¹¹ Art. L. 211-38 C. mon. fin..

⁶¹² L'Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés de décembre 2020 propose sa consécration au sein du Code civil à droit constant (art. 2374 et s. du projet), ce qui confirme les développements suivants. L'ordonnance précitée du 15/09/2021 a conforté cette proposition.

la chose d'autrui.⁶¹³ Or, l'argent est considéré par la doctrine comme étant un bien fongible, ce qui implique un transfert de propriété envers son détenteur du fait du mécanisme de « détention irrégulière ».⁶¹⁴ Il s'agit selon nous d'une mauvaise interprétation : la monnaie n'est pas un bien corporel mais une créance.⁶¹⁵ La seule sûreté dont elle peut faire l'objet est par conséquent un nantissement de créance⁶¹⁶, celle-ci étant en général un solde de compte bancaire. Le gage-espèces ne transfère pas un droit réel sur la chose d'autrui mais une véritable propriété sur la somme d'argent en question.⁶¹⁷ Sa nature est fondamentalement différente du nantissement de solde de compte bancaire, ce qui explique son régime particulier dont la possibilité pour le créancier de disposer de la somme.⁶¹⁸ Le constituant est simplement titulaire d'une créance de restitution envers le créancier.⁶¹⁹ L'aspect fiduciaire est là encore présent : le débiteur est tributaire de la bonne gestion du créancier. Toutefois, le fait que le bien soit une somme d'argent⁶²⁰ implique une restitution par équivalent ce qui réduit les risques de perte pour le débiteur, qui devrait récupérer la même valeur que celle transmise à l'origine.⁶²¹

Il peut enfin servir d'outil de transmission à un tiers. L'ordre public successoral français étant cependant très étendu, le droit positif est assez réticent à admettre ce type de transferts, y

⁶¹³ La jurisprudence antérieure à la réforme de 2006 est contradictoire sur ce point. En faveur de la qualification de gage : Cass. Com., 23/04/2003, n° 02-11015 ; JCP G 2003. II. 10140, note D. SCHMIDT ; JCP G, 2003. I. 176, obs. P. DELEBECQUE. En faveur du transfert de propriété : Cass. Com., 17/05/1994, Bull. civ. IV, n° 178.

⁶¹⁴ D. MARTIN, « Du gage-espèces », D. 2007, p. 2556 ; D. LEGEAIS, « Le gage de meubles corporels », JCP E, 2006, n° 20-21, p. 4 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, n° 900. C'est le même raisonnement qui est appliqué au quasi-usufruit, cf. *infra*, n° 98.

⁶¹⁵ Cf. *supra*, n° 74. Elle n'est donc pas concernée par l'article 2341 C. civ. qui porte sur le gage de choses fongibles. Dans le même sens, L. AYNES, « Le nouveau droit du gage », Dr. et pat., 2007, n° 161, p. 48 ; A. AYNES, « Validité et spécificité du gage-espèces », RDC, 2008, p. 425 ; P. CROCQ, « Gage », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 48. Un auteur admet la double nature de la monnaie et par conséquent la coexistence de deux sortes de gages-espèces (S. BROS, « Le gage-espèces », Dr. et pat., 2007, n° 161).

⁶¹⁶ Art. 2355 C. civ. Dans le même sens, M. CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris, GLN-Joly éd., 1991, p. 333-341. Un auteur part également du postulat d'une nature unique de la monnaie mais choisit l'option opposée en la qualifiant de bien corporel (D. MARTIN, art. préc.).

⁶¹⁷ M. CABRILLAC, art. préc. ; F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », RTD civ., 1995, p. 307 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, n° 306 ; « Gage », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 44.

⁶¹⁸ P. CROCQ, « La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiduciaire-sûreté sans texte ! », RTD civ., 2007, p. 373.

⁶¹⁹ CA Paris, 04/09/2001 et 27/11/2001 ; JCP 2002. I. 120, n° 9, obs. P. DELEBECQUE.

⁶²⁰ Ou, de manière générale, un autre bien fongible comme une créance ou une valeur mobilière dans les autres types de sûretés financières.

⁶²¹ Concernant les intérêts créés par la somme confiée, il s'agit de fruits civils qui appartiennent selon nous en pleine propriété au propriétaire de la chose frugifère (ici, la somme d'argent). Si la convention ne mentionne rien, il n'y a aucune raison que ces intérêts soient imputés sur la dette du débiteur ni qu'ils lui soient restitués à l'issue du contrat (*contra*, art. 2374-4 de l'Avant-projet de la Chancellerie, dans un souci de protection du cédant). De même, la subrogation réelle ne joue pas ici puisque le débiteur n'a pas de droit sur la somme transférée mais uniquement une créance de restitution.

voyant souvent un risque d'atteinte à la réserve successorale.⁶²² En effet, une personne pourrait transmettre de son vivant une partie de son patrimoine à un fiduciaire à charge pour ce dernier de le restituer à un tiers afin de passer outre la limite de la réserve ou de bénéficier d'une fiscalité plus intéressante. Il existe pourtant des outils permettant de réaliser une telle opération. On peut citer comme exemple l'assurance-vie.⁶²³ Malgré la proximité en pratique du mécanisme d'assurance-vie avec les instruments d'épargne bancaire (comptes-titres), elle reste purement contractuelle : les primes versées par le souscripteur intègrent directement le patrimoine de l'assureur, qui s'engage à les investir dans les produits visés au contrat.⁶²⁴ Le contrat peut donner la possibilité au souscripteur d'arbitrer quant aux investissements à réaliser.⁶²⁵ Il s'agit toutefois d'une disposition contractuelle qui ne peut pas s'analyser comme un droit du souscripteur ou du bénéficiaire sur les investissements.⁶²⁶ Ils ne sont titulaires que d'une créance envers l'assureur.⁶²⁷ L'assurance-vie est par conséquent un véritable mécanisme fiduciaire pouvant servir à la gestion et à la transmission d'un capital.⁶²⁸

93. Caractéristiques des mécanismes fiduciaires avec transfert de propriété –

Tous ces régimes impliquent un véritable transfert de propriété au prétendu fiduciaire, à charge pour lui de restituer une valeur équivalente ou résiduelle au constituant à l'issue de l'opération.⁶²⁹ Cela signifie qu'il peut en jouir et en user et n'a pas à les administrer dans

⁶²² D. LOUIS-CAPORAL, « La fiducie-libéralité », RTD civ., 2016, p. 49.

⁶²³ M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », Defrénois, 1994, n° 11, p. 737 ; A. GOBIN, art. préc. ; P. CENAC, B. CASTERAN, art. préc.

⁶²⁴ J. KULLMANN, « Assurance de personnes : vie-prévoyance », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 370. Pour une position plus nuancée, cf. P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 91.

⁶²⁵ J. KULLMANN, « Assurance de personnes : vie-prévoyance », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 387.

⁶²⁶ Cass. Com., 14/12/2010, n° 10-10207 ; RGDA 2011. 542, note J. BIGOT. La différence est importante par rapport au fonds commun de placement par exemple, dans lequel le porteur dispose d'un droit direct sur les éléments d'actifs détenus par le fonds. Elle se ressent notamment au niveau fiscal : la détention de titres directs implique l'application d'une *flat tax* (impôt forfaitaire sur les plus-values) alors que la police d'assurance-vie n'est taxée que lors du paiement de la prestation selon des taux préférentiels.

⁶²⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 28/04/1998, Bull. civ. I, n° 153 ; Defrénois 1998, art. 36837, note S. HOVASSE-BANGUET ; JCP G, 1998. II. 1012, note J. BIGOT ; RTD com. 1998, p. 113, note S. REZEL ; BGFE 3/98, p. 6, comm. R. BEAUVAIS.

⁶²⁸ Il est également possible d'intégrer dans cette catégorie la libéralité résiduelle (ancien legs *de residuo*) ou graduelle (art. 1048 et s. C. civ.). Sur les liens entre fiducie et substitutions fidéicommissaires, cf. P. CENAC, B. CASTERAN, art. préc. ; D. LOUIS-CAPORAL, art. préc. ; A. MAGES, M. CHEYNET DE BEAUPRE, art. préc. Le mandat à effet posthume ne saurait en revanche être assimilé à un mécanisme fiduciaire, cf. *infra*, n° 126.

⁶²⁹ Nous excluons de cette catégorie certains mécanismes qui n'opèrent pas de véritables transferts de propriété mais des transferts d'utilités, comme le quasi-usufruit, le prêt de titres ou le nantissement de compte-titres (cf. *infra*, n° 97). Certains auteurs les qualifient toutefois de mécanismes fiduciaires en raison du pouvoir de disposition conféré au créancier (A. GOBIN, art. préc. ; H. de VAUPLANE, art. préc. ; P. CENAC, B. CASTERAN, art. préc. ; B. FRANCOIS, « Fiducie », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 5), ignorant le fait que le débiteur conserve la propriété des biens confiés, ce qui a des conséquences sur le pouvoir de contrôle sur la gestion du créancier et l'appartenance patrimoniale des biens. Les prérogatives conférées au créancier ne sont pas liées au transfert de propriété mais à la qualité fongible des biens en question (cf. *infra*, n° 98). Dans un sens proche, R. HAMOU, « La

l'intérêt du constituant. Ce dernier n'a aucun pouvoir de contrôle sur les actions du cessionnaire. Par ailleurs, les biens intègrent le patrimoine du cessionnaire et peuvent être saisis par ses créanciers personnels.

Peut-on dès lors parler de gestion des biens d'autrui dans cette situation ? Il nous semble que non. La gestion des biens d'autrui implique nécessairement une distinction entre le propriétaire et le gestionnaire, or ici, le cessionnaire est à la fois gestionnaire et propriétaire des biens, c'est pourquoi il reste libre de sa gestion. La seule particularité est l'existence d'une obligation de restitution à terme, qui peut être plus ou moins forte selon le régime considéré (restitution en nature mais pour le résidu seulement dans la libéralité résiduelle, restitution de la valeur du capital dans le gage-espèces, restitution du capital et des fruits dans l'assurance-vie). Le transfert de propriété étant antinomique avec la gestion des biens d'autrui, ces mécanismes sortent de notre étude.

ii. Mécanisme fiduciaire avec création d'un patrimoine d'affectation

94. Origine de la fiducie française – Nous appelons « fiducie française » la fiducie nommée intégrée par la loi du 19 février 2007⁶³⁰ pour la distinguer de la fiducie romaine et du *trust*.⁶³¹ Le régime de ce texte est inspiré par ces deux mécanismes. D'une part, la volonté du législateur était de créer une fiducie-sûreté efficace, bien articulée avec le droit des procédures collectives. C'est pourquoi elle semble prévoir un transfert de propriété des biens envers le fiduciaire, sur le modèle de la fiducie romaine. Mais en parallèle, le législateur souhaitait faire concurrence au *trust* anglo-saxon, très prisé dans les contrats internationaux car souple et compatible avec le *sukuk* de la finance islamique.⁶³² Il a par conséquent admis la création d'un patrimoine autonome, protégé des créanciers personnels du fiduciaire et du constituant.⁶³³ Une

fiducie-gestion et le quasi-usufruit : étude approfondie des effets de la consomptibilité », Dr. et pat., 2003, n° 119 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 89.

⁶³⁰ L. n° 2007-211 du 19/02/2007, modifiée par l'Ord. n° 2009-112 du 30/01/2009 et la L. n° 2009-526 du 12/05/2009.

⁶³¹ Sur les fondements pratiques de cette loi, J. ROCHFELD, « La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses », RTD civ., 2007, p. 412.

⁶³² B. MALLET-BRICOUT, « Le propriétaire fiduciaire ? », JCP N, 2010, p. 1073 ; « Fiducie et propriété », in *Liber amoricum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 297-327, n° 28 ; R. DAMMANN, V. ROTARU, art. préc. Le *sukuk* est un titre financier obligataire conforme aux principes de la finance islamique, parmi lesquels on trouve l'interdiction d'exiger des intérêts de la part du débiteur et l'intéressement aux résultats de l'opération. La fiducie-sûreté respecte ces exigences puisqu'elle confère un droit direct du créancier sur les biens fiduciaires et les revenus qu'ils produisent (J. CHARLIN, « Fiducie, *sukuk*, et autres *murabaha* ou *ijara* : A propos de la finance islamique », JCP N, 2009, p. 1270).

⁶³³ A.-S. COURTIER, « La fiducie et le principe d'unité du patrimoine », Gaz. Pal., 2007, n° 46, p. 3.

dernière particularité du droit français est l'interdiction de la fiducie-libéralité, présumée être source de fraude fiscale et successorale.⁶³⁴

95. Fiducie et propriété – La fiducie française est définie à l'article 2011 du Code civil : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. »⁶³⁵ La majorité des auteurs en conclut que la fiducie met en œuvre un transfert de propriété, sur le modèle de la fiducie romaine.⁶³⁶ Il nous semble pourtant que tout pointe vers la solution inverse. Nous allons nous efforcer de démontrer que la fiducie n'est rien d'autre qu'une gestion de biens d'autrui, dans laquelle le constituant est propriétaire et le fiduciaire simple gestionnaire.⁶³⁷

La doctrine majoritaire assimile fiduciaire et propriétaire pour une raison : le fait que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire ». ⁶³⁸ Puisqu'il en a les pouvoirs, le fiduciaire ne peut être que

⁶³⁴ Art. 2013 C. civ. R. DAMMANN, V. ROTARU, art. préc. ; D. LOUIS-CAPORAL, art. préc. ; R. OLLARD, « La fiducie : aspects de droit pénal », RSC, 2009, p. 545.

⁶³⁵ On remarque que la qualité rédactionnelle de cette disposition est critiquable : le texte manque de précision quant à la nature de ce qui est transféré et il distingue les biens, droits et sûretés. Or, les droits sont des biens (ce qui peut être discuté, cf. *infra*, n° 96) et les sûretés sont des droits (ce qui est incontestable).

⁶³⁶ Ex. : C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Économica 1981, n° 276 (mais l'auteur parle d'une fiducie romaine sans création de patrimoine, pas de celle de la loi de 2007) ; B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 249 et s. (l'auteur se fonde sur les thèses du Professeur Zénati pour en déduire que le fiduciaire est propriétaire car il détient l'exclusivité et la disposition des biens, mais là encore, la thèse est antérieure à la loi de 2007) ; M. BOUTEILLE, « La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété », RLDC, 2010, p. 74 ; J. CHARLIN, art. préc. ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « Patrimoine ou patrimoines ? », in J. JULIEN et M. DEBOURS, (dir.), *Les patrimoines affectés*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole 1 et LGDJ-Lextenso, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2013, p. 13-33 ; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2015, n° 163 et s. ; W. DROSS, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Domat, 4^{ème} éd., 2019, n° 112 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 767. Cf. les références citées par B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », art. préc., n° 29 et note 111 (auteurs qui admettent la dissociation de la propriété en plusieurs formes, dont une qualifiée de « fiduciaire »).

⁶³⁷ Comp. art. 1261 C. C. Q. : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. » Le droit québécois adopte une solution claire conforme à la tradition de la *Common law* (M. CANTIN CUMYNN, « Les personnes morales dans le droit privé du Québec », *Les cahiers du droit*, vol. 31, n° 4, 1990, p. 1044). La fiducie italienne n'opère pas de transfert de propriété et s'analyse comme un mandat sans représentation (A. ARSAC, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, n° 63 et s.). Les Pays-Bas reconnaissent les *trusts* constitués à l'étranger mais interdisent la fiducie, préférant le gage sans dépossession et le « *Bewind* » (administration des biens d'autrui sans représentation) (*ibid.*, n° 69 et s.). Pour une analyse du droit allemand : T. RIEHM, « Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés », RLDC, 2010, n° 77.

⁶³⁸ Art. 2023 C. civ. Les auteurs adeptes de la théorie moderne préfèrent se concentrer sur l'exclusivité dont bénéficie le fiduciaire sur les biens transmis. Ce faisant, ils adoptent en réalité une conception romaine de la

propriétaire, d'autant plus que le constituant est lui-même dessaisi de ses prérogatives sur les biens. Cette justification est bien mince, surtout si on la compare avec les arguments inverses. Pour les contredire, les auteurs usent de contorsions complexes et vont jusqu'à accepter la dénaturation de la notion de propriété.⁶³⁹ Au lieu de la relier à l'usage et au bénéfice d'une chose comme elle l'a toujours été, ils la soumettent à un but concret déterminé : la primauté du droit du créancier sur la procédure collective ou l'isolement d'un patrimoine administré par un tiers. « Singulier propriétaire que celui qui doit prendre autant de soin avec la chose que si elle appartenait à autrui ! »⁶⁴⁰ Ces objectifs peuvent être remplis autrement sans altérer la notion fondamentale que représente la propriété, simplement en modifiant l'articulation entre droit des sûretés et procédures collectives ou en encadrant la création d'un patrimoine autonome (comme c'est le cas pour l'EIRL par exemple).⁶⁴¹

Une solution bien plus simple permet d'expliquer la situation : un propriétaire peut n'avoir aucun pouvoir sur ses biens et un gestionnaire peut avoir tous pouvoirs sur les biens d'autrui. Il suffit pour cela d'observer ce qui se passe au sein d'une société avec gérant : les associés perdent leurs pouvoirs sur les biens sociaux en les transmettant au gérant, qui, comme le fiduciaire, est présumé avoir les pouvoirs les plus étendus, et personne n'aurait l'idée de le qualifier de propriétaire.⁶⁴² Par ailleurs, le fiduciaire n'a pas nécessairement les prérogatives d'un propriétaire, puisque c'est le contrat de fiducie qui délimite ses pouvoirs.⁶⁴³ Il peut même prévoir une convention de mise à disposition, par laquelle le constituant conserve la gestion des

fiducie, qui n'est pas celle de la fiducie française. Cf. notamment L. KACZMARECK, « Propriété fiduciaire et droit des intervenants à l'opération », D. 2009, p. 1845, n° 12 : l'exposé de l'auteur aboutit à des contradictions et une acculturation complète de la notion de propriété, réduite à une simple exclusivité (sur quoi ?) et assimilée à un mandat de gestion pour autrui. Il retient lui-même que le transfert de propriété vise simplement « la pleine efficacité (de la fiducie) en tant que sûreté ou technique de gestion ». Il nous semble que la propriété a un rôle essentiel plus important que des simples considérations techniques et ponctuelles : « Pour le dire simplement, la fiducie utilise la propriété comme un moyen, alors que le droit civil la traite constamment comme une fin autour de laquelle s'ordonnent les règles de droit. » (R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, p. 303-324, n° 3).

⁶³⁹ Certains parlent de « propriété obligée ou surveillée » (C. KUHN, « La mission du fiduciaire », Dr. et pat., 2008, n° 171, p. 52 ; P. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, le transfert volontaire des biens*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2013, n° 418), d'autres de « propriété économique » (G. BLANLUET, « Brèves réflexions sur la propriété économique », Dr. et pat., 2001, n° 9), d'autres encore de « propriété finalisée » (C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relatives aux trusts », D. 2007, p. 1369 ; P. CHAUVIRE, « Quel avenir pour la propriété ? », in *L'avenir du droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 63-81 ; F. BARRIERE, « Fiducie, trust et mandat : quelle délimitation ? », RLDC, 2019, n° 168) ou de « propriété pour le compte d'autrui » (F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007, n° 43 ; L. KACZMARECK, art. préc., n° 11), voire de « propriété-pouvoir » (R. OLLARD, art. préc., n° 21).

⁶⁴⁰ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, n° 18, p. 619.

⁶⁴¹ B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », art. préc., n° 4 et 28.

⁶⁴² Cf. *infra*, n° 112.

⁶⁴³ Art. 2018, 6° C. civ.

biens.⁶⁴⁴ Il n'est donc pas naturel que le fiduciaire ait les pouvoirs d'un propriétaire, et par conséquent qu'il le soit.

Tout porte à croire à l'inverse que le constituant est bien propriétaire du patrimoine fiduciaire.⁶⁴⁵ D'abord et avant tout, la gestion du patrimoine fiduciaire doit se faire dans son intérêt. En effet, la fiducie-libéralité étant interdite, le bénéficiaire ne peut être que le constituant ou le fiduciaire (ou le créancier si le fiduciaire est un tiers). Or, dans une fiducie-sûreté, les pouvoirs du fiduciaire sont très encadrés afin qu'il conserve les biens du constituant, dans l'optique où celui-ci paierait sa dette.⁶⁴⁶ Il n'a aucun intérêt à payer s'il n'a pas la garantie de récupérer les biens transférés à titre de garantie. Le fiduciaire doit par conséquent conserver le patrimoine fiduciaire, ce qu'un propriétaire n'aurait pas à faire en temps normal, sauf en protection des intérêts des créanciers.⁶⁴⁷ C'est la raison pour laquelle, malgré sa propriété, le constituant d'une fiducie-sûreté ayant conservé des pouvoirs sur les biens fiduciaires doit tenir compte de l'intérêt de ses créanciers et préserver la substance du patrimoine.⁶⁴⁸ Ainsi, même lorsqu'il est bénéficiaire, le fiduciaire agit toujours dans l'intérêt du constituant.⁶⁴⁹ Si cela est évident dans le cadre d'une fiducie-gestion, c'est également le cas pour la fiducie-sûreté.

⁶⁴⁴ Art. 2018-1 C. civ.

⁶⁴⁵ Dans le même sens : R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil : Livre du bicentenaire*, Paris, Litec, 2004, n° 65 ; « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », Defrénois, 2007, n° 15, p. 1094 et n° 17, p. 1194. Cependant, l'auteur considère que le fiduciaire est titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui, ce qui nous semble faux puisque le droit réel confère une ou plusieurs utilités du bien à son titulaire, or ici, le fiduciaire ne profite que d'une utilité des biens du fait de sa sûreté (s'il en a une), mais ce droit est indépendant de l'opération fiduciaire elle-même. V. aussi F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ., 1993, p. 305 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 242 ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 43 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2008, n° 397 ; M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », RLDC, 2010, n° 77 ; M. NICOLLE, « La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire », D. 2014, p. 2071 (mais distingue la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté) ; B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », art. préc. ; N. PETERKA, « Le pouvoir, prérogative privilégiée d'administration du bien d'autrui... (mandat, représentation, pouvoir) », Dr. et pat., 2015, n° 252 ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244, n° 35.

⁶⁴⁶ Ces restrictions sont en fait les mêmes que dans le cadre d'une fiducie-gestion, puisque ce régime constitue le droit commun de la fiducie.

⁶⁴⁷ Cf. *infra*, n° 152.

⁶⁴⁸ C'est pourquoi il est impossible de laisser le constituant gérer ses biens s'il n'est pas question d'une fiducie-sûreté : les deux finalités de la fiducie sont l'isolement de certains biens pour les réserver à un ou plusieurs créanciers (ce qui ne nécessite pas forcément un transfert de prérogatives), et la gestion par un tiers d'une masse de biens au profit du constituant (ce qui implique nécessairement un transfert de prérogatives). Il serait éventuellement possible pour un constituant de vouloir protéger certains de ses biens en les isolant au sein d'un patrimoine fiduciaire, mais en conservant ses prérogatives dessus. Il serait à la fois bénéficiaire et gestionnaire des biens (le fiduciaire n'ayant dans ce cas aucun rôle à jouer). Cette situation peut être qualifiée de frauduleuse, puisqu'il s'agit d'un détournement de la finalité légale de la fiducie (F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 110).

⁶⁴⁹ Ce qui le différencie du titulaire d'un droit réel comme le quasi-usufructier, parfois confondu avec un fiduciaire (R. LIBCHABER, « Une fiducie française... », art. préc., n° 4).

D'autres éléments du régime viennent corroborer la propriété du constituant. Le fiduciaire est tenu de rendre des comptes au constituant⁶⁵⁰, un organe de contrôle peut être prévu au contrat pour encadrer sa gestion⁶⁵¹, il est responsable des fautes qu'il commet dans sa gestion⁶⁵² et peut être révoqué ou remplacé par le constituant⁶⁵³, il n'a pas le droit d'acquérir un bien fiduciaire (ce qui sous-entend qu'il n'en est pas propriétaire à l'origine)⁶⁵⁴ et fiscalement, le transfert n'a lieu qu'au terme de la fiducie lors de la réalisation de la sûreté s'il y a lieu.⁶⁵⁵ Surtout, le constituant (ou sa succession) a vocation à récupérer le patrimoine fiduciaire au terme de la gestion.⁶⁵⁶ Enfin, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire pour payer ses créanciers, ils peuvent se retourner contre le constituant, démontrant bien qu'il en est le titulaire.⁶⁵⁷

En conclusion, l'affirmation selon laquelle le fiduciaire serait propriétaire du patrimoine ne résiste pas à l'analyse. Ses pouvoirs ne permettent pas de justifier ce statut.⁶⁵⁸ Le constituant, en revanche, revêt toutes les caractéristiques du propriétaire : la gestion est exercée dans son intérêt, il reste subsidiairement tenu du passif fiduciaire et a vocation à récupérer les biens à l'issue de l'opération. La fiducie française doit par conséquent s'analyser comme un transfert de gestion conventionnel envers un fiduciaire, chargé d'administrer les biens dans les limites prévues à l'acte et dans l'intérêt du constituant. La particularité de cette technique est qu'elle implique la création d'un patrimoine autonome géré par un tiers, ce qui en fait un outil de

⁶⁵⁰ Art. 2022 C. civ.

⁶⁵¹ Art. 2017 C. civ.

⁶⁵² Art. 2026 C. civ.

⁶⁵³ Art. 2027 et 2028 C. civ.

⁶⁵⁴ Art. 1596 C. civ. J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, n° 784.

⁶⁵⁵ J.-L. PIERRE, « Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ? », *Dr. et pat.*, 2009, n° 185 ; R. VABRES, « La fiducie-gestion : quelle neutralité fiscale ? », *RLDC*, 2019, n° 168 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 114 et 116.

⁶⁵⁶ Art. 2030 C. civ. Le texte précise « en l'absence de bénéficiaire », ce qui est équivoque puisque le bénéficiaire est le constituant ou, éventuellement, le créancier. Cela signifierait que ce dernier n'est bénéficiaire que si sa créance est restée impayée, ce qui accredité d'autant plus notre thèse. Dans le même sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 29.

⁶⁵⁷ Art. 2025 C. civ. L'acte peut prévoir par exception l'obligation au passif du fiduciaire, mais il s'agit ici d'une garantie conventionnelle permettant au fiduciaire de se substituer au constituant : le fiduciaire peut « devenir caution de sa propre activité juridique. » (C. KUHN, art. préc.). Cf. *infra*, n° 356.

⁶⁵⁸ « Le droit de propriété doit être clairement distingué du droit d'administrer le patrimoine. » B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », art. préc., n° 27.

gestion intéressant.⁶⁵⁹ En tant qu'instrument de garantie, son efficacité est plus contestable, et dépend essentiellement de la facilité pour le créancier à réaliser sa sûreté.⁶⁶⁰

Il y a ainsi une différence de nature fondamentale entre la fiducie romaine et ses dérivés contemporains et la fiducie française. Les premiers opèrent un véritable transfert de propriété en contrepartie d'une obligation de restitution, et ne sont pas à ce titre des situations de gestion des biens d'autrui, et la seconde implique la création d'un patrimoine d'affectation géré au profit du constituant, ce qui en fait au contraire une situation de gestion des biens d'autrui.⁶⁶¹ Cette démonstration prouve que la propriété ne peut pas être exercée dans l'intérêt d'un tiers et ne peut être qualifiée de fondement à la gestion des biens d'autrui.

B) Les droits sur la chose d'autrui

Les prérogatives de gestion seraient également fondées sur l'existence d'un droit sur la chose d'autrui, justifiant qu'une personne puisse agir sur les biens appartenant à une autre.⁶⁶² Il nous semble pourtant que ce constat est faux. S'il est possible qu'une personne ait un droit sur une chose dont elle n'est pas propriétaire et qu'elle ait des prérogatives de gestion sur ce bien, ces deux situations ne sont pas nécessairement corrélées. Pour le comprendre, il convient d'analyser la nature des droits sur la chose d'autrui (i) avant de s'intéresser aux prérogatives que ces droits confèrent (ii).

i. La nature des droits sur la chose d'autrui

96. Appropriation des droits subjectifs – Les droits sur la chose d'autrui sont des droits subjectifs, dans la mesure où ils impliquent une relation entre deux personnes relativement à l'usage d'un bien. Nous avons déjà évoqué le fait que les droits subjectifs sont des relations interpersonnelles qui se distinguent de la propriété, rapport juridique entre une

⁶⁵⁹ T. FOSSIER, « L'administration légale à l'épreuve de la pratique », in *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1990, p. 87-100 ; J. LEPROVAUX, art. préc. ; L. CHAMBAZ, art. préc. ; S. SCHILLER (dir.), Dossier « Les utilisations pratiques de la fiducie-gestion », *Dr. et pat.*, 2012, n° 212 ; F. JULIENNE, « La fiducie, une technique d'avenir pour gérer le patrimoine des personnes protégées ? », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 205-215.

⁶⁶⁰ P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354 ; M. GRIMALDI, R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670.

⁶⁶¹ Dans le même sens, P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 130.

⁶⁶² B. BALIVET, « L'émergence de l'usufruit en tant que mode d'administration autonome du bien d'autrui », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

personne et une chose.⁶⁶³ La littérature autour de cette notion est pléthorique.⁶⁶⁴ Malgré son statut fondateur dans la doctrine⁶⁶⁵, jusqu'à le qualifier « d'atome juridique »⁶⁶⁶, la définition du droit subjectif reste difficile à appréhender.⁶⁶⁷ Le droit subjectif est un lien de droit entre deux personnes, auquel sont associées des obligations de l'une envers l'autre, ce qui confère au créancier des prérogatives envers le débiteur.

La question de son appropriation ne fait pas consensus. La plupart des auteurs ne contestent pas sa qualification de bien⁶⁶⁸, mais certains s'y opposent.⁶⁶⁹ Ceux qui l'admettent se contentent généralement de rappeler qu'une créance est transmissible, par conséquent, elle a une valeur d'échange et doit donc être qualifiée de bien.⁶⁷⁰ Nous préférons nous placer dans la

⁶⁶³ Cf. *supra*, n° 68. V. aussi, pour une présentation rapide, T. REVET, « Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit », RTD civ., 2008, p. 512.

⁶⁶⁴ J. DABIN, *op. cit.* ; P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques des droits subjectifs », APD, 1964, p. 83-95 ; G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », RTD civ., 1966, p. 216-235 ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 1978 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2012. Pour une approche historique : M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », RHDFE, 1946, p. 201-228 ; « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », APD, 1964, p. 97-127 ; B. WINIGER, « La personne individuelle, porteuse de devoirs et de pouvoirs dans la conception jusnaturaliste », in B. SCHIMDLIN (dir.), *Personne, société, nature : La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg, coll. Enseignement du 3^{ème} cycle de droit 1994, 1996, p. 15-28.

⁶⁶⁵ « Sur le terrain de la technique juridique, il est impossible de nier l'existence du droit subjectif sans faire tomber tout l'édifice actuel du droit privé. » P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », art. préc., p. 66.

⁶⁶⁶ O. IONESCU, *op. cit.*, p. 239.

⁶⁶⁷ Certains ont même douté de son existence, cf. notamment L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Felix Alcan, 2^{ème} éd., 1912, p. 147 et s.

⁶⁶⁸ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, n° 63 et s. ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, n° 1017 ; F. ZENATI-CASTAINGS, T. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 3 ; F. PLANCKEEL, « La combinaison de l'usufruit et du bail », RTD civ., 2009, p. 639 ; J. FRANCOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, n° 48, p. 180 ; J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens*, t. 2, Paris, PUF, coll. Quadriges, 2^{ème} éd., 2017, n° 707 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 12 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 53 ; C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2019, n° 8 (mais ils assimilent cette appropriation à une commodité de langage, les droits réels ne pouvant selon eux ne porter que sur des choses corporelles, *ibid.*, n° 26) ; H. PERINET-MARQUET (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant*, version finale du 15 mai 2009 (art. 520).

⁶⁶⁹ J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », RTD civ., 1962, p. 20 ; F. TERRE, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, 1985, p. 33-49 ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 488 et s. ; « Une approche structurale de la propriété », RTD civ., 2012, p. 419, spéc. n° 23 ; A. SERIAUX, Rép. civ. Dalloz, « Propriété », 2021, n° 36. L'opposition à l'appropriation des créances est justifiée par la qualification de droit subjectif appliquée à la propriété. Par conséquent, avoir un droit subjectif (la propriété) sur un autre droit subjectif (la créance) a effectivement peu de sens. Cf. *supra* n° 66 sur ce sujet. Pour une approche comparatiste, cf. C. KRAMPE, « Obligation comme bien : Droit français et allemand », APD, 2000, p. 205-215. Sur les actions en justice, qu'il n'est pas nécessaire d'évoquer ici, cf. H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », APD, 1964, p. 215.

⁶⁷⁰ Cf. les critiques apportées par J. FRANCOIS, art. préc., n° 31 et s. Nous nous opposons cependant à ses conclusions, qui aboutissent à réifier l'utilité en tant que telle, considérant que le droit subjectif est un mode d'appropriation d'une utilité particulière ou d'une prestation (l'auteur parle « d'appropriation partielle » et de « propriétaire en puissance », *ibid.*, n° 22). Dans le même sens que l'auteur précédent, D. MELEDO-BRIAND, « Les multiples utilités économiques des biens : Approche de la propriété simultanée », in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 467-482 ; R. BOFFA, « La nature juridique du droit de jouissance

continuité du courant initié par Ginossar.⁶⁷¹ Selon ces auteurs, la propriété n'est pas un droit réel comme les autres mais un lien d'appartenance entre un sujet et un objet se matérialisant par le pouvoir d'exclure toute personne de l'accès aux utilités de cet objet. Dès lors, il n'est pas impossible que le droit subjectif, en tant qu'ensemble de prérogatives dévolues à une personne particulière envers une autre, puisse faire l'objet d'une telle appartenance.

97. Transfert d'utilités – Les droits sur la chose d'autrui sont par conséquent assimilables à des transferts d'utilités. Le titulaire du droit se voit attribuer la faculté d'user du bien en question dans les limites prévues par son droit. Exercer son droit revient à user d'un bien dont il est propriétaire (son droit) en usant du bien dont un autre est propriétaire. Cette possibilité n'est permise que grâce à l'abstraction que représente le droit subjectif, qui permet de conserver une conception matérielle de la propriété tout en admettant qu'un transfert d'utilité puisse avoir lieu envers un tiers.⁶⁷²

La nature de ce droit dépend alors des utilités transférées, qui elles-mêmes dépendent de la nature du bien. On distingue en principe les droits réels des droits personnels : les premiers seraient des droits directs sur la chose et les seconds des droits indirects, s'exerçant par l'intermédiaire du débiteur. Cette distinction est toutefois à relativiser.⁶⁷³ Des auteurs ont déjà démontré la nature obligationnelle de la relation du propriétaire et du titulaire d'un droit réel.⁶⁷⁴ La relation entre bailleur et locataire notamment est souvent difficilement qualifiée de

exclusive sur les parties communes », LPA, 10/11/2010, n° 224, p. 3 ; R. LIBCHABER, « Biens », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 67 ; A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens : Histoire de l'immeuble corporel », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3èmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1991, p. 3. Une telle solution revient en réalité à exclure la notion de créance pour lui substituer celle de propriété en lui donnant des atours qu'elle n'est pas censée supporter, alors que les deux peuvent être complémentaires puisque la propriété est un lien d'appropriation et le droit un ensemble de prérogatives.

⁶⁷¹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, p. 32 et s. ; « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD civ., 1962, p. 573-589 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 14 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 3. Cf. *supra*, n° 67.

⁶⁷² Cf. *supra* n° 57. V. F. PLANCKEEL, art. préc.

⁶⁷³ V. récemment Cass. Civ. 3^{ème}, 25/06/2020, n° 19-10057 ; RTD civ. 2020. 662, obs. W. DROSS : « le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut, en quelque qualité que ce soit, rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. » Cet arrêt tend à reconnaître l'existence d'une obligation qui lie personnellement le propriétaire du fonds servant, indépendamment de son usage du bien qui constitue ce dernier, mais également dans l'usage de ses autres biens.

⁶⁷⁴ Il s'agit du courant moderne présenté *supra*, n° 67. Un auteur les définit comme des « prérogatives sur des choses appropriées par un autre, en vertu desquelles le propriétaire doit respecter une ou plusieurs utilités qui lui ont été concédées. De telle sorte que propriétaire et titulaire du droit se retrouvent sujets passif et actif d'un même droit, dont l'objet permet au titulaire de jouir des utilités de la chose, ce que le propriétaire est contraint à subir. » R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 52.

personnelle en raison de sa transmissibilité au nouveau propriétaire.⁶⁷⁵ La distinction entre les droits réels et les droits personnels porte essentiellement sur la détermination du débiteur. Le droit réel donne des prérogatives envers une personne du fait de sa qualité de propriétaire d'un bien⁶⁷⁶ alors que le droit personnel donne des prérogatives envers une personne identifiée.⁶⁷⁷ Le droit subjectif est ainsi un bien comme un autre, présentant certaines utilités et pouvant faire l'objet d'actes juridiques comme le démembrement ou la cession.⁶⁷⁸ Il est la manifestation juridique des utilités dont bénéficie son titulaire.⁶⁷⁹ Il y a donc tout lieu de penser que, fondamentalement, les droits sur la chose d'autrui sont tous de même nature. Simplement, ceux qui sont qualifiés de personnels (droit du preneur à bail, droit de l'emprunteur) comportent un débiteur déterminé et sont fondés sur un contrat.⁶⁸⁰

Concernant les droits réels, on en dénombre deux sortes. Les droits réels principaux portent sur n'importe quelle utilité de la chose autre que sa valeur d'échange. La doctrine classique tend à considérer qu'ils sont limités aux seuls droits prévus par le Code civil : l'usufruit (et son corollaire, la nue-propriété), le droit d'usage et d'habitation et la servitude.⁶⁸¹ Ils seraient également nécessairement limités dans le temps.⁶⁸² L'explication qui est donnée à

⁶⁷⁵ Sur ce sujet, cf. TROPLONG, *Le droit civil expliqué, Du contrat de louage*, Paris, Charles Hingray, 1835 à 1846, n° 4 et s. ; J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 62 (l'auteur fait la même remarque pour le prêt et le dépôt) ; A.-V. LE FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », RTD civ. 2004, p. 429 ; F. PLANCKEEL, art. préc. ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 144 et s. (qui s'oppose à la qualification de droit réel).

⁶⁷⁶ Ce qui inclut les mal nommés « démembrements de la propriété », les droits réels accessoires et certains statuts conférés par des contrats spécifiques (droit de superficie, bail emphytéotique...).

⁶⁷⁷ C'est la raison pour laquelle le droit réel est utilisé en priorité pour donner accès à certaines utilités d'un bien et le droit personnel a pour objet une prestation. Mais le droit personnel peut servir de technique au transfert d'utilités : c'est le cas du bail ou du prêt à usage. La protection du créancier sera cependant moins efficace.

⁶⁷⁸ Art. 1321 et s. C. civ. (cession de créance) ; art. 2355 et s. C. civ. (nantissement de créance). R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », RTD civ., 1997, p. 615 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 794.

⁶⁷⁹ A la différence des autres biens incorporels, les droits subjectifs n'existent que dans le monde juridique, ils ne sont donc pas le reflet d'une réalité en droit. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 46 et s. Cf. *infra*, n° 130.

⁶⁸⁰ Certains parlent d'un « statut réel » pour expliquer que le débiteur d'une obligation puisse l'être en vertu de sa qualité et non en vertu de sa personne (C. ATIAS, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, Poitiers, thèse de doctorat, 1974, n° 192-194 ; F. PLANCKEEL, art. préc., n° 16). Pour une proposition de distinction entre droits attachés à la personne et droits détachés de la personne, indépendamment de leur nature réelle ou personnelle : F. JULIENNE, « La dualité des droits de jouissance des biens », Dr. et pat., 2017, n° 273.

⁶⁸¹ L. PFISTER, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^{ème} siècle », RDC, 2013, p. 1261. On y associe généralement d'autres droits comme l'emphytéose et le droit de superficie. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 928 et s.

⁶⁸² R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 55 ; « La durée de l'usufruit », *in* *L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018 ; B. KAN-BALIVET, « La nature juridique du droit de jouissance exclusive sur les parties communes », Defrénois, 2008, n° 16, p. 1765. Certains voient dans l'usufruit une « propriété temporaire » (P. KOURALEVA, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », LPA, 19/06/2009, n° 122, p. 6 ; W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », art. préc., n° 17 ; J. AULAGNIER, « Le démembrement de propriété : 20 ans d'évolution », Dr et pat., 2008, n°

l'existence de ces restrictions est la crainte lors de la rédaction du Code civil de voir réapparaître les anciens droits féodaux perpétuels sous couvert de création contractuelle de droits réels.⁶⁸³ Or, le risque de cette réapparition est aujourd'hui assez faible, il n'y a donc plus vraiment de raisons à ces limitations.⁶⁸⁴ C'est pourquoi la Cour de cassation modifie sa jurisprudence et admet désormais la possibilité de création de nouveaux droits réels de jouissance spéciale⁶⁸⁵, dont certains sont perpétuels.⁶⁸⁶ Il est donc possible de transférer n'importe quelle utilité d'un bien à un tiers et selon n'importe quelles modalités.⁶⁸⁷

Les droits réels accessoires tirent leur nom du fait que leur existence dépend d'une créance. Il s'agit en réalité de sûretés réelles. Ils consistent en l'affectation d'un bien au

167 ; « La dimension économique de l'usufruit... et de la nue-propriété », in *L'usufruit, op. cit.*). Sur ce sujet, v. L. PFISTER, art. préc.

⁶⁸³ L. PFISTER, art. préc.

⁶⁸⁴ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 52 ; G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? », RTD civ., 2013, p. 741, n° 11 ; W. DROSS, « L'ordre public permet-il de créer un droit réel perpétuel ? », RTD civ., 2013, p. 141.

⁶⁸⁵ V. le célèbre arrêt *Maison de la Poésie* (Cass. Civ. 3^e, 31/10/2012, n° 11-16.304, Bull. civ. III, n° 84 ; D. 2013. 53, obs. A. TADROS, note L. D'AVOUT et B. MALLETT-BRICOUT ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. BERGEL ; JCP G 2012. 2352 note F.-X. TESTU ; RDI 2013. 80, note J.-L. BERGEL ; RLDC 01/02/2013. 7, note J. DUBARRY et M. JULIENNE ; LPA 16/01/2013, note F.-X. AGOSTINI ; Defrénois, 2013. 12, note L. TRANCHANT) et ses suites (Cass. Civ. 3^e, 28/01/2015, n° 14-10013, *ERDF*, Bull. civ. III, n° 13 ; D. 2015. 599, note B. MALLETT-BRICOUT ; *ibid.* 988, chron. A.-L. MEANO, A.-L. COLLOMP, V. GEORGET et V. GUILLAUDIER ; AJDI 2015. 304, obs. N. LE RUDULIER ; RDI 2015. 175, obs. J.-L. BERGEL ; JCP N 2015, 1083, note M. JULIENNE et J. DUBARRY ; JCP 2015. 244, obs. S. MILLEVILLE, p. 413, rapp. M.-T. FEYDEAU ; p. 415, cl. B. STURLESE ; p. 417, note T. REVET et p. 901, obs. H. PERINET-MARQUET ; LPA 03/03/2015, p. 11, note J.-F. BARBIERI ; Defrénois 2015. 419, note L. ANDREU et N. THOMASSIN ; RTDI 2015. 50, obs. V. PEZZELLA ; Ann. loyers 2015. 95 obs. V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; Cass. Civ. 3^e, 08/09/2016, n° 14-26953, *Maison de la Poésie 2* ; D. 2017. 134, note L. D'AVOUT et B. MALLETT-BRICOUT ; 2016. 2237, chron. A.-L. MEANO ; 2017. 375, obs. M. MEKKI, et 1789, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; RDI 2016. 598, obs. J.-L. BERGEL ; RTD civ. 2016. 894, obs. W. DROSS ; JCP G 2016, n° 1172, note J. LAURENT ; JCP N 2016, n° 1294, note J. DUBARRY et V. STREIFF ; Defrénois 2016. 1119, note H. PERINET-MARQUET ; RDC 2017. 60, note R. BOFFA, et 123, note F. DANOS ; Cass. Civ. 3^e, 07/06/2018, n° 17-17240 ; D. 2018. 1577, note F. MASSON, et 1772, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; RDI 2018. 448, obs. J.-L. BERGEL ; RTD civ. 2018. 712, obs. W. DROSS ; JCP G 2018. 892, rapp. L. JARIEL). Sur ce sujet : F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 865 ; G. LARDEUX, art. préc. ; J. FRANCOIS, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », D. 2019, p. 1660. L'Avant-projet de réforme du droit des biens propose de les introduire au sein du Code civil (art. 608 et s.). V. J.-L. BERGEL, « Faire de l'usufruit un outil de gestion », Dr. et pat., 2008, n° 176.

⁶⁸⁶ Concernant plus particulièrement les droits réels de jouissance exclusive sur les parties communes, qualifiés de « droits réels perpétuels » : Cass. Civ. 3^e, 04/03/1992 ; D. 1992, p. 386 ; Defrénois 1992, art. 35349, n° 107, obs. H. SOULEAU ; Cass. Civ. 3^e, 24/10/2007 ; Defrénois, 2007, n° 20, Dépêches, n° 92 ; JCP N, 2007, n° 50, 1328, comm. B. STEMMER. R. BOFFA, art. préc. (qui y voit une forme de propriété d'une utilité particulière) ; F. MASSON, « Liberté de créer des droits réels *sui generis* perpétuels : la promesse de l'aube ? », D. 2018, p. 1577 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété », D. 2020, p. 1689. Pour une critique de ces droits réels perpétuels, cf. B. KANBALIVET, « La nature juridique... », art. préc., n° 30 et s.

⁶⁸⁷ Nous avons déjà évoqué le fait que la perpétuité n'est pas un critère de la propriété mais seulement un de ses effets (*supra*, n° 69). Il n'est pas impossible que certains droits réels partagent cet effet, sans devoir être requalifiés en propriétés. La différence fondamentale entre propriété et droits réels est que la première permet l'accès à toutes les utilités de la chose alors que les seconds ne donnent droit au bénéficiaire que de certaines utilités spécifiques. La question de leur régime (extinction par le non-usage, possibilité d'usucapion, droit de disposer du droit...) dépend de chacun de ces droits et de leur intérêt pratique, il ne nous appartient pas d'en discuter ici. V. C. DROUILLER, « Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public », AJ contrat, 2019, p. 170.

paiement privilégié d'un créancier en cas d'inexécution du débiteur.⁶⁸⁸ La plupart des auteurs s'accordent pour dire que la sûreté réelle confère un droit sur la valeur du bien et non sur le bien lui-même. C'est vrai, mais il convient d'être plus précis. La sûreté réelle repose sur un transfert d'utilité, comme tout droit réel, mais l'utilité en question est attachée à la valeur d'échange du bien.⁶⁸⁹ Nous avons déjà expliqué en quoi la valeur d'échange d'un bien était source d'utilités.⁶⁹⁰ Lorsque le bien en question est grevé d'une sûreté, c'est le créancier qui en bénéficie, mais pas immédiatement. En effet, il n'a qu'un droit potentiel sur le bien, qui dépend de l'inexécution du débiteur. Cela suffit cependant à restreindre les prérogatives du propriétaire, et le créancier peut en exercer certaines.⁶⁹¹ Il n'a toutefois accès qu'à cette valeur d'échange, et ne peut user du bien autrement qu'en le saisissant pour se le faire attribuer ou se payer sur le prix de vente.⁶⁹² Son droit lui donne également la possibilité de gérer le bien afin de s'assurer de la préservation de sa valeur, de la même manière qu'un propriétaire peut exercer une action pour protéger sa propriété.⁶⁹³

ii. *Les prérogatives du titulaire d'un droit sur la chose d'autrui*

98. Exercice du droit – Le droit sur la chose d'autrui est un droit subjectif, et donc un bien. A ce titre, il représente un ensemble d'utilités dont bénéficie son titulaire. L'exercice du droit s'assimile alors à l'exercice de sa propriété, et se confond avec l'usage qu'il fait des prérogatives dont il dispose sur le bien. Ainsi, l'usufruitier qui vit dans le logement objet de l'usufruit exerce son droit en bénéficiant des utilités qu'il représente. Le titulaire d'une servitude de passage exerce son droit en usant de l'accès qui lui est dédié. Lorsqu'il exerce son droit, le titulaire d'un droit subjectif le fait dans son intérêt propre et pas dans celui du propriétaire du bien. Il est alors impossible de parler de gestion des biens d'autrui dans ce cadre,

⁶⁸⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, n° 710 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 353.

⁶⁸⁹ W. DROSS, *op. cit.*, n° 120 et s.

⁶⁹⁰ Cf. *supra* n° 34.

⁶⁹¹ Le créancier peut parfois se payer directement sur les fruits produits par le bien (ex. : art. 2345 C. civ. pour le gage mobilier, art. 2389 al. 1 C. civ. pour le gage immobilier).

⁶⁹² M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, n° 710.

⁶⁹³ En matière de gage, le créancier peut ainsi accomplir des actes conservatoires s'il a la possession du bien et se faire rembourser les dépenses utiles ou nécessaires réalisées (art. 2343 C. civ.) et sanctionner le constituant s'il ne respecte pas son obligation de conservation lorsque le gage est sans dépossession (art. 2344 al. 2 C. civ.).

puisque'il n'est pas question de gestion mais de propriété. Le titulaire du droit est dans la même situation qu'un propriétaire puisque'il est lui-même propriétaire de son droit.⁶⁹⁴

La nature du bien objet du droit peut cependant avoir une influence sur son exercice, ce qui crée une confusion au sein de la doctrine autour de l'usufruit de biens consommables, ou quasi-usufruit.⁶⁹⁵ Un bien consommable implique une destruction au premier usage. La doctrine y voit un acte de disposition, et en a par conséquent déduit que le quasi-usufruit impliquait nécessairement un transfert de propriété envers l'usufruitier, se fondant sur l'idée classique que seul le propriétaire peut disposer d'un bien.⁶⁹⁶ Or, nous avons déjà démontré que pouvoirs de gestion et propriété sont deux choses différentes, et qu'un gestionnaire peut avoir tous pouvoirs sur un bien sans en être propriétaire.⁶⁹⁷ Le quasi-usufruitier n'est pas propriétaire des choses dont il a l'usage, mais cet usage lui permet de les consommer et donc de les détruire sans porter atteinte au droit du nu-propriétaire.⁶⁹⁸ Il doit cependant en conserver la valeur, car celle-ci ne lui a pas été transférée.⁶⁹⁹ En effet, l'usufruit reste un droit réel principal, ce qui implique que le propriétaire conserve la valeur d'échange du bien.⁷⁰⁰ Cela a une conséquence sur la gestion.

99. Gestion et droit sur la chose d'autrui – Il peut arriver que le titulaire du droit sur la chose d'autrui exerce des actes de gestion. Rappelons que l'acte de gestion est celui qui a pour finalité de permettre l'usage du bien.⁷⁰¹ Il faut dans ce cas distinguer deux types d'actes, qui ont en réalité deux objets différents. L'acte peut avoir pour objet le droit subjectif et les utilités qu'il représente. Il est alors réalisé dans l'intérêt du propriétaire du droit subjectif et vise à permettre son exercice. C'est par exemple le cas de la publication d'une hypothèque, ou de

⁶⁹⁴ Art. 578 C. civ. : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, *comme le propriétaire lui-même (...)* » (Nous soulignons.) Cf. *supra*, n° 96. *Contra*, B. BALIVET, art. préc. L'auteur considère que l'usage de l'usufruitier reste contraint par la destination du bien, alors que celui du propriétaire est libre. Ce n'est pas tout à fait vrai : l'usage du propriétaire est également limité par la destination du bien, mais en principe, c'est lui qui la détermine. Il peut cependant arriver que ce ne soit pas le cas, comme pour les parties privatives d'une copropriété par exemple. Cf. *infra*, n° 164.

⁶⁹⁵ Art. 587 C. civ. J.-M. PLAZY, « Le quasi-usufruit », in *L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018.

⁶⁹⁶ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit... », art. préc. V. par ex. B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, *op. cit.*, n° 227 ; R. HAMOU, art. préc. Cf. *supra* n° 61 sur la doctrine classique de la propriété.

⁶⁹⁷ Cf. *supra*, n° 75.

⁶⁹⁸ B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse de doctorat, droit, Paris-Sud XI, 1999.

⁶⁹⁹ F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit... », art. préc.

⁷⁰⁰ Cf. *supra*, n° 97. Dans le même sens, P. MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Âge et dans le droit français*, thèse de doctorat, Dijon, 1933 (cité par P. KOURALEVA, art. préc.).

⁷⁰¹ Cf. *supra*, n° 75.

l'action d'un locataire pour exiger la réalisation de certains travaux sur le bien qu'il loue. L'acte peut également avoir pour objet le bien lui-même, et doit dans ce cas être réalisé dans l'intérêt du propriétaire du bien. C'est ce que certains auteurs nomment les « obligations réelles » ou « *propter rem* ». ⁷⁰² Le titulaire du droit est alors contraint de réaliser de tels actes, sous peine d'être sanctionné. Indirectement, il en retire un bénéfice, dans la mesure où la réalisation de ces actes de gestion permet la sauvegarde du bien et donc son usage par lui et par le propriétaire. ⁷⁰³ Mais alors qu'il peut ne pas user de son droit et en disposer ⁷⁰⁴, il est contraint de viser la conservation du bien dans l'intérêt du propriétaire. ⁷⁰⁵ De telles obligations se retrouvent dans plusieurs régimes. Le locataire est tenu des réparations locatives ⁷⁰⁶, l'usufruitier des réparations d'entretien ⁷⁰⁷, l'emprunteur d'une obligation de conservation ⁷⁰⁸, tout comme le créancier gagiste. ⁷⁰⁹

Dans le cadre de l'usufruit, le titulaire du droit est obligé de conserver la substance de la chose. ⁷¹⁰ Or, cette substance dépend de la valeur que le propriétaire lui attribue. ⁷¹¹ Cette valeur va elle-même varier selon la nature du bien en question. S'il s'agit d'un bien consommable, ce sera nécessairement sa valeur d'échange, puisque le propriétaire sait qu'en transmettant l'usage du bien, celui-ci sera détruit. De même, si le bien est fongible ⁷¹², cela

⁷⁰² Sur cette notion, cf. F. ZENATI, « Nature juridique de la mitoyenneté », RTD civ., 1990, p. 686 ; P. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, p. 252 et s. ; N. REBOUL-MAUPIN, B. GRIMONPREZ, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », D. 2016, p. 2074 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 773 et les références citées ; F. ROUVIERE, « Servitudes – Obligations réelles », J.-Cl. Civil Code, 2021 ; W. DROSS, « Entre servitude réelle et obligation personnelle : quelle place pour l'obligation *propter rem* ? », RTD civ., 2020, p. 149.

⁷⁰³ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 216 ; B. BALIVET, art. préc. L'auteur considère que l'usufruitier agit dans son propre intérêt mais que ce dernier converge avec celui du propriétaire.

⁷⁰⁴ Au sens de l'aliéner, juridiquement ou matériellement.

⁷⁰⁵ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 225.

⁷⁰⁶ Art. 1720 et 1754 C. civ. Les textes du Code civil constituent le droit commun de tous les contrats de bail ou de crédit-bail, et tous comportent une obligation semblable.

⁷⁰⁷ Art. 605 C. civ.

⁷⁰⁸ Art. 1880 C. civ.

⁷⁰⁹ Art. 2344 al. 1 C. civ.

⁷¹⁰ Art. 578 C. civ. Sur la notion de substance, cf. E. TREPPOZ, « La substance dans le Code civil », RRJ, 2006-3, p. 1275-1297.

⁷¹¹ E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », RTD civ., 1995, p. 479 (qui assimile substance et destination). Cf. *infra*, n° 161 sur la notion de destination.

⁷¹² Rappelons que la fongibilité, à la différence de la consommabilité, n'est pas une qualité attachée au bien mais est un rapport entre plusieurs biens interchangeable entre eux, déterminé socialement. C'est par exemple le cas des valeurs mobilières, qui ne sont pas consommables et ne font donc pas l'objet d'un quasi-usufruit (Cass. Civ. 1^{ère}, 04/04/1991, n° 89-17351 ; Bull. civ. I, n° 129 ; Rev. soc. 1991. 737, note P. DIDIER) mais peuvent être remplacées du fait de leur fongibilité (Cass. Civ. 1^{ère}, 12/11/1998, *Baylet*, n° 96-18041, Bull. civ. I, n° 315 ; GAJC, 12^e éd., n° 77 ; D. 1999. 167 ; D. 1999. 633, note D. FIORINA ; RTD civ., 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; RTD com., 1999, p. 459, obs. M. STORCK ; JCP N 1999. 351, note H. HOVASSE). E. DOCKES, art. préc. ; F. LEDUC, art. préc. ; M. GRIMALDI, « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », LPA, 23/07/1999, n° 146, p. 4 ; M. STORCK, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », in *Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 695- 707 ; F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit... », art. préc. Cf. *infra*, n° 328.

signifie que le propriétaire n'est pas attaché à la nature du bien mais à sa valeur d'échange. Dans ces situations, l'usufruitier doit conserver la valeur d'échange du bien et sera donc tenu de le remplacer.⁷¹³

La réalisation de ces actes démontre bien l'existence d'une gestion des biens d'autrui, qui se réalise sans représentation (puisque le titulaire du droit est tenu au stade de l'obligation et de la contribution à la dette).⁷¹⁴ Mais peut-on dire que c'est l'existence du droit subjectif qui est à l'origine de la situation de gestion des biens d'autrui ? Pour infirmer cette hypothèse, il convient de s'intéresser à deux cas : la sûreté réelle sans dépossession et la gestion d'affaires.

100. Sûreté réelle sans dépossession – Les sûretés réelles sans dépossession impliquent l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui mais aucune obligation de gérer à la charge du créancier.⁷¹⁵ Le régime de l'hypothèque, par exemple, ne mentionne à aucun moment la possibilité pour le créancier de réaliser un acte de gestion qui aurait pour objet le bien lui-même et non les utilités dont il dispose sur celui-ci. Par comparaison, le créancier d'un gage immobilier (sûreté immobilière avec dépossession) est tenu de conserver et d'entretenir l'immeuble sous peine de déchéance de son droit, cette obligation disparaissant s'il restitue le bien au débiteur.⁷¹⁶ Il peut également louer le bien sans en perdre la possession et en percevoir les fruits.⁷¹⁷

Nous pouvons déduire de ces constatations que la faculté et l'obligation de gérer le bien grevé ne sont pas fondées sur l'existence du droit subjectif, mais sur la détention du bien.⁷¹⁸ Le droit sur la chose d'autrui ne confère *a priori* aucun pouvoir de gestion sur le bien qui en est l'objet, c'est simplement si certaines circonstances sont réunies qu'une situation de gestion des biens d'autrui va apparaître.

101. Gestion d'affaires – Pour terminer cette démonstration, il convient d'aborder la gestion d'affaires, régime dans lequel le gestionnaire n'a ni pouvoir, ni droit subjectif sur le

⁷¹³ B. LOTTI, *op. cit.* ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 492 et s. V. l'article 2369 C. civ. pour la clause de réserve de propriété portant sur un bien fongible.

⁷¹⁴ B. BALIVET, art. préc. Cf. *infra*, n° 341.

⁷¹⁵ Art. 2458 et s. C. civ. Le constituant reste seul gestionnaire de son bien. M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, n° 1162-1164.

⁷¹⁶ Art. 2389 al. 2 C. civ.

⁷¹⁷ Art. 2389 al. 1 et 2390 C. civ.

⁷¹⁸ Dans le même sens, B. BALIVET, *op. cit.*, n° 305. Le même raisonnement s'applique au gage mobilier : s'il est avec dépossession, l'obligation de conservation pèse sur le créancier gagiste, et s'il est sans dépossession, elle pèse sur le débiteur (art. 2344 C. civ.).

bien qu'il gère, et qui constitue pourtant une situation de gestion des biens d'autrui.⁷¹⁹ La gestion d'affaires apparaît par le simple fait que les actes réalisés ont été utiles pour le propriétaire du bien.⁷²⁰ *A priori*, le gérant ne dispose d'aucun titre juridique lui permettant d'agir, et il est pourtant tenu de le faire dans l'intérêt du propriétaire.⁷²¹ Les partisans de la théorie du pouvoir estiment parfois que le gérant d'affaires est titulaire d'un pouvoir d'agir, conditionné par l'utilité de l'acte réalisé.⁷²² Or, M. Didier a démontré que le pouvoir ne pouvait fonder la gestion d'affaires, sinon cela reviendrait à admettre que toute personne est *a priori* titulaire d'un pouvoir d'agir sur les biens de n'importe qui.⁷²³ Il est impossible de justifier cette situation en recourant aux notions de pouvoir ou de droit subjectif. Il convient par conséquent d'admettre que le transfert de gestion trouve sa source ailleurs que dans le titre juridique dont dispose le gestionnaire.⁷²⁴

Finalement, les fondements classiquement invoqués pour justifier l'existence de situations de gestion des biens d'autrui ne sont pas pertinents. Le pouvoir est un concept à la fois trop restreint et trop imprécis pour être utilisé comme fondement. La propriété est antinomique avec la gestion des biens d'autrui, et les mécanismes fiduciaires qui sont parfois évoqués sont en réalité soit de véritables propriétés gérées dans l'intérêt de leur titulaire, soit de véritables situations de gestion des biens d'autrui gérées par un tiers. Enfin, les droits sur la chose d'autrui ne confèrent *a priori* aucune prérogative de gestion, elles sont en réalité issues d'un autre fondement.

§ 2 : Le fondement à retenir

102. Démarche méthodologique – Le fondement du transfert de gestion ne peut pas se résumer à une cause juridique unique. La gestion des biens d'autrui recouvre un tel éventail de possibilités qu'il serait absurde de rechercher un fondement spécifique. Juridiquement, il n'y

⁷¹⁹ Art. 1301 et s. C. civ.

⁷²⁰ Cf. *infra*, n° 255.

⁷²¹ Art. 1301-1 C. civ.

⁷²² M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 120 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 137.

⁷²³ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 100. Dans le même sens, E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 332. Les textes sont par ailleurs très clairs : il y a gestion d'affaires « à défaut de pouvoir » (art. 219 al. 2 C. civ., art. 815-4 al. 2 C. civ.).

⁷²⁴ Mme Balivet adopte finalement une solution proche de la nôtre puisqu'elle admet que le fondement de la gestion d'affaires se trouve dans l'habilitation légale donnée au gérant (*op. cit.*, n° 168 ; cf. *infra*, n° 108 et s.). Elle considère cependant que cette habilitation crée un pouvoir, alors qu'il nous paraît inutile de devoir recourir à cette notion.

a pas de point commun entre les qualités de mandataire, de gérant d'affaires, de fiduciaire et d'usufruitier, mis à part qu'ils sont tous titulaires de prérogatives de gestion sur le bien d'autrui. Pour découvrir leur fondement, il faut comprendre la raison d'être de ces qualités, leur intérêt pratique. Ainsi, nous pouvons en déduire les causes factuelles qui provoquent la nécessité de construire des régimes de gestion des biens d'autrui. C'est ensuite par le biais de normes que le droit positif les intègre et les institutionnalise. La création des situations de gestion des biens d'autrui suit un processus, qui part d'un problème pratique auquel répond le transfert de gestion et qui se trouve par la suite juridiquement confirmé.⁷²⁵

Pour mieux comprendre ce procédé, il n'est pas inutile de revenir à cette explication de Gény : « Le concept ne peut être employé que comme un procédé artificiel à titre de moyen purement technique de mise en œuvre des réalités juridiques et à condition de ne jamais perdre de vue que, si la logique peut parfois aider à organiser la vie, celle-ci lui reste supérieure par la multiplicité et la variété de ses exigences. »⁷²⁶ Il faut toutefois se méfier de l'interprétation qui est faite des thèses de Gény et ne pas se soumettre au « mythe de l'adaptation du droit au fait ». ⁷²⁷ Les régimes de gestion des biens d'autrui ne sont pas imposés par le donné naturel mais sont issus de politiques juridiques déterminées, fondées sur des principes idéologiques. La gestion des biens d'autrui est un concept qui recouvre de nombreuses réalités et diverses techniques qui sont artificiellement reliées entre elles.⁷²⁸ Mais les régimes qui en résultent ne sont pas nécessairement déterminés par la situation pratique qui en est à l'origine, ils varient en fonction de la norme qui les fait naître, ce qui freine toute recherche d'un fondement unitaire.

Le but de notre démonstration est de rechercher quelles réalités pratiques sont à l'origine des situations de gestion des biens d'autrui (I) et de quelle manière les normes juridiques les

⁷²⁵ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2018, n° 84.

⁷²⁶ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Recueil Sirey, I, 1914, p. 149. Sur les concepts et catégories juridiques, cf. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 59 et s. ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2016, n° 519 et s. La gestion des biens d'autrui est une catégorie en ce qu'elle est associée à « un statut ou un régime juridique spécifique présentant une unité » (*ibid.*, n° 528).

⁷²⁷ C. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977, chron. XXXIV, p. 251.

⁷²⁸ On pourrait parler à ce titre de notion fonctionnelle. Il faut cependant prendre conscience de ce que signifie ce terme. Il ne s'agit pas, comme le présentait Védel (G. VEDEL, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », JCP, 1948, I, p. 682 ; « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP, 1950, I, p. 851) d'une notion qui répond à une fonction et dont les critères ont vocation à être découverts par la suite, mais bien d'un regroupement de concepts sous une même appellation en raison d'une finalité déterminée. Mais « plus que le simple constat des hésitations du vocabulaire juridique, c'est l'étude de ses causes - rapports de force entre acteurs juridiques, contexte historique et politique, culture juridique, etc. - qui importe pour saisir le fonctionnement de la machine du droit. » (G. TUSSEAU, « Critique d'une métonymie fonctionnelle », RFDA, 2009, p. 641, n° 26). Nous nous efforçons donc de déterminer en quoi ces réalités factuelles sont fondées sur les mêmes principes et permettent l'admission de la notion de gestion des biens d'autrui.

traitent (II). L'exemple du patrimoine successoral nous permettra enfin de démontrer notre hypothèse (III).

I La cause du transfert

Le principe qui sous-tend le droit des biens est celui selon lequel le propriétaire doit être gestionnaire de ses biens.⁷²⁹ La gestion des biens d'autrui implique par conséquent une situation dans laquelle le propriétaire ne veut pas ou ne peut pas réaliser ce rôle. La cause du transfert renvoie à la situation pratique ayant créé le besoin d'une gestion par un tiers. Mais elle ne peut à elle seule fonder l'application d'un régime spécifique, une intervention normative étant nécessaire, ce qui explique la pluralité de mécanismes pouvant s'appliquer à une même situation. Elle peut avoir deux origines, soit être relative à la personne du propriétaire et/ou du gestionnaire (A), soit être relative aux biens gérés (B).

A) Les causes liées à la personne

103. Causes affectant le propriétaire – Le transfert de gestion peut d'abord avoir pour justification un besoin émanant du propriétaire. C'est la cause la plus ancienne du transfert de gestion⁷³⁰ : le droit romain connaissait des institutions ayant pour but de pallier l'incapacité du propriétaire à gérer ses biens, qui sont aux sources des techniques que nous connaissons aujourd'hui.⁷³¹ Cette inaptitude peut se manifester de deux manières.

La première est l'incapacité juridique du propriétaire à administrer ses biens, obligeant ainsi un tiers à prendre en main la gestion.⁷³² La loi prévoit un principe de capacité générale pour toutes les personnes physiques, qu'elle limite immédiatement pour les mineurs non émancipés et les majeurs protégés au sens de l'article 425 du Code civil.⁷³³ Les personnes ayant des difficultés à exprimer leur volonté se voient ainsi imposer un transfert de gestion sans qu'elles l'aient préalablement décidé.⁷³⁴

⁷²⁹ Cf. *supra*, n° 82.

⁷³⁰ Pour un aperçu historique, cf. P. CATALA, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », JCP N, 2008, 1267 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 9 et s.

⁷³¹ La *procuratio* est à l'origine de notre mandat, la *negotiorum gestio* de la gestion d'affaires, la *cura* des régimes de protection des majeurs... (J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 197 et 603).

⁷³² R. SAVATIER, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté », D. 1959, chron. 9.

⁷³³ Art. 1145 et 1146 C. civ. J.-P. GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », D. 1998, p. 90.

⁷³⁴ Le mandat de protection future est néanmoins une exception notable où la personne vulnérable anticipe le transfert de gestion, mais sa nature est plus contractuelle que légale, cf. *infra*, n° 108. De même, la fiducie

La seconde est l'absence physique du propriétaire. Il est évident que l'administration d'un bien sera plus efficace si le gestionnaire se situe au même endroit que ce dernier, pouvant ainsi constater les besoins et mettre en œuvre les actions nécessaires. Si le propriétaire est absent, c'est un autre qui devra s'en charger.⁷³⁵

Constater l'existence de l'une ou l'autre de ces situations ne suffit pas à déduire l'application d'un régime quelconque.⁷³⁶ La gestion des biens d'une personne vulnérable peut passer par de nombreux mécanismes dont l'application dépendra de la consistance du patrimoine et de l'état du propriétaire. Considérer que l'incapacité juridique implique nécessairement une gestion statique et conservatoire constitue une rupture d'égalité puisqu'à patrimoine égal, une personne valide aurait accès à beaucoup plus d'outils et bénéficierait d'une plus grande rentabilité dans la gestion de ses biens.⁷³⁷ Par ailleurs, la vulnérabilité d'une personne peut prendre de nombreuses formes et c'est pourquoi plusieurs techniques sont mises à disposition et adaptables aux besoins, qu'il s'agisse de l'assistance, de la représentation, ou de l'application de sanctions particulières comme la rescision pour lésion ou la réduction. De même, le régime appliqué dépendra d'autres considérations comme de la situation matrimoniale du propriétaire ou de l'anticipation dont il a pu faire preuve au travers d'un mandat de protection future.⁷³⁸ Enfin, le régime applicable aux mineurs se distingue de celui des majeurs puisqu'il

constituée antérieurement à la période suspecte se poursuit malgré l'incapacité. Sur le sujet, cf. J. KLEIN, « La désignation de l'organe de protection d'une personne incapable », RLDC, 2006, n° 27 ; S. HEBERT, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », D. 2008, p. 307 ; E. PAILLET, « L'opposition de la personne majeure vulnérable à sa protection », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 535-548 ; L. POTTIER, « L'encadrement des administrateurs du patrimoine des personnes protégées », Dr. et pat., 2015, n° 252. En droit allemand, v. G. MASCH, « La représentation des personnes protégées en droit allemand », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 67-74.

⁷³⁵ Le développement du commerce et des échanges marchands a ainsi été à l'origine de la création de mécanismes de représentation. V. E. CHEVREAU, « Aux origines romaines de la gérance », RDC, 2012, p. 11.

⁷³⁶ Nous pouvons toutefois remarquer que la vulnérabilité du propriétaire va avoir une influence quant à la responsabilité du gestionnaire et l'intensité du contrôle appliqué à son action. Cf. *infra*, n° 279.

⁷³⁷ Pour une distinction entre propriétaires dotés ou non de capacité, cf. R. VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1963, p. 25 et s. et *infra*, n° 238. Dans le sens de notre thèse, cf. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 608. A ce sujet, il est intéressant d'observer que les tuteurs et juges des tutelles rechignent à accepter des placements en assurance-vie où le capital n'est pas garanti, alors même que les taux d'intérêts sont tellement bas que le placement en fonds euros n'a presque plus aucun intérêt. Les gestionnaires de patrimoine ne comprennent pas cette frilosité et souhaiteraient pouvoir agir de la même manière quelle que soit la situation de leur client. Cf. A. SIMOUNET, « Avantages et contraintes de l'assurance-vie », in *L'anticipation de la dépendance*, Colloque tenu à Bordeaux le 25/05/2018 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Gestion dynamique du patrimoine : éléments de définition », Dr. et pat., 2018, n° 283. Comp. le droit québécois, qui limite par exemple le tuteur du mineur aux actes de simple administration (art. 208 C. C. Q.), ce qui implique notamment de restreindre les investissements aux placements présumés sûrs, listés dans la loi (art. 1339 et s. C. C. Q.).

⁷³⁸ Art. 428 C. civ.

tient compte de l'évolution de l'état de conscience du propriétaire et des relations familiales qui entourent la gestion.⁷³⁹

Concernant l'absence du propriétaire, le même type de remarques peut être formulé. Elle peut être judiciairement constatée et impliquer l'application de dispositions légales⁷⁴⁰, ou contractuellement organisée via la conclusion d'un mandat, dont le contenu sera adapté aux besoins de la situation.

104. Causes affectant le gestionnaire – Le transfert de gestion peut également avoir pour origine une cause affectant le gestionnaire. En premier lieu, il peut être causé par l'incompétence du gestionnaire en place. A la différence de l'incapacité juridique, ce n'est pas une qualité du propriétaire qui est en cause mais le comportement du gestionnaire. A titre de sanction, il peut ainsi être démis de ses fonctions et transférer ses pouvoirs à un tiers.⁷⁴¹ Ce transfert n'est pas à l'origine d'une gestion de biens d'autrui, il s'agit simplement d'une substitution de gestionnaire au sein d'une situation déjà constituée. Il convient donc de l'écarter des fondements de la gestion des biens d'autrui.

Le transfert peut en second lieu être fondé sur la compétence du gestionnaire. Cela signifie que la gestion lui a été déléguée afin qu'il exerce son expertise au service du propriétaire, supposé être moins apte. Néanmoins, il est là aussi impossible d'en déduire l'application immédiate d'un régime. Le gestionnaire peut agir en vertu d'un mandat ordinaire, d'un mandat spécial comme celui de l'agent immobilier ou du dirigeant social, d'un contrat de fiducie, d'un contrat de commission... Ces mécanismes font tous appel à des techniques juridiques distinctes et si certaines sont semblables, ce n'est pas en raison de la cause du transfert mais plutôt du fait d'une nature commune des contrats utilisés.⁷⁴²

Le gestionnaire peut cependant avoir plusieurs qualités, selon qu'il est rémunéré ou pas et s'il est un professionnel ou non. Trois catégories se dessinent : ceux qui agissent de manière altruiste, soit parce qu'ils le sont tout simplement⁷⁴³, soit parce qu'ils sont intrinsèquement

⁷³⁹ J.-P. GRIDEL, art. préc. ; F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, Bordeaux, thèse de doctorat, 1999 ; A. GOUTTENOIRE, « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 163-177.

⁷⁴⁰ Art. 112 et s. C. civ.

⁷⁴¹ Cf. *infra*, n° 320.

⁷⁴² Cf. *infra*, n° 193.

⁷⁴³ C'est le cas notamment du gérant d'affaires.

intéressés au résultat de la gestion⁷⁴⁴ ; ceux qui sont rémunérés sans être professionnels⁷⁴⁵ ; et ceux qui en font leur activité professionnelle et sont donc rémunérés pour cela.⁷⁴⁶ Peut-on en déduire l'existence de trois régimes distincts au sein des gestions de biens d'autrui ? Il est vrai que la rémunération du gestionnaire et sa qualité de professionnel vont jouer un rôle particulier, notamment dans l'appréciation de sa responsabilité.⁷⁴⁷ Cet effet sera cependant marginal et ne permet pas de conclure à des rapprochements entre les différents régimes. Une même situation peut donner lieu à la désignation de gestionnaires de qualités différentes. Le tuteur d'une personne frappée d'incapacité peut ainsi être son conjoint, un membre de sa famille ou un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, et donc exercer sa mission en tant que professionnel ou non.⁷⁴⁸ La qualité du gestionnaire va donc influencer sur les règles applicables mais ne peut fonder des régimes spéciaux de gestion des biens d'autrui.

B) Les causes liées aux biens

105. Destination du bien ou de la masse – Le transfert de gestion peut se justifier par la destination donnée à un bien particulier ou à une masse de biens. La nature du bien et l'usage auquel il est destiné peuvent rendre sa gestion complexe et provoquer un transfert. L'apport à une masse commune affectée à une mission transfère les pouvoirs sur un bien au gérant de cette masse.⁷⁴⁹ La rentabilité attendue d'un bien peut justifier le transfert de sa gestion au bénéfice d'un tiers professionnel plus à même d'atteindre cet objectif.⁷⁵⁰ Les besoins d'une exploitation peuvent exiger qu'une personne compétente soit placée à sa tête. Peut-on cependant en déduire l'application d'un régime spécifique ? Là encore, nous ne le pensons pas.⁷⁵¹ Dans chaque cas, plusieurs mécanismes sont susceptibles de s'appliquer, dépendant de nombreux facteurs et de la volonté des parties. L'exemple d'une exploitation suffit à s'en convaincre : le transfert de gestion peut passer par une fiducie, un mandat à effet posthume, la

⁷⁴⁴ Il peut s'agir de copropriétaires ou de personnes liées au propriétaire par des liens familiaux, comme le conjoint de la personne vulnérable ou les parents du mineur. Cf. *infra*, n° 207.

⁷⁴⁵ La liberté contractuelle permet de prévoir une rémunération pour un simple mandat ou un contrat d'entreprise avec un « bricoleur du dimanche ». Cf. *infra*, n° 334.

⁷⁴⁶ De manière non-exhaustive, on peut citer les dirigeants de sociétés, les gestionnaires de patrimoine, les notaires, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ou ceux intervenant au cours d'une procédure collective.

⁷⁴⁷ C. BERGER-TARARE, « La responsabilité civile de l'administrateur des biens d'autrui », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252. Cf. *infra*, n° 208.

⁷⁴⁸ Art. 448 et s. C. civ.

⁷⁴⁹ Cf. *supra*, n° 85.

⁷⁵⁰ On pense à un immeuble locatif ou à des titres financiers.

⁷⁵¹ *Contra*, F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui... », art. préc., qui propose de distinguer les régimes de gestion des biens d'autrui selon la finalité de la gestion (conservation ou fructification).

constitution d'une société ou un contrat de location-gérance, chacun entraînant son lot de dispositions spéciales.

106. Gestion de biens collectifs – Comme nous l'avons exposé précédemment, la propriété collective occasionne nécessairement une gestion de biens d'autrui en raison de la concurrence entre les intérêts de chaque copropriétaire.⁷⁵² Cependant, elles n'impliquent pas toutes un transfert de gestion. Quoi qu'il en soit, les particularités des propriétés collectives tiennent à cette nature particulière. Toutefois, les mécanismes mis en œuvre sont là aussi très divers et ne découlent pas nécessairement de la copropriété. Ainsi, les mêmes règles de gestion s'appliqueront à toutes les sociétés à responsabilité limitée, qu'elles soient unipersonnelles ou pluripersonnelles.⁷⁵³ Encore une fois, les similitudes de régimes sont liées à la technique commune utilisée et pas seulement à la situation de fait qui les cause.

107. Détention d'un bien appartenant à autrui – Nous avons évoqué précédemment la situation des droits sur la chose d'autrui et avons constaté que ce n'était pas le droit lui-même qui fondait le transfert de gestion mais la détention du bien.⁷⁵⁴ Chaque régime de droit sur la chose d'autrui avec détention du bien implique en contrepartie des obligations à exercer dans l'intérêt du propriétaire. Lorsqu'il s'agit d'un droit personnel, elles sont issues du contrat, lui-même soumis à la norme légale. Ainsi, le locataire est tenu des réparations locatives⁷⁵⁵, l'emprunteur doit veiller à la garde et à la conservation de la chose.⁷⁵⁶ Lorsqu'il s'agit d'un droit réel⁷⁵⁷, une partie de la doctrine parle « d'obligations *propter rem* » ou « obligations réelles », qui sont définies comme des accessoires nécessaires du droit réel.⁷⁵⁸ Cette catégorie *sui generis* a été créée pour justifier de l'existence d'obligations entre les différents titulaires de droits réels sur une chose malgré l'autonomie de ces droits et l'absence

⁷⁵² Cf. *supra*, n° 85.

⁷⁵³ Art. L. 223-1 C. com.

⁷⁵⁴ Cf. *supra*, n° 99. Nous excluons dès à présent les détentions illégitimes consécutives à une infraction (vol, recel...) et la possession, situation dans laquelle le possesseur se considère comme propriétaire et agit comme tel. Il n'y a donc pas de gestion des biens d'autrui, dans la mesure où le possesseur agit dans son propre intérêt, comme le ferait un propriétaire (cf. *supra*, note 493).

⁷⁵⁵ Art. 1720 et 1754 C. civ. Les textes du Code civil constituent le droit commun de tous les contrats de bail ou de crédit-bail, et tous comportent une obligation semblable.

⁷⁵⁶ Art. 1880 C. civ.

⁷⁵⁷ Nous intégrons dans cette catégorie le droit de rétention, même si sa qualification de droit réel peut être contestée (M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, n° 799-800 et les références citées). Le rétenteur est tenu d'une obligation de conservation, ce qui prouve ses pouvoirs de gestion : Cass. Com., 25/06/2002, n° 99-18121 ; Cass. Civ. 1^{re}, 07/11/2006, n° 05-12429 ; RTD civ., 2007, p. 159, obs. P. CROCQ.

⁷⁵⁸ Cf. *supra*, n° 99.

de relations supposée entre leurs titulaires.⁷⁵⁹ Il nous semble que cette conception est fautive. Dans la mesure où les droits réels sont des droits subjectifs, ils impliquent une relation interpersonnelle entre deux personnes ayant des obligations réciproques, la seule particularité étant que le créancier est déterminé selon sa qualité de titulaire de droit et pas selon son identité personnelle.⁷⁶⁰ Il n'y a donc aucun problème à admettre l'existence de relations entre un usufruitier et un nu-propiétaire et d'obligations réciproques entre eux. Ainsi, l'usufruitier (ou le titulaire d'un droit d'usage quelconque, dont le régime est fondé sur celui de l'usufruit)⁷⁶¹ est tenu des réparations d'entretien.⁷⁶² Quel que soit le régime, le détenteur a ainsi une obligation minimale de conservation, ce qui l'oblige à accomplir des actes de gestion dans l'intérêt du propriétaire en dehors de l'exercice de son propre droit sur le bien. Ce faisant, il acquiert la qualité de gestionnaire.

En résumé, le transfert de gestion s'opère toujours à partir d'une situation pratique qui nécessite qu'un tiers prenne en charge la gestion des biens du propriétaire. Ce besoin peut être lié à l'absence du propriétaire, à son incapacité à gérer ses biens, à l'expertise du gestionnaire comparée à celle du propriétaire, à l'usage auquel le bien est destiné, au fait que le bien appartient à plusieurs personnes, ou à la simple détention par un tiers, qu'elle qu'en soit la cause. Une même cause peut cependant donner lieu à des mécanismes très divers, et les facteurs orientant le choix sont trop nombreux et interconnectés pour qu'il soit possible d'en associer un à chaque situation. Le régime appliqué dépendra donc également de la norme juridique à l'origine du transfert.

II La source du transfert

La simple reconnaissance de l'existence d'une des situations précitées ne permet pas de mettre en œuvre les effets de la gestion des biens d'autrui et l'application d'un régime spécifique. La raison en est que le modèle du droit positif reste celui du propriétaire-gestionnaire. Le transfert de gestion étant une exception, il doit être permis par une norme

⁷⁵⁹ F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 779. V. art. 577 de l'Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant, version finale du 15 mai 2009 : « La conservation des biens objets de l'usufruit est une obligation d'intérêt commun pour le propriétaire et l'usufruitier. » ; et art. 580 : « L'usufruitier ou le propriétaire peut demander au juge de contraindre l'autre à exécuter son obligation ou de l'autoriser à faire réaliser les travaux nécessaires incombant à l'autre. »

⁷⁶⁰ Cf. *supra*, n° 66 et s.

⁷⁶¹ Art. 635 C. civ.

⁷⁶² Art. 605 C. civ.

juridique pour éviter l'intervention intempestive des tiers dans la gestion des biens du propriétaire. Or, les normes sont des outils créés artificiellement pour répondre à certaines fonctions sociales. Elles expriment la volonté de leur auteur et traduisent la mise en œuvre d'une politique juridique. Étudier la source du transfert de gestion, c'est analyser cette volonté et l'expliquer.⁷⁶³

Comme toute situation juridique, le transfert de gestion peut être issu de trois sources différentes : une convention (A), une décision judiciaire (B) ou un texte légal (C).

A) Le transfert conventionnel

108. Avantages et inconvénients – Le transfert conventionnel est la situation la plus fréquente et la plus facilement admise par la doctrine.⁷⁶⁴ Il correspond parfaitement à l'idéologie volontariste selon laquelle on ne peut imposer une situation juridique à une personne que si elle l'a préalablement acceptée.⁷⁶⁵ Le transfert de gestion conventionnel se manifeste par un acte juridique conclu entre le propriétaire et un gestionnaire, ayant pour objet ou pour effet accessoire l'administration des biens du premier par le second. La liberté contractuelle étant la règle en matière de conventions, les parties peuvent adapter à loisir leurs rapports. La pratique a ainsi créé de nombreuses techniques particulières adaptées aux besoins, avec le soutien du législateur qui propose également des outils à l'usage des praticiens.⁷⁶⁶ Par ailleurs, cette méthode permet au propriétaire de fixer dans la convention des directives que le gestionnaire se devra de respecter, et des indices sur la manière de déterminer ce qui va dans son intérêt.⁷⁶⁷ Il y a tout lieu de penser que le transfert conventionnel est l'outil qui permet d'assurer au mieux le respect de l'intérêt du propriétaire tel que celui-ci le conçoit, puisqu'il implique une relation

⁷⁶³ Précisons toutefois que nous faisons ici référence à la source *du transfert de gestion*, et pas à la source *des pouvoirs du gestionnaire*, qui peuvent être distinctes (cf. *infra*, n° 274). Ainsi, par exemple, dans le cadre d'une société, le transfert de gestion s'opère par la voie conventionnelle mais les pouvoirs du dirigeant sont en grande partie légalement fixés. Dans la plupart des cas cependant, les pouvoirs du gestionnaire seront déterminés dans l'acte constitutif de la situation. Sur cette distinction, v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2018, n° 375 ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ.* Dalloz, 2018, n° 39.

⁷⁶⁴ F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui... », art. préc. Pour une typologie des différents contrats de gestion, cf. P.-F. CUIF, *op. cit.*, IV. L'auteur propose la reconnaissance d'un contrat *sui generis* à mi-chemin entre le mandat et le contrat d'entreprise, permettant une gestion sans représentation et sans transfert de propriété (*ibid.*, n° 747).

⁷⁶⁵ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD*, 1957, p. 87-98.

⁷⁶⁶ Citons par exemple le mandat de protection future (art. 477 et s. C. civ.), le mandat à effet posthume (art. 812 et s.), la location-gérance (art. L. 144-1 et s. C. com.)... L'intervention législative permet d'encadrer le régime de tels contrat tout en laissant aux parties l'initiative de les conclure.

⁷⁶⁷ Cf. *infra*, n° 170.

directe et sans intermédiaire entre le gestionnaire et le propriétaire, qui se poursuit en principe durant l'exécution du contrat. Ainsi, il porte une atteinte limitée au modèle du propriétaire-gestionnaire, le propriétaire étant à l'origine du transfert. Le contrat, norme privilégiée de l'idéologie libérale, est par conséquent une source importante de gestion des biens d'autrui.

Le transfert conventionnel comporte néanmoins plusieurs inconvénients relatifs à l'instrument utilisé. En premier lieu, la conclusion d'une convention est soumise à certaines conditions dont il faut s'assurer le respect.⁷⁶⁸ De manière générale, le consentement et le contenu de l'acte ne donneront pas lieu à plus de problèmes que pour les autres conventions. En revanche, la capacité du propriétaire peut éventuellement faire défaut, dans la mesure où le transfert de gestion est souvent causé par le fait que le propriétaire est frappé d'incapacité. Cette méthode n'est donc pas prioritaire pour engager la gestion des biens d'une personne vulnérable. Toutefois, incapacité et transfert conventionnel ne sont pas incompatibles⁷⁶⁹, et des solutions existent, permettant de bénéficier de certains avantages du contrat, en renonçant à d'autres. Le mandat de protection future permet ainsi d'organiser la gestion préventivement et de bénéficier de la souplesse de l'outil contractuel⁷⁷⁰, mais ne permet plus la relation directe entre propriétaire et gestionnaire durant l'exécution, un organe de contrôle venant s'interposer pour pallier les difficultés frappant le propriétaire.⁷⁷¹ Il est également possible d'opter pour une gestion conventionnelle d'une partie des biens de la personne vulnérable en la confiant à un tiers professionnel, mais là encore, il faut abandonner l'idée d'un lien direct entre propriétaire et gestionnaire puisqu'un tel contrat de gestion ne pourra être conclu que par l'intermédiaire d'un représentant et sous le contrôle du juge des contentieux de la protection.⁷⁷²

⁷⁶⁸ Art. 1128 C. civ.

⁷⁶⁹ *Contra*, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 396.

⁷⁷⁰ S. HEBERT, art. préc. On pourrait contester le caractère contractuel de cette technique en soulevant la nécessité formelle de transmettre le mandat et le certificat médical attestant de la situation de la personne protégée au greffe du tribunal judiciaire pour qu'il vise le mandat et date sa prise d'effet (art. 481 al. 2 C. civ.) (v. notamment M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 118, mais l'équivalent québécois nécessite une véritable décision de justice). Toutefois, cette formalité a trait à l'exécution du mandat et n'est pas une condition de validité, il reste donc par essence contractuel (*contra*, F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui... », art. préc. ; J. HAUSER, « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », *AJ fam.*, 2016, p. 460). Sur la proximité entre mandat ordinaire et mandat de protection future, cf. L. LEVENEUR, « Intérêts et limites du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 571-582.

⁷⁷¹ Le mandat doit comprendre une procédure de vérification des comptes pour être valide (art. 1258-2, 2° C. Pr. Civ.), faisant intervenir le notaire (qui peut ensuite alerter le juge des contentieux de la protection) en cas de mandat notarié (art. 491 C. civ.). Si le mandat est sous seing privé, la loi ne prévoit pas de modalités de contrôle particulières (art. 494 C. civ.). Dans tous les cas, le juge des contentieux de la protection peut en tout état de cause vérifier les comptes de gestion (art. 486 C. civ.) et le mandat peut prévoir des modalités supplémentaires faisant intervenir un tiers de confiance (Circ. DACS n° CIV 01/09/C1 du 9 févr. 2009, p. 38). Le contrôle de l'action du mandataire est donc variable selon la forme du contrat.

⁷⁷² Il s'agit d'une substitution de mandataire, permise dans le cadre du mandat ordinaire (art. 1994 C. civ.), du mandat de protection future (art. 482 C. civ.), de l'habilitation familiale (art. 494-1 C. civ. par renvoi aux règles

En deuxième lieu, le principe de l'effet relatif des conventions va entraîner des problèmes d'opposabilité du contenu contractuel envers les tiers. Ces effets seront variables selon les régimes en cause, mais on peut en avoir un aperçu avec les textes introduits dans le Code civil aux articles 1153 et suivants relatifs à la représentation. Le tiers ne pouvant pas avoir accès au contenu de la convention, il ne peut être tenu responsable d'un acte conclu par le gestionnaire qui irait à son encontre que s'il est prouvé qu'il en avait conscience.⁷⁷³ Du fait de la relation d'agence ici en œuvre, les difficultés rencontrées ne pourront être réglées qu'*a posteriori*, et de façon moins certaine et efficace.⁷⁷⁴ Néanmoins, certains contrats sont légalement très encadrés et poseront moins de problèmes quant à l'opposabilité de leur contenu, ce sont simplement les clauses particulières ajoutées par les parties qui trouveront des difficultés d'application envers les tiers.⁷⁷⁵

En troisième lieu, rappelons que le contrat est un outil d'anticipation, il nécessite par conséquent une certaine prévisibilité.⁷⁷⁶ Il ne peut donc être utilisé dans les situations d'urgence, dans lesquelles un transfert judiciaire ou légal sera plus adapté. Il ne peut pas non plus être imposé à un propriétaire (sauf si un mécanisme de représentation légale est déjà en vigueur), alors que la situation peut parfois l'exiger lorsque son intérêt ou d'autres sont en jeu.

Il serait vain de vouloir présenter en détail toutes les hypothèses de transfert conventionnel tellement il en existe, chacune ayant ses particularités. Nous pouvons toutefois essayer de les rassembler par catégories pour exprimer leur diversité.

109. Mandats – Tout d'abord, il convient de constater que les transferts conventionnels sont presque tous fondés sur le modèle du mandat, et beaucoup en adoptent la terminologie.⁷⁷⁷ Il s'agit bien sûr tout d'abord du mandat ordinaire, régi par les articles 1984 et suivants du Code civil. Il sert de base à tous les autres mécanismes. De nombreux mandats spéciaux, issus de la pratique, de la loi ou de la jurisprudence, sont venus enrichir les outils à

du mandat) et de la tutelle (mais la nature de l'acte va alors entrer en compte, cf. Décret n° 2008-1484 du 22/12/2008). Cf. pour la gestion de valeurs mobilières : H. HOVASSE, « Incapacités et valeurs mobilières », Defrénois, 1995, p. 369.

⁷⁷³ Pour une analyse plus approfondie, cf. *infra*, n° 372 et s.

⁷⁷⁴ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 206 ; E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie, op. cit.*, p. 167 et s. ; F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 514 et s.

⁷⁷⁵ C'est notamment le cas pour le contrat de société : les clauses limitatives de pouvoir du gérant sont inopposables aux tiers (art. L. 221-5, L. 223-18, L. 225-35, L. 226-7, L. 227-6 C. com. et 1849 C. civ.).

⁷⁷⁶ L. MARIIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, Toulouse, thèse de doctorat, 2017, n° 256 et s., qui entend en faire un principe directeur du droit des contrats.

⁷⁷⁷ Remarquons également que la plupart des régimes de gestion de biens d'autrui renvoient à celui du mandat, cf. *infra*, n° 193. Pour une critique de l'utilisation du mandat comme contrat de gestion, cf. P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 156 et s.

disposition des propriétaires. Le mandat d'agent immobilier, le mandat d'intérêt commun ou le mandat social⁷⁷⁸ en sont des exemples, démontrant le souci d'adaptation aux besoins pratiques. Mentionnons également certains mandats particuliers, dont le caractère conventionnel pourrait être contesté. Le mandat tacite entre époux, tout d'abord, a ceci de particulier qu'il est constitué par la simple absence d'opposition du conjoint propriétaire.⁷⁷⁹ Il s'agit pourtant bien d'un contrat, pour lequel la loi allège les conditions de formation quant à la forme, du fait de la relation d'intimité et de collaboration présumée qu'entretiennent les époux.⁷⁸⁰ Le mandat à effet posthume, ensuite, est conclu avant le décès mais s'impose aux nouveaux propriétaires (les héritiers) seulement après.⁷⁸¹ Par dérogation au droit commun⁷⁸², le mandat à effet posthume permet une exécution postérieure au décès de manière automatique, c'est même la raison d'être de ce mécanisme.⁷⁸³ Il n'y a toutefois rien d'exceptionnel dans ce régime puisque l'article 1991 du Code civil prévoit la possibilité de poursuivre l'exécution du contrat après le décès du mandant s'il y a péril en la demeure, et la jurisprudence a admis de longue date la validité du mandat *post mortem*.⁷⁸⁴

⁷⁷⁸ Sur la nature du mandat social : S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Rev. Soc.*, 2000, p. 683.

⁷⁷⁹ Art. 1432 et 1540 C. civ. On le retrouve également au sein de l'indivision, cf. art. 815-3 C. civ. J.-L. COSTES, « La représentation dans la gestion d'une indivision », *JCP G*, 1985, p. 3181 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, *et al.*, *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ-Lextenso, 3^{ème} éd., 2012, n° 31502 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, n° 562.

⁷⁸⁰ F. BICHERON, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 97-113. Pour une analyse plus complète, cf. C. LAZERGES, « Les mandats tacites », *RTD civ.*, 1975, p. 222-247 ; A. GABRIEL, *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, n° 104 et s.

⁷⁸¹ Art. 812 et s. C. civ., et notamment l'article 812-1-1 (« Il doit être accepté par le mandataire avant le décès du mandant »). B. VAREILLE, « Le mandat à effet posthume », *LPA*, 28/06/2007, n° 123, p. 16 (qui le qualifie de « tutelle posthume temporaire ») ; M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Defrénois*, 2007, n° 1, p. 3, n° 5 ; J. LEPROVAUX, « Les pouvoirs du mandataire à effet posthume », *LPA*, 12/09/2012, n° 183, p. 59 (qui y voient une proximité avec la fiducie) ; F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, Précis, 4^{ème} éd., 2014, n° 862. Certains considèrent que ce n'est pas un véritable mandat, tout comme le mandat de protection future (N. PETERKA, « Le pouvoir, prérogative privilégiée d'administration du bien d'autrui... », art. préc.), ou qu'il s'agit d'un mandat sans représentation (F. BICHERON, art. préc. ; F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 862 et 875 ; G. WICKER, « Mandats successoraux : Le mandat à effet posthume », *J.-Cl. Civil Code*, 2014, n° 10 et s. ; F. LIMBACH, « L'habilitation à disposer pour autrui », *RTD civ.*, 2020, p. 45, n° 2).

⁷⁸² Dérogation permise par l'article 812-1-4 C. civ. : « Le mandat à effet posthume est soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente section. »

⁷⁸³ B. VAREILLE, art. préc., qui parle d'un « mandat de l'au-delà ». Cf. *infra*, n° 126.

⁷⁸⁴ Cass. Req., 22/05/1860, DP 1860.I.448 ; S. 1860.I.721. Dans le même sens, A.-C. CHIARINY-DAUDET, « Les nouvelles représentation de la volonté en droit de la famille », *LPA*, 28/11/2007, n° 238, p. 6 ; S. HEBERT, art. préc. Sa qualification de mandat est cependant contestable, cf. *infra*, n° 364.

110. Autres contrats – Le mandat est le contrat originel de transfert de prérogatives, mais il en existe d'autres plus adaptés à certaines situations.⁷⁸⁵ Le principal exemple est le contrat de commission, qui retient une représentation imparfaite du commettant⁷⁸⁶, assurant une protection plus importante à ce dernier du fait du rempart que constitue le commissionnaire.⁷⁸⁷ Le commissionnaire peut être amené à réaliser des actes de gestion sur les biens, dont il n'est pas propriétaire.⁷⁸⁸ De même, la convention de prête-nom est un outil de gestion des biens d'autrui conventionnel qui répond à un besoin de discrétion.⁷⁸⁹

111. Transferts accessoires – Certains mécanismes juridiques incluent au sein de leur régime une gestion de biens d'autrui lorsque la situation l'exige, avec ou sans représentation. Le mécanisme est alors l'accessoire d'une opération plus vaste, qui peut être de source conventionnelle ou non. Le transfert ne sera conventionnel que si l'opération qui le supporte l'est. C'est notamment le cas dans tous les contrats qui impliquent la détention du bien d'autrui, et donc *a minima* une obligation de conservation, entraînant par conséquent la faculté d'accomplir certains actes de gestion.⁷⁹⁰ A titre d'exemple, on peut citer le dépôt, le prêt, le bail, les sûretés réelles sans dépossession ou l'usufruit contractuel. Entrent également dans cette catégorie les « détentions occasionnelles »⁷⁹¹, c'est-à-dire les détentions de biens d'autrui rendues nécessaires par l'exécution d'un contrat dont ils ne sont pas l'objet, notamment un contrat d'entreprise ou de travail.⁷⁹²

⁷⁸⁵ Pour une série d'exemples, cf. F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2019, n° 790.

⁷⁸⁶ Cf. *infra*, n° 345 et s. sur la représentation imparfaite. Certains auteurs considèrent que ces contrats sont des mandats sans représentation (M.-L. IZORCHE, « Du mandat sans représentation », D. 1999, p. 369 ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 654). Nous les distinguons du mandat par souci de clarté et parce que la représentation parfaite est selon nous l'une des caractéristiques essentielles du mandat (cf. *infra*, n° 194).

⁷⁸⁷ C. BERGER-TARARE, art. préc. ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 657 et s.

⁷⁸⁸ C'est la raison pour laquelle il dispose d'un privilège et d'un droit de rétention sur les biens qui passent entre ses mains (art. L. 132-2 C. com. ; Cass. Com., 13/11/2001, Bull. civ. IV, n° 179, n° 2001-011629 ; D. 2001, p. 3533, obs. A. LIENHARD ; JCP E, 2002, 370, n. S. PIEDELIEVRE). Sur cette question, cf. M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, Paris, LexisNexis/Litec, 2000 ; F. LIMBACH, art. préc., n° 16 et les références citées.

⁷⁸⁹ F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 655-656. Il est possible que les biens objets du contrat transitent dans le patrimoine de l'intermédiaire, il en est dans ce cas propriétaire et il n'y a alors pas de gestion de biens d'autrui (cf. *supra*, n° 93). La déclaration de command est une sorte de prête-nom avec représentation, évitant ainsi un double transfert de propriété. Cf. *infra*, n° 363.

⁷⁹⁰ Cf. *supra*, n° 107.

⁷⁹¹ C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 74 et s. Ex. : Cass. Civ. 1^{ère}, 18/11/1975, n° 74-12493, Bull. civ. I, n° 333 ; D. 1976, p. 52 ; RTD civ. 1976, p. 369, obs. G. CORNU ; Cass. Civ. 1^{ère}, 05/04/2005, n° 02-16926, Bull. civ. I, n° 165 ; D. 2005, p. 1049 ; RTD com., 2006, p. 185, obs. B. BOULOC ; CCC, 2005, Comm. 148, note L. LEVENEUR ; RDC, 2005, p. 1029, obs. P. BENABENT ; RDC, 2005, p. 1123, obs. P. PUIG ; JCP G, 2006, I, 123, n° 8, obs. F. LABARTHE.

⁷⁹² Sur la distinction et l'articulation entre contrats de mandat, d'entreprise et de travail, cf. D. TOMASIN, « A la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*,

112. Gestion de biens collectifs – En cas de propriété collective, il est très fréquent de recourir à un transfert conventionnel pour assurer plus de cohérence dans la gestion.⁷⁹³ Certains mécanismes l'exigent, comme dans la plupart des formes sociales⁷⁹⁴ ou au sein d'une copropriété d'immeubles bâtis.⁷⁹⁵ L'initiative peut aussi être propre aux copropriétaires, comme dans le cadre d'une indivision ou d'un régime matrimonial contractuel.⁷⁹⁶ L'intérêt du transfert contractuel se démontre bien ici dans la mesure où la répartition des pouvoirs peut être extrêmement organisée, allant jusqu'à la création d'organes spécifiques. Par ailleurs, il permet d'adapter une situation dont la source est potentiellement légale, comme l'indivision successorale.

En définitive, le transfert de gestion conventionnel présente de nombreux avantages et peut s'appliquer à tout type de situations, quelle que soit la cause nécessitant une gestion des biens d'autrui. Il serait par conséquent contraignant de le restreindre aux seuls propriétaires doués de capacité. Il peut être utilisé dès lors que le propriétaire ou son représentant le souhaite et qu'il est possible d'anticiper sa conclusion. En revanche, il ne permet pas de faire face à une cause imprévue et nécessite une initiative volontaire. C'est dans ces situations que les autres sources prennent le relais

Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 203-237 ; F. LABARTHE, « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », in N. Dissaux (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 39-47 ; N. DISSAUX, « Mandat et contrat de travail », *ibid.*, p. 49-65. Tous ces auteurs constatent la difficile articulation des qualifications en raison de leur finalité commune : la gestion des affaires d'autrui.

⁷⁹³ P.-F. CUIF, *op. cit.*, IV ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 501 et s. Le caractère contractuel du transfert est discuté dans la mesure où il est parfois imposé par la loi (*ibid.*, n° 506 et s.). Il nous semble malgré tout que l'acte désignant le gestionnaire reste un contrat dès lors que des pouvoirs sont transférés volontairement, il n'y a donc pas lieu de parler ici de représentation légale.

⁷⁹⁴ Art. 1846 C. civ. (sociétés civiles), art. L. 223-18 (SARL), L. 225-18 (conseil d'administration d'une SA), L. 225-51-1 (directeur général d'une SA), L. 226-2 (société en commandite par actions), L. 227-5 et L. 227-6 (SAS). De même pour les fonds communs de placement (R. ROBLLOT, « Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) », Bull. ANSA, 3^{ème} éd., 2003, n° 194, spéc. n° 17 ; T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », RTD civ., 1991, p. 1, n° 72). *Contra*, pour qui il s'agit d'un « mandat légal », I. RIASSETTO, Lamy Droit du financement, 2020, n° 1745. Un auteur apporte une nuance et considère que la représentation des groupements est légale du point de vue externe mais conventionnelle du point de vue interne (G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in *La représentation en droit privé*, *op. cit.*, p. 47-65, spéc. p. 52).

⁷⁹⁵ Art. 17 L. n° 65-557 du 10/07/1965. Les copropriétaires peuvent même être forcés par le juge à désigner un syndic en cas de carence (al. 4), et il ne se substituera à eux qu'en cas de désaccord (al. 3).

⁷⁹⁶ Art. 815-3, 2° (indivision) et 1497, 2° C. civ. (communauté conventionnelle). Le pacs et le mariage sans contrat peuvent être assimilés à des transferts conventionnels, puisqu'ils se fondent sur des conventions (contrat de mariage et pacte).

B) Le transfert judiciaire

113. Rôles du transfert judiciaire – Le transfert judiciaire de gestion consiste en une décision de justice ordonnant le transfert de certaines prérogatives relatives à la gestion d'un ou plusieurs biens à un tiers. Les exemples de cette technique sont bien moins nombreux et relèvent de l'exception, dans la mesure où ils dérogent au volontarisme qui imprègne le droit positif. Il peut en effet paraître dangereux d'imposer à un propriétaire qu'un tiers qu'il n'a pas choisi intervienne dans la gestion de ses biens, d'autant plus que la plupart du temps, cela s'accompagne d'une perte de pouvoirs pour lui. Le transfert judiciaire est pourtant nécessaire dans certaines situations et comporte des avantages. Il convient toutefois de distinguer deux cas, qui correspondent en fait aux deux fonctions de la jurisprudence.⁷⁹⁷

En premier lieu, le rôle de la jurisprudence est de dire le droit en appliquant les dispositions textuelles, constituant ainsi de nouvelles situations juridiques. En se fixant sur les conditions posées par la loi, le juge va apprécier si une situation mérite la constitution d'une gestion des biens d'autrui ou non. Ces cas laissés à l'appréciation du juge sont ceux où le gestionnaire actuel n'est plus en mesure d'assurer sa mission, soit parce qu'il n'en est plus capable, soit parce qu'il a commis des fautes, soit parce qu'une situation de conflit d'intérêts le nécessite.⁷⁹⁸ Ils résultent d'une appréciation objective de l'intérêt du propriétaire suite à un contrôle du juge, contrôle qui se poursuit en principe tout au long de la gestion. Dans la mesure où il occasionne une atteinte à la liberté du propriétaire, le transfert judiciaire est très encadré et plusieurs mesures permettent de s'assurer de la bonne gestion des biens par le tiers. Par ailleurs, il permet d'imposer le transfert lorsque le propriétaire ne le souhaite pas mais qu'il est considéré comme nécessaire. L'aveuglement du propriétaire peut provenir de difficultés à appréhender sa situation, ou d'un intérêt personnel contradictoire avec ceux de tiers qui méritent une protection. Le juge va nommer à sa place un nouveau gestionnaire qui dispose des compétences nécessaires pour administrer au mieux les biens du propriétaire. Toutes ces situations doivent cependant être légalement prévues pour que le juge puisse prononcer le transfert. En bref, le transfert judiciaire contredit le dogme libéral soit parce que les conditions à sa réalisation ne sont pas remplies (le propriétaire n'est pas apte à prendre en charge la gestion

⁷⁹⁷ J. GHESTIN, « Les données positives du droit », RTD civ., 2002, p. 11 ; V. FORRAY, « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », RTD civ., 2009, p. 463.

⁷⁹⁸ Cf. *infra*, n° 180.

lui-même), soit parce qu'exceptionnellement, il fait primer un intérêt autre que celui du propriétaire.⁷⁹⁹

En second lieu, l'autre versant de la jurisprudence est sa fonction de source du droit : à défaut de règle légale régissant une situation, il arrive qu'au regard des faits, elle impose la création d'une gestion des biens d'autrui alors qu'il n'y avait pas vocation à y en avoir. Elle vient alors suppléer l'activité législative en proposant de rétablir l'équité dans une situation que la loi ne prévoyait pas. Son rôle est ici déclaratif et non plus constitutif, elle vient reconnaître l'existence d'une situation de gestion des biens d'autrui. On se rapproche ainsi du transfert légal de gestion. Toutefois, la loi ayant vocation à rester la première source du droit, elle intègre régulièrement les apports jurisprudentiels pour en faire des transferts légaux. Ceux-ci sont donc de moins en moins nombreux.

Il convient de présenter des exemples de transfert judiciaire de gestion constitutifs et déclaratifs.

114. Incapacité du gestionnaire – Une première série de transferts judiciaires constitutifs vise à pallier l'incapacité du gestionnaire actuel à gérer les biens du propriétaire. S'agissant d'une mesure importante, elle commande l'accomplissement de conditions ayant pour but de prouver la réalité de cette incapacité. Nous pouvons citer comme exemples les régimes de protection des majeurs, dont la mise en œuvre exige la présentation d'un certificat médical démontrant une altération des facultés mentales ou physiques du propriétaire de nature à empêcher l'expression de sa volonté.⁸⁰⁰ L'exigence se retrouve également dans les mesures de gestion de crise au sein du couple, permettant de transférer les pouvoirs du conjoint devenu hors d'état d'exprimer sa volonté.⁸⁰¹ L'incapacité de gérer ses biens peut aussi provenir d'une absence physique du propriétaire, et ainsi obliger leur administration par un tiers sous le contrôle du juge.⁸⁰² La justification de ces mesures est la sauvegarde de l'intérêt du propriétaire et éventuellement de copropriétaires.

115. Sanction du gestionnaire – Le transfert judiciaire peut avoir pour cause la sanction d'un mauvais gestionnaire, qu'elle soit liée à une faute ou à une incompétence. Là encore, il convient de démontrer la nécessité de ce transfert. Entrent notamment dans cette

⁷⁹⁹ C'est le cas lorsque les biens sont communs ou lorsqu'ils sont affectés (cf. *infra*, n° 184 et s.).

⁸⁰⁰ Art. 425 et 431 C. civ.

⁸⁰¹ Art. 219, 1426 et 1429 C. civ. et art. 1289-1 C. Pr. Civ.

⁸⁰² Art. 112 et s. C. civ.

catégorie les mesures de crise au sein du couple marié⁸⁰³, les procédures collectives en cas d'entreprise en difficulté⁸⁰⁴ et le mandat judiciaire successoral.⁸⁰⁵ La raison d'être de ces transferts est la prise en compte d'autres intérêts dans le cadre de la gestion. En réalité, ces situations concernent quasiment toutes des patrimoines collectifs, où coexistent plusieurs propriétaires aux intérêts parfois divergents. Plus encore, c'est l'intérêt des créanciers qui entre en jeu dans le cadre des procédures collectives et du mandat judiciaire successoral et qui vient parfois primer ceux des propriétaires.⁸⁰⁶

116. Conflit d'intérêts – Il peut arriver que dans une situation de conflit d'intérêts, la loi prévoit un transfert de gestion préventif pour s'assurer du respect de l'intérêt du propriétaire. Un mandataire *ad hoc* est alors désigné ponctuellement par le juge pour rendre une décision impartiale, dans l'intérêt du propriétaire. On retrouve cette possibilité dans plusieurs régimes de gestion des biens d'autrui légalement organisés.⁸⁰⁷

117. Transfert de gestion déclaratif – Enfin, le transfert judiciaire de gestion peut être simplement déclaratif et reconnaître l'existence d'une gestion des biens d'autrui. Il n'existe aujourd'hui plus beaucoup d'exemples de ce type, la loi les ayant progressivement intégrés au corpus législatif. Le mandat apparent était jusqu'à récemment issu d'une reconnaissance judiciaire mais est aujourd'hui légalement prévu à l'article 1156 du Code civil.⁸⁰⁸ La jurisprudence retenait comme critères la présence d'un acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs et une erreur légitime du tiers contractant qui a cru de bonne foi à l'existence d'une représentation du fait de l'attitude du mandataire.⁸⁰⁹ Le nouveau texte reprend ces mêmes critères. Le transfert de gestion n'a donc plus lieu du fait d'une reconnaissance judiciaire mais résulte d'un effet de la loi.⁸¹⁰

⁸⁰³ Art. 220-1 et s., 1426 et 1429 C. civ.

⁸⁰⁴ Art. L. 620-1 et s. (procédure de sauvegarde), L. 631-1 et s. (redressement judiciaire) et L. 640-1 C. com. (liquidation judiciaire).

⁸⁰⁵ Art. 813-1 et s. C. civ.

⁸⁰⁶ Cf. *infra*, n° 153.

⁸⁰⁷ Ex. : art. 383 (administration légale), art. 455 C. civ. (tutelle et curatelle). Concernant les mesures mises en œuvre en cas de conflit d'intérêts, cf. *infra*, n° 282 et s.

⁸⁰⁸ J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019, n° 552 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 736 (qui parle d'un « lien d'origine légale »).

⁸⁰⁹ Cass. Ass. Plén., 13/12/1962 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 30/03/1965. J. MESTRE, « Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne », RTD civ., 1990, p. 270.

⁸¹⁰ D'où la tentation de certains de le qualifier de quasi-contrat (A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, Caen, Université de Caen, 1989, n° 848 et s. ; P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, *et al.*, *op. cit.*, n° 31503 ; J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 552 ;

C) Le transfert légal

118. Intérêt du transfert légal – Le transfert de gestion peut finalement être légal. La nature de la loi est d'être une règle générale et abstraite qui s'applique à tous. L'initiative légale s'explique parce que la situation ayant nécessité la gestion était imprévue : à la suite d'un événement qui n'a pas été préparé, la loi va venir donner une solution pour éviter le dépérissement des biens et assurer une continuité de gestion. En fait, cela permet à un gestionnaire de continuer à administrer des biens, et en droit, cela solidifie sa situation en officialisant ses pouvoirs. Ce mécanisme permet cependant d'avoir accès à la liberté contractuelle, les règles en question étant, en général, supplétive. Il a également une vocation protectrice et va parfois instituer un transfert de gestion en accordant un droit sur la chose à une personne considérée comme vulnérable. Les règles légales prévoient ainsi un équilibre entre les intérêts des différentes parties, et s'assurent du respect de celui du propriétaire. Le transfert légal est lui aussi contradictoire avec le principe libéral, c'est pourquoi il reste très exceptionnel et ne se justifie que si la situation factuelle l'impose sans aucun doute, le juge contrôlant *a posteriori* l'existence des conditions requises si besoin. Sa vocation est toujours protectrice, soit des intérêts du propriétaire, soit de ceux du gestionnaire (en lui accordant des droits supplémentaires).

Pour qu'un transfert légal puisse s'opérer, il faut suivre une certaine méthode. Tout comme le judiciaire, le transfert légal est soit constitutif, soit déclaratif. Le transfert constitutif d'une situation juridique consiste en l'attribution d'un droit réel sur le bien d'un tiers impliquant la création d'une situation de gestion des biens d'autrui.⁸¹¹ Le transfert déclaratif vise à appliquer un statut juridique à une réalité factuelle, il passe donc par une étape de qualification. La loi prévoit ainsi certains critères qui, s'ils sont respectés, entraînent la reconnaissance du statut en question et l'application de ses effets. La différence entre le transfert judiciaire et le transfert légal est que le premier permet une appréciation individualisée des critères, alors que la qualification légale s'applique automatiquement dès lors que les conditions requises sont

A. BENABENT, *op. cit.*, n° 730). Pourrait également être citée la société créée de fait, dont les conditions et le régime sont jurisprudentiels, qui s'impose afin de protéger un associé vulnérable (en général, un concubin). Le juge décide de l'existence *a posteriori* d'une société, donc d'un patrimoine commun, et attribue une part de ce patrimoine à l'un des associés. C'est toutefois sur la qualité de propriétaire, et pas de gestionnaire, qu'intervient le juge, il n'opère donc pas réellement de transfert de gestion.

⁸¹¹ Cf. *supra* n° 99 sur la relation entre droits réels et gestion des biens d'autrui. Le droit réel en question est la plupart du temps un droit de jouissance, qui suppose la détention du bien, ce qui explique le transfert. Il peut toutefois s'agir de servitudes légales, qui ne donnent pas lieu à une détention du bien et ne réalise donc aucun transfert de gestion. V. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 257 et s.

réunies. Pour que le transfert soit complet, la loi doit désigner le nouveau gestionnaire, titulaire des prérogatives sur les biens d'autrui.

119. Transferts constitutifs – Le transfert de gestion légal constitutif passe par la création d'un droit réel fondée sur la situation du titulaire de ce droit. Il s'agit de mesures de protection visant à assurer le bénéfice de certaines utilités d'un bien à une personne en raison de sa vulnérabilité supposée. L'usufruit du conjoint survivant sur les biens successoraux en présence d'enfants communs en est un exemple.⁸¹² Il s'applique par présomption à défaut de choix entre l'usufruit sur les biens ou le quart en pleine propriété. On s'assure ainsi que le conjoint survivant conserve la jouissance des biens dont il bénéficiait probablement antérieurement au décès. Plus encore, le droit au maintien temporaire dans le logement⁸¹³ et le droit viager au logement du conjoint survivant⁸¹⁴ transfèrent immédiatement un droit de jouissance au partenaire ou époux survivant sur le logement qu'il occupait avant le décès. Dans un autre registre, le droit de rétention est attribué à tout créancier détenant un bien appartenant au propriétaire et objet du contrat fondant la créance.⁸¹⁵ La nature du droit de rétention est contestée dans la mesure où il n'offre pas une véritable utilité du bien, cependant, la simple détention qu'il permet occasionne l'existence d'une obligation de conservation, et donc d'une situation de gestion des biens d'autrui.⁸¹⁶

120. Gestion d'affaires – La gestion d'affaires est un cas très particulier de gestion des biens d'autrui, notamment du fait du caractère légal du transfert de gestion qu'elle implique.⁸¹⁷ Son originalité vient du fait que son existence dépend de la nature des actes accomplis par le gestionnaire. En effet, seul l'acte utile peut recevoir la qualification de gestion d'affaires, l'acte inutile étant par conséquent intrusif et illicite.⁸¹⁸ D'autres critères s'ajoutent à celui-ci : il faut que le gérant agisse sciemment et à l'insu ou sans opposition du maître

⁸¹² Art. 758-4 C. civ.

⁸¹³ Art. 763 C. civ. Ce texte est d'ordre public.

⁸¹⁴ Art. 764 C. civ.

⁸¹⁵ Art. 2286 C. civ.

⁸¹⁶ Cf. *supra*, n° 107.

⁸¹⁷ Un auteur (F. GORE, « Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations », D. 1953, chron. n° 7, p. 48) y voit l'application d'un devoir général d'assistance, ce qui nous semble exagéré. La gestion d'affaires est simplement une reconnaissance légale de l'utilité des actes réalisés et un moyen d'inciter à l'intervention en cas de danger pour les biens d'un tiers. Sur ce sujet, cf. R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, LGDJ, 1972 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil. Contrats*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2014, n° 234 et s.

⁸¹⁸ Sur la notion d'acte utile, cf. *infra*, n° 255.

d'affaires sans y être tenu.⁸¹⁹ Si c'est le cas, la loi reconnaîtra l'existence d'une gestion d'affaires et consolidera les actes passés par le gérant. Il s'agit bien ici d'un transfert légal : la loi reconnaît une situation de fait, désigne un gestionnaire et donne les critères que la situation doit respecter pour consolider le transfert de gestion.⁸²⁰

121. Administration légale – L'administration légale est l'archétype du transfert légal de gestion. Elle intervient dès lors que le propriétaire est un mineur non-émancipé et désigne comme gestionnaires les parents de ce mineur et fixe leurs pouvoirs.⁸²¹ La source légale est justifiée par le fait que la politique juridique vise à confier la responsabilité des enfants mineurs à leurs parents donc sauf nécessité, des règles générales et abstraites suffisent à régir cette situation. Il est présumé que les personnes les mieux à même de gérer les biens de l'enfant sont ses parents, comme il est présumé à l'article 537 du Code civil que la personne la mieux placée pour administrer les biens d'un majeur est le majeur lui-même. En contrepartie, les parents bénéficient d'un droit de jouissance légale, qui est un « usufruit universel soumis à des règles particulières ».⁸²²

En résumé, le transfert de gestion est un mécanisme exceptionnel dérogatoire au modèle du propriétaire-gestionnaire, lui-même fondé sur l'idéologie individualiste et libérale. Il apparaît lorsque certaines situations pratiques le commandent : le propriétaire ne peut pas gérer ses biens (parce qu'il n'est pas compétent ou absent), un tiers serait plus compétent que lui pour le faire (du fait de ses qualités personnelles, de la destination et/ou de la nature des biens en cause), ou les biens sont une propriété collective qui nécessite une gestion déléguée et organisée. Mais face à ces situations, le droit positif met à disposition plusieurs solutions possibles. Conformément au dogme libéral, il privilégie la voie conventionnelle et incite le propriétaire à déléguer lui-même la gestion. Il arrive toutefois que le transfert soit contraint, dans l'intérêt du propriétaire ou de tiers, il passera alors par une décision judiciaire. Plus

⁸¹⁹ Art. 1301 C. civ.

⁸²⁰ Certains régimes renvoient par ailleurs à la gestion d'affaires pour consolider des actes utiles réalisés à l'insu du propriétaire par des personnes supposées agir dans son intérêt (art. 219 al. 2 C. civ., art. 436 al. 2 C. civ., art. 815-4 al. 2 C. civ.).

⁸²¹ Art. 382 et s. C. civ. L'administration légale se fonde sur l'autorité parentale, confiée à égalité aux deux parents contrairement au droit antérieur qui parlait de « puissance paternelle ». I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 3 et s. Par exception, la gestion des biens du mineur peut être attribuée à un tuteur *via* un transfert judiciaire (art. 390 et s. C. civ.).

⁸²² P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2014, n° 934. V. art. 386-1 et s. C. civ. Étant attachée à l'administration légale (art. 386-1 C. civ.), la jouissance légale n'opère pas en elle-même de transfert de gestion, celui-ci étant déjà réalisé *via* l'administration légale. Certains biens sont exclus de la gestion par les parents (art. 386-4 C. civ.).

rarement, il est légalement prévu conformément aux valeurs défendues par le législateur : protection de certaines personnes vulnérables par l'attribution de droits sur les biens d'autrui, incitation à agir dans l'intérêt d'un propriétaire à son insu en cas de nécessité, responsabilisation des parents par l'administration des biens de leurs enfants.

Il convient à présent de démontrer ces affirmations à travers l'étude d'un cas particulier : la gestion du patrimoine successoral.

III Illustration : le patrimoine successoral

122. Exposé du problème – Le patrimoine successoral est un très bon exemple de la manière dont s'opère le processus de transfert de gestion dans une situation particulière : le changement brutal de propriétaire d'un patrimoine entier. Le décès d'une personne occasionne sa disparition, mais les biens dont elle était propriétaire subsistent et conservent leur utilité pour les vivants. Il faut donc les réaffecter. Le droit positif consacre des critères permettant de déterminer les bénéficiaires de la succession, et leur laisse le choix d'accepter ou non leur part du patrimoine. Plusieurs problématiques se révèlent alors. Premièrement, se pose la question de la propriété des biens : à qui appartiennent-ils entre le moment du décès et l'acceptation de la succession par les héritiers ? Deuxièmement, intervient le problème de la gestion : qui est chargé d'administrer les biens successoraux, et dans l'intérêt de qui ?

Classiquement, deux mécanismes s'opposent pour y répondre. Le premier est la succession aux biens : adopté dans les pays anglo-saxons, il admet que le patrimoine successoral reste sans propriétaire jusqu'à sa liquidation complète. Il est administré par un tiers dont le rôle est de gérer les biens successoraux et de désintéresser les créanciers. Finalement, les héritiers ne récoltent qu'un actif net, libre de charges au terme de la liquidation. Le second est la continuation de la personne. Issu du droit romain, il s'agit d'une fiction permettant de considérer que la personne du défunt se perpétue à travers ses biens, ce qui explique qu'ils soient transférés directement aux héritiers mais emportent avec eux le passif de la succession. Chaque héritier reçoit une part de l'actif et du passif successoral, ainsi que le pouvoir de gérer ces biens, empêchant l'intervention d'un tiers.⁸²³

⁸²³ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions. Les libéralités*, op. cit., n° 785 ; M. NICOD, « La continuation de la personne du défunt : principe général du droit français des successions ? », in H. SIMONIAN-GINESTE, (dir.), *La (dis)continuité en droit*, Toulouse, IFR Toulouse 1, 2014, p. 141-150 ; R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », RTD civ. 2016, p. 729.

Le Code civil de 1804 avait clairement opté pour le second mécanisme. Toutefois, ce dernier comporte des inconvénients. L'attribution des biens aux héritiers implique que c'est à eux de les administrer, sans qu'ils en aient nécessairement la compétence ou la volonté, ce qui peut porter atteinte aux intérêts de tiers comme les créanciers successoraux, dont des salariés lorsqu'une entreprise fait partie de l'actif successoral. C'est pourquoi par une loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 le législateur a modifié les règles de gestion du patrimoine successoral. Le principal effet de cette réforme est la soumission de la gestion à un intérêt commun des héritiers, au détriment des pouvoirs individuels de chacun.⁸²⁴ La doctrine y a vu une atteinte au droit de propriété individuel des héritiers.⁸²⁵ Nous considérons à l'inverse qu'aucune atteinte à la propriété des héritiers n'est à déplorer : cette loi n'a fait que moduler les pouvoirs de gestion des différents acteurs. Le patrimoine successoral est un exemple de gestion des biens d'autrui, dont il faut étudier les propriétaires (A) et les gestionnaires (B).

A) La propriété du patrimoine successoral

123. Transmission successorale – Selon une théorie remontant au droit romain, le propriétaire du patrimoine successoral ne serait autre que le défunt lui-même qui, grâce à une fiction juridique, survivrait le temps de la liquidation à travers la personne de ses héritiers.⁸²⁶ Cela expliquerait la variation des titulaires de parts successorales au fur et à mesure de l'exercice des options successorales et de la découverte des héritiers et pourquoi les pouvoirs des héritiers sur les biens successoraux sont limités. Cette conception contredit pourtant l'un des principes fondamentaux du droit civil, à savoir que la personnalité juridique prend fin lors du décès.⁸²⁷ Il paraît bien plus cohérent d'admettre que le décès transmet automatiquement la

⁸²⁴ Cf. *infra*, n° 184.

⁸²⁵ C. BRENNER, « La gestion de la succession », D. 2006, p. 2559 (« Sous couvert de protection de l'intérêt des héritiers, l'institution glisse déjà dans les textes en direction d'une conception sociale de la propriété par amputation de l'*abusus*. ») ; J. CASEY, « La gestion de l'hérédité : entre liberté et représentation forcée », Dr. et pat., 2007, n° 157 ; R. LIBCHABER, « Des successions... », art. préc. ; P. MALAURIE, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018, n° 169 (« un économisme mettant la survie de l'entreprise au-dessus des droits et des pouvoirs des héritiers. »). La plupart des auteurs considèrent que la loi de 2006 opère un rapprochement avec la succession aux biens, notamment du fait de l'intégration du mandat à effet posthume.

⁸²⁶ Sur le sujet, cf. O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, Paris, Arthur Rousseau, 1902 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 48 ; F. GASNIER, *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, Paris, Defrénois, 2013 ; M. NICOD, art. préc. La même explication est donnée pour expliquer la continuation du patrimoine de la personne morale après sa dissolution ou en cas de fusion (A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, t. 25, 2007, p. 92-112).

⁸²⁷ Cf. *supra*, n° 15.

propriété du patrimoine successoral aux héritiers selon les règles de dévolution légales et conventionnelles, sans référence à une transmission quasi-mystique.⁸²⁸ Le statut patrimonial de chacun va alors dépendre du résultat de cette dévolution : propriété exclusive d'un héritier unique, indivision entre plusieurs cohéritiers, usufruit et nue-propriété (parfois indivis)...⁸²⁹

Deux nuances doivent cependant être apportées. D'une part, certains légataires, du fait de la suspicion que peut inspirer leur titre et le risque d'imposture, doivent remplir une formalité supplémentaire avant de pouvoir appréhender leurs biens et d'en jouir.⁸³⁰ Malgré tout, ils sont propriétaires de la part qui leur a été dévolue dès le décès, dans la mesure où propriété et pouvoirs ne sont pas liés.⁸³¹ Bien qu'ils ne puissent pas user des biens avant que leur qualité d'héritier ne soit parfaitement démontrée, l'administration du patrimoine successoral devra être réalisée dans leur intérêt.⁸³² D'autre part, le droit de propriété des héritiers n'est pas consolidé avant l'acceptation de la succession. Ils se situent dans un entre-deux qui leur permet d'user des biens (ce qui fait d'eux de véritables propriétaires) et de réaliser certains actes de gestion, mais

⁸²⁸ C'est pourquoi les héritiers saisis (Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/2006, n° 04-30863) et les légataires saisis ou non titulaires d'une fraction du patrimoine (art. 1012 C. civ. ; Cass. Civ., 13/08/1851, *Toussaint* ; GAJC, 12^{ème} éd., n° 104 ; DP 1851.I.281) sont obligés aux dettes successorales *ultra vires* dès le décès. W. DROSS, « La saisine successorale », *Defrénois*, 2004, n° 7, p. 471, n° 13 ; F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 901 et s. L'explication est issue à l'origine de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau (A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 210 et s.). La jurisprudence ne s'encombre pas de cette fiction : Cass. Civ.1^{ère}, 04/07/2012, n° 11-10594 ; JCP G 2013, p. 442 ; RLDC, 2012, n° 97, art. 4827, obs. A. PAULIN.

⁸²⁹ Lorsqu'aucun héritier n'est connu, que tous ont renoncé ou qu'aucun n'a opté au bout de six mois, la succession est dite vacante (art. 809 et s. C. civ.). La situation est assez particulière puisque les héritiers n'ayant pas opté restent propriétaires, mais certains sont connus et d'autres non. Ce n'est cependant pas un problème dans la mesure où l'exercice de l'option fait varier de toute façon les droits de propriété de chacun. Il suffit de considérer que soit les héritiers connus, soit l'État sont propriétaires du patrimoine successoral, ce qui donne lieu à un régime mixte, proche de celui de l'acceptation à concurrence de l'actif net, où l'intérêt des créanciers devient primordial, les patrimoines sont séparés et la succession est gérée par un curateur dont l'objectif est de désintéresser les créanciers tout en conservant l'actif le plus important possible. Tant qu'il reste des héritiers connus, ils ont vocation à récupérer l'actif subsistant et sont par conséquent considérés comme propriétaires (c'est la raison pour laquelle ils sont créanciers de l'obligation de reddition de compte, art. 810-7 al. 2 C. civ.). S'il n'y en a pas ou que tous ont renoncé, la succession est en déshérence et l'État a vocation à la recevoir, il en est donc propriétaire (art. 811 et s. C. civ.). J. LEPROVAUX, « Les successions vacantes et en déshérence », *Dr. Fam.*, 2006, ét. 57.

⁸³⁰ Les légataires à titre particulier (art. 1014 C. civ.) et à titre universel (art. 1011 C. civ.) doivent demander la délivrance de leur part aux héritiers *ab intestat*. Le légataire universel suit un régime particulier : il est saisi au même titre qu'un héritier *ab intestat* en l'absence d'héritier réservataire et s'il dispose d'un testament authentique (art. 1006 C. civ.). En présence d'héritiers réservataires, il doit demander la délivrance comme les autres légataires (art. 1004 C. civ.), et si son testament est seulement olographe ou mystique, il doit faire vérifier sa situation par un notaire (art. 1007 C. civ.). Ces formalités ne sont pas requises lorsque le légataire a déjà la qualité d'héritier saisi (F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 792). Leur accomplissement permet d'assimiler les légataires aux héritiers saisis en termes de pouvoirs de gestion et d'usage des biens.

⁸³¹ « Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée. » (art. 1014 C. civ.). De même pour le légataire à titre universel : Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/2002, n° 99-18984 ; D. 2002, p. 2555, note R. LIBCHABER. F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 798 ; P. MALAURIE, C. BRENNER, *op. cit.*, n° 163.

⁸³² Ils ont la qualité d'indivisaire malgré les restrictions de leurs prérogatives (Cass. Civ., 1^{ère}, 05/03/2002, arrêt précité, qui exige l'accord du légataire non saisi pour réaliser un acte de disposition sur un bien successoral indivis).

leurs pouvoirs sont limités en raison du statut précaire qui est le leur.⁸³³ Cette restriction de pouvoirs est expliquée par le mécanisme de la saisine successorale, et sa violation entraîne l'acceptation tacite de la succession.⁸³⁴

124. Effets de l'option – Avant l'exercice de l'option successorale, la propriété des successibles n'est pas parfaite, c'est pourquoi leurs prérogatives de jouissance sont limitées.⁸³⁵ L'option successorale a donc pour conséquence de consolider le statut des héritiers, mais entraîne des effets différents selon le choix opéré.

L'acceptation pure et simple ne fait que confirmer la position qui était la leur. Ils acquièrent définitivement l'actif et le passif de la succession et sont soumis au régime complet applicable à leur situation (indivision, usufruit, nue-propriété ou propriété individuelle). À l'inverse, la renonciation entraîne la perte rétroactive de la qualité d'héritier et du statut de propriétaire des biens successoraux, ce qui a pour effet de faire varier la part des autres cohéritiers ou d'en intégrer de nouveau par l'effet de la représentation.⁸³⁶

L'acceptation à concurrence de l'actif net entraîne l'application d'un régime plus original, qui se rapproche beaucoup du droit des entreprises en difficulté.⁸³⁷ Une séparation des patrimoines a lieu, ce qui a pour conséquence la protection du patrimoine personnel de l'héritier.⁸³⁸ Les créanciers doivent déclarer leurs créances envers la succession et suspendre leurs poursuites.⁸³⁹ L'héritier choisit les biens qu'il souhaite conserver et les transfère dans son patrimoine propre en échange de leur valeur, et vend ceux qu'il ne veut pas garder.⁸⁴⁰ La loi lui

⁸³³ Art. 784 C. civ. Tout acte extérieur à cette liste ferait présumer l'acceptation par l'héritier qui le réalise. La loi mentionne les actes purement conservatoires ou de surveillance et les actes d'administration provisoire : cela démontre l'orientation conservatoire que le législateur entend donner à la gestion, présumant qu'il en va de l'intérêt commun des héritiers (cf. *infra*, n° 174). F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 769.

⁸³⁴ Art. 782 C. civ. Cette acceptation est irrévocable (art. 786 C. civ.) et empêche de se soustraire à l'obligation aux dettes successorales.

⁸³⁵ Ils peuvent ainsi percevoir les fruits des biens successoraux mais pas les consommer (art. 784, 2° C. civ.).

⁸³⁶ Art. 805 C. civ. À l'inverse de l'acceptation, la renonciation est révocable : son effet n'est pas définitif mais seulement si la succession est vacante (art. 807 C. civ.).

⁸³⁷ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 972 et s. *Contra*, V. BREMOND, « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », JCP N, 2006, p. 1331, qui constate la déjudiciarisation de la procédure, l'éloignant du modèle de la procédure collective.

⁸³⁸ Art. 791 C. civ. La séparation des patrimoines ne dure néanmoins que jusqu'au désintéressement des créanciers successoraux (art. 798 C. civ.). Précisons que le choix d'accepter à concurrence de l'actif net par un seul héritier entraîne l'application de ce régime à tous les héritiers ayant accepté, même simplement. Sur les relations entre les différents patrimoines appartenant au même propriétaire, cf. *infra*, n° 142 et s.

⁸³⁹ Art. 792 et s. C. civ.

⁸⁴⁰ Art. 793 C. civ.

confie la gestion du patrimoine successoral, dont il doit rendre compte devant les créanciers de la succession.⁸⁴¹

Au regard de ces dispositions, la détermination du propriétaire du patrimoine successoral semble complexe.⁸⁴² En effet, la loi dit bien que l'héritier administre la succession, mais ne dit pas dans l'intérêt de qui. Il doit cependant rendre des comptes aux créanciers. Il nous semble que l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net doit être considéré comme le propriétaire du patrimoine successoral pour plusieurs raisons.⁸⁴³ D'abord, il choisit lui-même les biens qu'il entend conserver ou aliéner, ce qui démontre qu'ils lui appartiennent. Ensuite, le patrimoine successoral a vocation à se fondre dans son patrimoine personnel à l'issue de la procédure, ce qui est un indice important de propriété d'un patrimoine.⁸⁴⁴ Enfin, la prise en compte de l'intérêt d'un tiers dans la gestion de biens n'implique pas nécessairement que celui-ci en est propriétaire. En effet, la présence de dettes au sein d'un patrimoine limite les pouvoirs de son gestionnaire, qui ne peut pas conclure d'actes en fraude des droits de ses créanciers. En principe, ces limitations sont minimales, mais dans certaines situations, l'intérêt des créanciers est considéré comme étant primordial, ce qui justifie l'augmentation des restrictions de pouvoir. C'est le cas de l'acceptation à concurrence de l'actif net, comme c'est le cas au sein d'une procédure collective.⁸⁴⁵ L'héritier acceptant est par conséquent à la fois propriétaire et gestionnaire du patrimoine successoral, cependant, ses pouvoirs sont particulièrement réduits du fait de l'importance de la prise en compte de l'intérêt des créanciers dans la gestion.⁸⁴⁶

Ainsi, les successibles, qu'ils soient légaux ou institués, sont propriétaires du patrimoine successoral dès le décès, le statut de chacun dépendant de la dévolution opérée et du déroulement de l'exercice de l'option successorale. Toutefois, leurs prérogatives de jouissance et de gestion sont limitées tant qu'ils n'ont pas accepté la succession et/ou démontré leur qualité. A partir de là, leur situation est consolidée. S'ils renoncent, les parts des autres héritiers évoluent. L'acceptation à concurrence de l'actif net n'entraîne aucun effet sur la propriété de la

⁸⁴¹ Art. 800 C. civ.

⁸⁴² G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 13.

⁸⁴³ Dans le même sens, V. BREMOND, art. préc., n° 8 : « L'héritier acceptant à concurrence de l'actif net est à la fois propriétaire des biens de la succession et administrateur, sinon des biens d'autrui, dans l'intérêt, au moins partiel, d'autrui. »

⁸⁴⁴ Cf. *infra*, n° 138.

⁸⁴⁵ Cf. *infra*, n° 153.

⁸⁴⁶ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 981. Cette importance s'explique par la réduction du gage des créanciers au seul patrimoine successoral, il s'agit en fait d'une contrepartie aux avantages que procure l'acceptation à concurrence de l'actif net.

succession mais restreint les pouvoirs de gestion des héritiers pour tenir compte de l'intérêt des créanciers, dont le gage est affecté du fait de l'autonomie du patrimoine successoral et de la suspension des poursuites. La propriété de la succession ne posant plus de problème, il convient de s'intéresser à sa gestion.

B) La gestion du patrimoine successoral⁸⁴⁷

125. Rôle de la saisine successorale – La saisine est une institution issue du droit coutumier dont le rôle a évolué dans le temps.⁸⁴⁸ La majorité des auteurs considère aujourd'hui qu'elle transfère à certains héritiers le pouvoir d'administrer les biens successoraux dans l'intérêt commun, en attendant la liquidation.⁸⁴⁹ Il s'avère que la saisine opère bien un transfert légal de gestion, ce qui signifie qu'elle déroge au principe du propriétaire-gestionnaire. En effet, les pouvoirs des héritiers saisis sont limités car leur droit de propriété est précaire tant qu'ils n'ont pas accepté, afin d'éviter qu'ils réalisent des actes graves qui iraient à l'encontre des futurs propriétaires ou qui porteraient atteinte à l'intérêt des tiers, pour ensuite renoncer à la succession. De plus, la saisine est attribuée à certains seulement des propriétaires des biens successoraux, ce qui signifie qu'ils doivent agir dans l'intérêt commun des héritiers saisis et des légataires.⁸⁵⁰ Ces derniers, bien que titulaires d'un droit de propriété sur les biens successoraux, n'ont aucun pouvoir de gestion avant la délivrance.⁸⁵¹

En résumé, avant exercice de l'option, tous les successibles, légataires ou légataires, sont propriétaires des biens successoraux collectivement. Les héritiers saisis ont des pouvoirs limités

⁸⁴⁷ Nous faisons ici référence à la gestion du patrimoine successoral en général et durant le temps de la succession, cela ne concerne donc pas les biens particuliers grevés de charges par le défunt au travers de libéralités graduelles, résiduelles ou avec charge, ou d'une clause d'inaliénabilité.

⁸⁴⁸ W. DROSS, art. préc.

⁸⁴⁹ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 316 ; M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », Defrénois, 2007, n° 1, p. 3 ; P. MALAURIE, C. BRENNER, *op. cit.*, n° 164. *Contra*, W. DROSS, art. préc. L'auteur se justifie en fondant le pouvoir de gestion des héritiers saisis sur leur droit de propriété, il serait donc limité par leur statut d'indivisaire. Cette démonstration ne tient plus aujourd'hui puisque la loi du 23/06/2006 a étendu les pouvoirs des indivisaires (art. 815-3 C. civ.) sans modifier ceux des héritiers saisis (art 784 C. civ.). Par ailleurs, de l'aveu de l'auteur, lorsque l'héritier est simplement usufruitier comme c'est le cas parfois du conjoint survivant, ses pouvoirs ne correspondent pas à ceux de son statut (*ibid.*, n° 21). V. aussi J. MAURY, « Réquisitoire contre la saisine », in *Mélanges à la mémoire de Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 335-351.

⁸⁵⁰ Un arrêt intéressant démontre ce principe : un légataire universel en conflit avec des héritiers réservataires se considère comme étant propriétaire exclusif des biens successoraux et refuse donc la nomination d'un mandataire successoral judiciaire. La Cour de cassation lui donne tort : tant que la succession n'est pas définitivement résolue, les biens doivent être gérés dans un intérêt commun, ce qui peut justifier la nomination d'un mandataire judiciaire (Cass. Civ. 1^{ère}, 17/10/2019, n° 18-23409 ; JCP N, 2019, n° 43-44, 830, note Q. PRIM). *Contra* : J. MAURY, art. préc., p. 343 : l'auteur confond attribution de la saisine, qui est défavorable aux successeurs non saisis, et exercice de la saisine, qui doit se réaliser dans leur intérêt.

⁸⁵¹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 810.

en raison du caractère précaire de leur droit, et les légataires non saisis n'ont aucune prérogative avant délivrance du fait de la suspicion qui entoure leur titre. Les héritiers saisis doivent administrer les biens dans l'intérêt commun de tous les copropriétaires et des tiers.⁸⁵² Par conséquent, si un héritier saisi est seul successible, ses pouvoirs resteront limités jusqu'à l'exercice de l'option malgré son droit de propriété, et un héritier non réservataire saisi n'ayant aucun droit sur les biens (par exemple parce que plusieurs légataires à titre universel sont investis sur l'ensemble de l'actif successoral) doit gérer les biens dans l'intérêt des légataires non saisis en raison du transfert de gestion opéré par la loi.⁸⁵³

126. Mandats successoraux – Le transfert de gestion peut être également conventionnel ou judiciaire et revêtir plusieurs formes, dont certaines sont très originales. La plus classique est le mandat conventionnel confié par les héritiers à l'un d'eux ou un tiers (art. 813 C. civ.), qui n'est qu'une application du mandat ordinaire de propriétaires déléguant la gestion de leurs biens. Le mandat post mortem est un peu plus spécifique. Il déroge à l'une des causes d'extinction du mandat (le décès du mandant) afin qu'il puisse se prolonger jusqu'à la réalisation complète de la mission.⁸⁵⁴ La position contractuelle se transmettant aux héritiers, le mandataire agira dans leur intérêt et ils restent libres de le révoquer. Dans les deux cas, il s'agit d'un contrat réunissant les héritiers (mandants) et le gestionnaire mandataire.⁸⁵⁵

Les autres mandats successoraux sont plus contestés parce qu'ils s'imposent aux héritiers. L'exécuteur testamentaire est nommé par le défunt pour exécuter ses dernières volontés et peut se voir attribuer des pouvoirs de gestion afin d'exercer sa mission (art. 1029 et s. C. civ.).⁸⁵⁶ Il agit selon les directives du défunt mais dans l'intérêt des successeurs, et ses pouvoirs sont limités à l'exécution de sa mission, il est donc peu critiqué. Le mandat judiciaire est un transfert judiciaire qui s'impose aux héritiers en raison d'une mauvaise gestion de leur

⁸⁵² L'article 784 mentionne « l'intérêt de la succession », or la succession n'est pas une personne. Le terme utilisé semble avoir été choisi pour son aspect objectif : la succession concerne les personnes qui ont vocation à récupérer les biens *in fine* mais également les créanciers successoraux. En ne nommant pas le titulaire de l'intérêt visé, la loi objectivise la gestion et l'oriente vers un but qu'elle choisit : la conservation du patrimoine (cf. *infra*, n° 174).

⁸⁵³ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 316 ; J. MAURY, art. préc. ; W. DROSS, art. préc., n° 23.

⁸⁵⁴ La jurisprudence a admis qu'il s'agissait d'une disposition supplétive (Cass. Req., 22/05/1860, DP 1860.I.448 ; S. 1860.I.721).

⁸⁵⁵ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 149.

⁸⁵⁶ W. DROSS, art. préc., n° 24. L'auteur assimile l'exécuteur testamentaire à un mandataire *post mortem*.

part ou d'un conflit d'intérêts (art. 813-1 et s. C. civ.). Dans la mesure où il émane du juge, il est relativement accepté par la doctrine.⁸⁵⁷

Le mandat à effet posthume, en revanche, est beaucoup plus contesté du fait de sa nature contractuelle et parce qu'il s'impose aux héritiers.⁸⁵⁸ Certains auteurs y voient une véritable spoliation et une atteinte au droit de propriété des héritiers.⁸⁵⁹ Le mandat posthume est conclu par le défunt avant sa mort dans l'intérêt des héritiers et vise à réduire leurs pouvoirs de gestion. Il n'en fallait pas plus pour que cette institution soit rapprochée de la fiducie.⁸⁶⁰ Les deux mécanismes sont pourtant très différents dans la technique qu'ils mettent en œuvre : la fiducie entraîne la création d'un patrimoine secondaire complètement autonome.⁸⁶¹ Le mandat posthume implique une représentation⁸⁶², sa seule particularité est qu'il s'impose au représenté⁸⁶³ et lui retire ses pouvoirs de gestion.⁸⁶⁴ C'est là le seul point commun entre les deux mécanismes : la restriction des pouvoirs du propriétaire. Or, pouvoirs et propriété sont distincts, donc la restriction des pouvoirs ne porte pas atteinte à la propriété. Les héritiers continuent à jouir des biens gérés par le mandataire, qui exerce sa mission dans leur intérêt.

En conclusion, la gestion de la succession est transférée légalement et automatiquement aux héritiers saisis, puis aux légataires après accomplissement des formalités nécessaires. Ce mécanisme est une exception au principe du propriétaire-gestionnaire justifiée par le caractère précaire du droit de propriété des héritiers avant option, qui implique une restriction de leurs pouvoirs, et par la suspicion qui pèse sur le titre des légataires non-saisis, qui se traduit par une

⁸⁵⁷ V. toutefois C. BRENNER, art. préc. ; G. GIL, « Du mandataire successoral désigné en justice », RLDC, 2007, n° 44 ; P. MALAURIE, C. BRENNER, *op. cit.*, n° 171.

⁸⁵⁸ Art. 812 et s. C. civ.

⁸⁵⁹ Cf. *supra*, note 825.

⁸⁶⁰ M. GRIMALDI, art. préc., n° 5 ; J. CASEY, art. préc. ; B. VAREILLE, « Le mandat à effet posthume », LPA, 28/06/2007, n° 123, p. 16, n° 2 ; A. AYNES, « L'administration de la succession par autrui », JCP N, 2008, p. 1246, n° 20 ; J. LEPROVAUX, « Les pouvoirs du mandataire à effet posthume », LPA, 12/09/2012, n° 183, p. 59 ; R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », art. préc. *Contra*, qui distingue clairement le mandat posthume et la fiducie : L. CHAMBAZ, « Le mandat posthume, le *trust* et la fiducie », RLDC, 2006, n° 33 ; S. HEBERT, art. préc.

⁸⁶¹ Cf. *supra*, n° 94 et s.. Ce n'est pas non plus un mécanisme fiduciaire au sens classique, le mandataire n'ayant pas la propriété des biens gérés. *Contra*, considérant que le mandat à effet posthume n'emporte pas de représentation : F. BICHERON, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in N. Dissaux (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 97-113.

⁸⁶² Cf. *infra*, n° 364.

⁸⁶³ Dont la qualité de mandant est contestée : est-ce celui qui conclut l'acte ou celui qui en subit les effets ? M. GRIMALDI, art. préc. ; B. MALLET-BRICOUT, « Contribution à l'étude de la théorie de la représentation : La substitution de mandataire », LPA, 21/12/1999, n° 253, p. 13 ; S. HEBERT, art. préc. ; G. WICKER, « Mandats successoraux : Le mandat à effet posthume », J.-Cl. Civil Code, 2014, n° 5.

⁸⁶⁴ M. GRIMALDI, art. préc. ; G. WICKER, C. ARNAUDIN, « Synthèse : Mandats successoraux : Mandat à effet posthume », J.-Cl. Civil Code, 2021, n° 22. Sur le dessaisissement de pouvoirs provoqué par le mandat à effet posthume, cf. *infra*, n° 265.

suppression totale de leurs pouvoirs sur les biens successoraux et une suspension de l'exercice de leur propriété. De manière facultative, un mandat successoral peut être conclu par le défunt ou les héritiers pour transférer conventionnellement la gestion à un tiers ou l'un des héritiers. Le juge peut également l'imposer judiciairement. Quelle que soit la situation, la propriété des héritiers n'en est jamais affectée⁸⁶⁵ et la gestion doit toujours être opérée dans leur intérêt à tous, et ce jusqu'à la liquidation du patrimoine successoral.

127. Conclusion du chapitre – Le droit positif est inspiré de l'idéologie libérale et individualiste, ce qui se traduit en droit des biens par le modèle du propriétaire-gestionnaire : celui qui bénéficie des utilités d'un bien est en principe celui qui doit décider de son administration, afin d'optimiser son usage. Par exception, un transfert de gestion peut avoir lieu, ce qui fonde la création d'une situation de gestion des biens d'autrui. Ce transfert ne se manifeste pas nécessairement par l'existence d'un pouvoir ou d'un droit sur le bien. Il trouve sa source dans un besoin pratique, pris en compte par le droit au travers de diverses normes qui s'adaptent à la volonté des parties et aux nécessités de la situation. A ce titre, le patrimoine successoral démontre qu'à partir d'une réalité pratique (la disparition du propriétaire et le transfert de ses biens à ses héritiers), plusieurs réponses juridiques peuvent être apportées au travers d'un transfert de gestion légal (saisine), conventionnel (mandat de droit commun, mandat à effet posthume, exécuteur testamentaire) ou judiciaire (mandat judiciaire).

128. Conclusion du titre – A ce stade de la démonstration, nous avons exposé le postulat fondamental de notre thèse, selon lequel la propriété et la gestion sont deux notions distinctes et indépendantes, qui peuvent coexister ou être séparées. Pour l'admettre, il convient de redéfinir la propriété en tant que lien de droit attribuant à une personne une exclusivité de principe sur l'usage de ses biens. La gestion est complémentaire à la propriété puisqu'elle consiste en l'accomplissement d'actes juridiques ou matériels ayant pour finalité cet usage ; mais elle en est indépendante dans la mesure où le propriétaire n'est pas nécessairement gestionnaire de ses propres biens. Il s'agit toutefois de la situation normale, en raison de l'idéologie libérale, rationaliste et individualiste qui irrigue le droit positif. Par exception, un transfert de gestion peut avoir lieu lorsque la situation de fait le nécessite, qui sera consolidé au travers d'une norme juridique conventionnelle, judiciaire ou légale.

⁸⁶⁵ Pour les légataires non saisis, l'usage des biens est suspendu non pas du fait de l'absence de saisine (qui est un mécanisme transférant la gestion et pas la propriété) mais en raison d'un problème relatif à la preuve de leur statut d'héritier, autrement dit de propriétaire. Cf. W. DROSS, art. préc., n° 11.

Nous avons abordé jusqu'ici l'origine de la gestion des biens d'autrui. Il nous reste à présent à étudier sa raison d'être.

Titre 2 : La finalité de la gestion des biens d'autrui

Toute institution juridique existe pour remplir une mission, et déterminer celle de la gestion des biens d'autrui permet de prouver sa pertinence. Pour cela, il convient de la comparer avec la situation du propriétaire-gestionnaire. Ce travail nécessite de passer par deux étapes. D'abord, constater qu'il existe un certain nombre de contraintes qui s'appliquent à toute gestion, qu'elle soit réalisée par le propriétaire lui-même ou un tiers-gestionnaire. Les identifier est un préalable essentiel afin de les écarter et d'analyser ce qui fait réellement la spécificité de la gestion des biens d'autrui. Ensuite, analyser l'exercice de la gestion et comparer les deux situations pour en relever les différences. On découvre alors que la particularité de la gestion des biens d'autrui se révèle au stade de la détermination de l'intérêt du propriétaire : là où, normalement, le propriétaire exprime lui-même son intérêt, c'est ici un tiers qui va devoir l'interpréter, ce qui justifie l'application d'un régime particulier. La théorie générale de la gestion des biens d'autrui a donc pour fonction de mettre en place des mécanismes de protection de l'intérêt du propriétaire lorsqu'un tiers a la charge de le déterminer.

Nous étudierons donc dans l'ordre les contraintes communes à toute gestion (Chapitre 1), puis le point de divergence propre à la gestion des biens d'autrui, la satisfaction de l'intérêt du propriétaire (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les contraintes de gestion

L'étude du droit positif nous apprend qu'il existe de nombreuses contraintes qui s'appliquent à tout gestionnaire, quel que soit sa qualité. Leur point commun est d'intégrer l'intérêt d'un tiers à la gestion, qui n'est ni le propriétaire des biens, ni le gestionnaire. Il arrive en effet que soit pris en compte un autre intérêt, particulier ou général, lors de l'administration des biens, ce qui limite la liberté du gestionnaire. On peut classer ces contraintes en deux types : celles qui sont liées à la gestion d'un bien particulier (Section 1) et celle qui sont attachées à la gestion d'un patrimoine entier (Section 2).

Section 1 : Les contraintes liées à la gestion d'un bien particulier

Certains biens imposent à celui qui les administre de respecter plusieurs contraintes, ce qui va diminuer ses prérogatives. Ces limitations peuvent être intrinsèques au bien en question et provenir de son utilité sociale : en raison de sa nature ou de ce qu'il représente pour la société, la liberté du gestionnaire est réduite (§ 1). Elles peuvent également être extrinsèques et provenir d'un transfert d'utilités s'imposant au propriétaire. Puisqu'un tiers peut également user du bien, le gestionnaire doit respecter cette destination même s'il est propriétaire (§ 2).

§ 1 : L'utilité sociale des biens

129. Approche réaliste – Nous avons décidé d'adopter une approche réaliste de la notion de bien.⁸⁶⁶ Cela signifie que le régime de chaque chose dépend de l'usage particulier qu'il est possible d'en faire, et non pas des prérogatives qu'un individu est en mesure d'exercer sur lui. Lorsque cet usage est déterminé *a priori* par des considérations techniques ou en vue d'une finalité protectrice, on parle « d'utilité sociale ».⁸⁶⁷ Dans ces situations, la gestion du bien en question doit tenir compte d'un autre intérêt que celui du propriétaire, qui est soit celui de la société entière (l'intérêt général), soit celui d'un tiers. La détermination de cet intérêt se fait selon la nature du bien (qui impose un usage particulier) ou d'après les indications d'une norme

⁸⁶⁶ Cf. *supra*, n° 31.

⁸⁶⁷ B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination : Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *Revue Juridique Thémis*, Université de Montréal, 2014, 48-2, p. 537 et s., n° 15 et 16. Dans le même sens, C. ATIAS, « Destins du droit de propriété », *Droits*, 1985, p. 9. V. aussi J.-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, p. 1-31.

qui explicite quels usages sont réservés ou interdits.⁸⁶⁸ La gestion du bien est par conséquent contrainte *a priori* par sa nature ou la destination qu'imposent la loi ou le propriétaire.

On retrouve ces considérations quant à la gestion des biens immatériels (I), dont la nature a une influence sur leur gestion. Il convient d'appliquer ces principes à deux autres catégories de biens : les biens protégés (II) et les biens négatifs (II).

I Les biens immatériels

130. Choses incorporelles – Certains biens, du fait de leur nature, appellent un régime particulier. Il s'agit des biens immatériels.⁸⁶⁹ Du fait de cette caractéristique, leur qualification de bien est parfois malaisée. Pour certains d'entre eux, la doctrine reconnaît assurément une valeur, avant tout économique et *a fortiori* juridique, ce qui leur donne la qualité de biens. D'autres font encore l'objet de débats quant à leur nature et la possibilité de leur appropriation.⁸⁷⁰ Tous impliquent des contraintes de gestion spécifiques.

Parmi les biens immatériels dont l'appropriation ne fait pas de doute dans la doctrine majoritaire, on peut citer d'abord le fonds de commerce et ses dérivés⁸⁷¹, les biens qualifiés de « propriété intellectuelle »⁸⁷² (bien que certains récusent ce terme)⁸⁷³, et les valeurs mobilières.⁸⁷⁴ L'information serait même un « atome » de bien incorporel, pouvant être

⁸⁶⁸ W. DROSS, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Domat, 4^{ème} éd., 2019, n° 11.

⁸⁶⁹ Sur l'apparition du critère de la corporéité et sa critique, cf. *supra*, n° 25 et s.

⁸⁷⁰ Sur les droits subjectifs, cf. *supra*, n° 96. Concernant la monnaie, dont l'étude serait trop complexe à mener ici, nous renvoyons à l'étude de R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1992. Rappelons simplement que la monnaie scripturale n'est pas un bien appropriable mais a la nature d'une créance stipulée dans une unité de compte donnée. Dans le même sens, C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2019, n° 6.

⁸⁷¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 54 et s. ; W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 419 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 58 et s. Cf. *supra*, n° 74.

⁸⁷² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 65 et s. ; C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », JCP G, 2004, doctr. 162 ; W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 429 et s. ; R. LIBCHABER, « Biens », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 62. La jurisprudence les a qualifiés de biens : CC, 27/07/2006, n° 2006-540 DC, obs. T. REVET, RTD civ., 2006, p. 791 ; CEDH, 29/01/2008, *Balan c/ Moldavie*. De même pour la loi, qui parle de « droit de propriété » (art. L 111-1 C. Prop. Int.).

⁸⁷³ F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 64 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 207-209.

⁸⁷⁴ T. BONNEAU, « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés », RTD com., 1988, p. 535, n° 79 et s. ; P. GOUTAY, « La notion de valeur mobilière », D. 1999, p. 226 ; A. REYGROBELLET, « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », RTD com., 1999, p. 305 ; V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, n° 131 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 62 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 57. De même pour le portefeuille de valeurs, qualifié d'universalité de fait (Cass. Civ. 1^{ère}, 12/11/1998, n° 96-18.041, Bull. civ. I, n° 315 ; M. STORCK, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », in *Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 695-707). Par ailleurs, la qualification de bien des valeurs mobilières

qualifiée comme tel dès lors qu'elle est susceptible d'être individualisée et traitée.⁸⁷⁵ Nous retrouvons dans toutes ces situations l'existence d'un régime particulier en raison de leur nature immatérielle.⁸⁷⁶

Celle-ci donne lieu à plusieurs effets. D'abord, les biens immatériels ne s'imposent pas au juriste de la même manière que les choses corporelles, et une reconnaissance normative est nécessaire pour que le droit positif les reconnaisse.⁸⁷⁷ Ensuite, la réservation de leurs utilités à un propriétaire est bien plus complexe, dans la mesure où ils peuvent être accessibles à tous.⁸⁷⁸ C'est pourquoi une réglementation importante est nécessaire pour déterminer dans quelle mesure l'usage de tel bien peut être réservé ou contraint, en fonction de son utilité sociale et de sa nature. La gestion du bien en question en est conséquemment limitée. Ainsi, la détention d'un brevet oblige son propriétaire à l'exploiter, sous peine de perdre sa licence d'exploitation.⁸⁷⁹ La raison en est que l'exploitation du brevet est supposée répondre à un besoin du marché, il est donc nécessaire de le mettre à disposition de tous en conformité avec l'intérêt général. Il est possible aussi que la gestion soit soumise à un intérêt privé. C'est le cas par exemple du droit d'exploiter une œuvre littéraire ou artistique, qui doit être exercé conformément à la destination prévue par l'auteur.⁸⁸⁰ Enfin, certains sont des universalités de fait, comme le fonds de commerce ou le portefeuille de valeurs mobilières, ce qui implique une certaine fongibilité de leur contenu. Cette qualité va avoir une influence sur leur gestion.⁸⁸¹

devrait lever le doute sur celle des droits subjectifs et des parts de groupements, puisque les valeurs mobilières ont techniquement l'une ou l'autre de ces natures.

⁸⁷⁵ Sur ce sujet, voir les éclairantes contributions de nombreux auteurs : P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984, chron. 27, p. 97 ; « La « propriété » de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 97-112 ; J.-C. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », D. 1994, p. 229 ; N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », D. 1997, chron. 330 ; E. DARAGON, « Étude sur le statut juridique de l'information », D. 1998, p. 63 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 265-267. La plupart de ces auteurs distinguent plusieurs types d'informations afin d'admettre que certaines soient protégées du fait de l'utilité sociale qu'elles représentent (notamment les données à caractère personnel, exclusivement appropriées par la personne qui en est l'objet, et celles accessibles à tous, qualifiées de choses communes), ce qui rejoint notre thèse.

⁸⁷⁶ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 306.

⁸⁷⁷ C'est ce qui explique les débats autour de la qualification des données personnelles par exemple. Sur ce sujet, v. A. BENSOUSSAN, « Propriété des données et protection des fichiers », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 296, p. 2 ; M. BERNELIN, « La patrimonialisation des données personnelles : entre représentation(s) et réalité(s) juridiques », *JCP G*, 2019, doctr. 1172 ; M. DESTREGUIL, « Plaidoyer en faveur d'une approche propriétaire des données personnelles », *Personnes et familles*, 2019, n° 3.

⁸⁷⁸ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281-305. De nombreux biens immatériels sont non-rivaux (plusieurs personnes peuvent en user en même temps sans gêner les autres utilisateurs). Cf. *supra*, n° 31.

⁸⁷⁹ Art. L. 613-11 C. prop. int.

⁸⁸⁰ Art. L. 131-3 C. prop. int.

⁸⁸¹ M. STORCK, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. préc. ; F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempycose de la valeur) », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 605-639 (qui fonde l'obligation de remplacer le bien sur la fongibilité). Cf. *supra*, n° 99 et *infra*, n° 328. Lorsque les biens font partie d'une universalité et sont fongibles, la

131. Parts de groupements – Il nous faut également étudier une autre catégorie particulière de biens incorporels, celle des parts de groupements.⁸⁸² Les groupements sont des masses de biens constituées par plusieurs personnes dont chacune détient une portion abstraite de l'ensemble, représentant les biens les composant. La détention de quotes-parts confère des prérogatives sur ces universalités quant à leur gestion, l'usage des biens qu'elles contiennent et la perception des revenus qu'elles produisent.⁸⁸³ Ces prérogatives diffèrent dans leur importance selon la nature du groupement envisagé. Elles peuvent aller d'une jouissance directe des biens compris dans le groupement⁸⁸⁴ jusqu'à l'impossibilité d'accomplir un quelconque acte sur eux⁸⁸⁵, en passant par un droit de vote dans les décisions concernant leur gestion.⁸⁸⁶

Les groupements sont généralement classés en deux types, ceux qui ont la personnalité morale et ceux qui ne l'ont pas. Concernant les premiers, la doctrine majoritaire qualifie les parts sociales de créances envers la personne morale.⁸⁸⁷ Cette qualification est pratique puisqu'elle implique la nature de droit subjectif, et donc la qualité de bien.⁸⁸⁸ Mais que dire pour les parts de groupements sans personnalité morale ? On ne peut pas avoir une créance envers un patrimoine qui n'est pas personnifié, la créance étant un lien entre sujets de droits. Là encore, la doctrine évite le problème, estimant que ces parts étant échangeables, elles représentent une valeur et donc un bien.⁸⁸⁹ Or, cela ne résout pas le problème de leur nature.

jurisprudence admet qu'ils puissent être aliénés sans que cela porte atteinte à sa substance (Cass. Civ. 1^{re}, 12/11/1998, *Baylet*, n° 96-18041, Bull. civ. I, n° 315 ; GAJC, 12^e éd., n° 77 ; D. 1999. 167 ; D. 1999. 633, note D. FIORINA ; RTD civ., 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; RTD com., 1999, p. 459, obs. M. STORCK ; JCP N 1999. 351, note H. HOVASSE).

⁸⁸² F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 56. Pour une présentation générale des thèses en présence, cf. A. IONASCO, « La nature juridique du droit de copropriété », in *Aspects du droit privé en fin du XXe siècle : Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, p. 21-30.

⁸⁸³ Cf. *infra*, n° 140.

⁸⁸⁴ Ex. : art. 815-9 C. civ. : « Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. »

⁸⁸⁵ Ex. : Le fonds commun de placement est géré exclusivement par la société de gestion qui en a la charge, les porteurs n'ayant aucun pouvoir sur cette gestion (cf. P. JESTAZ, « Fonds communs de placement », RTD civ., 1980, p. 180 ; T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », RTD civ., 1991, p. 1 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 729).

⁸⁸⁶ C'est le mode normal de gestion des sociétés, sur le fondement de l'art. 1844 C. civ. : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. »

⁸⁸⁷ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p. 102 ; J. DABIN *Le droit subjectif* (1952), Paris, Dalloz, 2007, p. 209 ; P. GOUTAY, art. préc. ; G. RIPERT, R. ROBLLOT, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, Paris, LGDJ, 18^{ème} éd., 2002, n° 1081 ; F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeurs mobilières », Bull. Joly, 2000, p. 765 ; V. MERCIER, *op. cit.*, n° 119 ; H. LE NABASQUE, « Les actions sont des titres de créance négociables », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 671. Un auteur va jusqu'à assimiler les actions aux obligations lorsque l'actionnaire est un simple bailleur de fonds (qu'il distingue de l'actionnaire de contrôle) : T. BONNEAU, « La diversification... », art. préc.

⁸⁸⁸ Cf. *supra*, n° 96.

⁸⁸⁹ Cf. le raisonnement et les références utilisées par V. MERCIER, *op. cit.*, n° 141.

Nous estimons que les parts de groupements, quelle que soit la nature de ces masses, ne sont pas des droits subjectifs mais des entités *sui generis*, des titres représentant une propriété collective et indirecte sur des biens constitués en masse.⁸⁹⁰ Comme les droits subjectifs, elles n'ont pas d'existence dans la réalité et sont de purs objets juridiques. Comme eux également, elles peuvent faire l'objet de règles particulières en raison de l'utilité sociale qu'elles représentent, comme leur inaliénabilité par exemple.⁸⁹¹

Qu'il s'agisse de choses extrajuridiques présentant une utilité technique ou d'entités existant uniquement dans le monde du droit, les biens immatériels, du fait de leur nature, impliquent un régime particulier. La prise en compte de leur utilité sociale a lieu d'abord lors de leur reconnaissance, pour savoir s'ils méritent la qualification de bien ou non. Pour les droits subjectifs et les parts de groupements, leur utilité ne fait aucun doute puisqu'ils représentent par essence des prérogatives juridiques. Ils peuvent par ailleurs acquérir une utilité économique lorsqu'ils sont accessibles à l'échange. Les choses incorporelles posent plus de problème car si leur utilité est reconnue, leur appropriation pose des questions. La prise en compte de leur utilité sociale se fera ensuite dans le cadre de leur régime, qui sera nécessairement adapté, et plus encore selon le rôle qui leur est assigné.

⁸⁹⁰ Cette approche se justifie par notre définition donnée à la personne juridique et à notre conception de la propriété collective, cf. *supra*, n° 15 et s. Dans le même sens, A. IONASCO, art. préc. ; G. GOUBEAUX, « Personne morale, droit des personnes et droit des biens », in *Aspects du droit commercial français : études dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 214-215 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil : Livre du bicentenaire*, Paris, Litec, 2004, p. 297-372, n° 19 ; D. MARTIN, « La propriété, de haut en bas », D. 2007, p. 1977, n° 27-28 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 49 (qui parlent de « droits sociaux » mais uniquement pour les titres sociaux) ; F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 480. Le professeur Dross s'en rapproche lorsqu'il définit les titres sociaux comme des « qualités », même si sa conception est plus personnaliste que réaliste (W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 506). De même pour MM. Libchaber (R. LIBCHABER, « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 717-736) et Wicker (G. WICKER, « La notion de patrimoine », in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244, n° 34), qui parlent de « position contractuelle »

⁸⁹¹ C'est le cas de la communauté conjugale, dont les parts sont inaliénables, ce qui les invisibilise (cf. *infra*, n° 140). La raison est assez évidente : on protège les époux en empêchant qu'un tiers puisse devenir copropriétaire des biens familiaux. Les quotes-parts indivises font également l'objet d'un droit de préemption en cas de cession afin de protéger les intérêts des coindivisaires (art. 815-14 C. civ.). Les restrictions peuvent aussi être contractuellement prévues, comme une clause d'agrément au sein d'un contrat de société.

II Les biens protégés

Lorsque la loi impose une utilité particulière à certains biens, elle en réduit les usages possibles pour privilégier celle-ci.⁸⁹² Le gestionnaire du bien, qu'il s'agisse du propriétaire ou d'un tiers, devra alors tenir compte de ces restrictions. Rappelons qu'il s'agit de régimes particuliers et exceptionnels, le principe libéral restant la norme. Malgré tout, un certain nombre de biens sont concernés. L'étude de quelques exemples est ainsi éclairante.

132. Biens protégés par nature – Certaines choses, du fait de leur nature, font l'objet d'une protection particulière malgré leur appropriation.⁸⁹³ La conservation de ces entités satisfait en elle-même l'intérêt général, justifiant la restriction des prérogatives de leur propriétaire.⁸⁹⁴ Le statut de l'animal en est l'exemple le plus actuel. Source d'utilités incontestables pour l'homme depuis la nuit des temps, l'évolution des consciences a amené celle du droit positif en faveur d'une meilleure protection, jusqu'à le qualifier légalement « d'être doué de sensibilité », distinct des biens meubles mais en épousant le régime.⁸⁹⁵ Il n'en

⁸⁹² R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 30 ; R. BOFFA, « Quel avenir pour la notion de bien ? », in *L'avenir du droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 52 et s. ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 5 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 39 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 29.

⁸⁹³ Parmi les choses en question, nous excluons dès à présent celles rattachés à la personne, c'est-à-dire les éléments du corps humain et les droits de la personnalité. Chacun fait l'objet de vifs débats qui sont encore en cours et dont le résultat est loin d'être tranché. Nous engager sur ce terrain ne serait pas pertinent au regard de notre sujet, la gestion de ces éléments par autrui étant par ailleurs difficile à envisager. Sur ce sujet, mieux vaut se référer à la littérature abondante dont voici quelques exemples : P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, p. 444 ; J.-C. GALLOUX, « La distinction entre la personne et la chose », in *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, Litec, 1991, p. 213-215 ; S. LAVROFF-DETRIE, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain*, thèse de doctorat, Paris I, 1997 ; X. LABBEE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999, p. 437 ; « Le statut juridique du corps humain après la mort », *Rev. gén. dr. méd.*, 2002, p. 277 ; R. MARTIN, « Personne, corps et volonté », *D.* 2000, p. 505 ; J. HAUSER, « L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher », *RTD civ.*, 2004, p. 482 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 31 et 40 ; M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 805 ; A.-B. CLAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS*, 2015, p. 865 ; E. UMBERTO GOÛT, « Sommes-nous propriétaires de notre corps ? », *RTD civ.*, 2020, p. 315 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 19-21 (nous adhérons à la conception réaliste qu'elle présente ainsi qu'aux nuances apportées).

⁸⁹⁴ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 245.

⁸⁹⁵ Art. 515-14 C. civ. L'évolution législative a commencé avec la Loi n° 99-5 du 6/01/1999, qui a modifié l'article 528 du Code civil en distinguant les animaux des autres biens meubles, et s'est poursuivie dans la Loi n° 2015-177 du 16/02/2015 lors de la création de ce texte. J.-P. MARGUENAUD, « Une révolution théorique : l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens », *JCP*, 2015, p. 305 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Nos amis les animaux... sont désormais doués de sensibilité : un tournant et des tourments ! », *D.* 2015, p. 573 ; P. MALINVAUD, « L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ? », *D.* 2015, p. 87.

fallait pas plus pour que le débat s'ouvre entre les tenants de la personnification de l'animal⁸⁹⁶ et les partisans de sa réification.⁸⁹⁷ Il nous paraît évident que l'animal ne peut être qualifié de personne dans la mesure où il ne peut être considéré comme un sujet actif de l'ordre juridique.⁸⁹⁸ Une telle qualification nuirait à l'institution de la personnalité. L'animal est une chose et, malgré les effets de manche du législateur, peut être assimilé à un bien dès lors qu'il fait l'objet d'une appropriation.⁸⁹⁹ Cependant, les valeurs sociales actuelles exigent une protection particulière de la faune, ce qui va de l'intérêt général.⁹⁰⁰ Le propriétaire d'un animal ne peut donc pas agir avec lui comme il pourrait le faire avec n'importe quel bien. Techniquement, il doit respecter l'utilité sociale attribuée à cet animal, qui implique une obligation de conservation pour les animaux domestiques ou du moins de minimisation de la souffrance pour les animaux d'élevage.⁹⁰¹

133. Biens protégés du fait de leur finalité – D'autres biens intègrent la catégorie des biens protégés non pas en raison de leur nature particulière, mais du rôle que la loi leur reconnaît. Le bénéficiaire de cette protection reste en priorité le propriétaire, mais indirectement, ce sont les valeurs sociales reconnues par la loi qui transparaissent. La restriction de l'aliénabilité des biens en question en est la manifestation principale.⁹⁰² Certaines choses,

⁸⁹⁶ Notamment J.-P. MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », D. 1998, p. 205 ; *L'animal en droit privé*, Limoges, PUF, 1992 ; J.-P. MARGUENAUD, F. BURGAT, J. LEROY, « La personnalité animale », D. 2020, p. 28. D'autres proposent l'instauration d'une catégorie intermédiaire qui intégrerait en son sein les animaux (M.-C. PIATTI, « Droit, éthique et condition animale », LPA, 19/05/1995, p. 4 ; G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ., 2002, p. 221 ; S. ANTOINE, « L'animal et le droit des biens », D. 2003, p. 2651 ; L. BOISSEAU-SOWINSKI, *La désappropriation de l'animal*, Limoges, PULIM, 2013 ; R. LIBCHABER, « La souffrance et les droits », D. 2014, p. 380).

⁸⁹⁷ A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », D. 1990, p. 33 ; T. REVET, « Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux », RTD civ., 1999, p. 479 ; R. LIBCHABER, « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », RTD civ., 2001, p. 239 ; F. CHENEDE, « La personnification de l'animal : un débat inutile ? », AJ fam., 2012, p. 72 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 9 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 5.

⁸⁹⁸ Cf. *supra*, n° 16.

⁸⁹⁹ Un auteur propose la qualification de « bien naturel » et y intègre d'autres éléments protégés par le droit de l'environnement. Certaines de ces entités pourraient se voir appliquer la qualification de bien protégé telle que nous l'entendons (M.-J. DEL REY-BOUCHENOUF, « Les biens naturels », D. 2004, p. 1615).

⁹⁰⁰ « L'animal n'est pas protégé en raison de sa nature propre, mais parce que la sensibilité humaine accède à sa souffrance et consent à étendre sur lui la protection de la loi. » (R. LIBCHABER, « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », art. préc.) De même, M.-C. PIATTI, art. préc. ; F. DUMONT, « L'animal : un être juridiquement en devenir », RLDC, 2006, n° 23, p. 63.

⁹⁰¹ Art. L 611-19, I, 4° C. prop. int. ; art. L. 214-3 C. Rur. ; art. 521-1 C. Pén. Cf. J.-P. MARGUENAUD, « L'animal dans le nouveau Code pénal », D. 1995, p. 187.

⁹⁰² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 26 et s. Nous évoquons ici les hypothèses d'inaliénabilité légales et pas conventionnelles.

parfois qualifiées de « biens subjectifs »⁹⁰³, « biens vitaux »⁹⁰⁴ ou « biens de dignité »⁹⁰⁵, sont insaisissables, voire indisponibles car elles représentent pour leur propriétaire un caractère indispensable du fait de leur fonction.⁹⁰⁶ Le logement⁹⁰⁷, la créance alimentaire⁹⁰⁸, les biens médicaux⁹⁰⁹ ou le droit d'usage et d'habitation⁹¹⁰ en font partie car ils répondent à un besoin primaire du propriétaire. En s'assurant que le propriétaire de ces biens en bénéficie en continu, le législateur respecte les droits fondamentaux qu'il s'est engagé à satisfaire. De plus, il s'assure que la précarité des individus soit limitée et ainsi que la solidarité nationale ait moins d'efforts à fournir pour les assister. Ces biens satisfont ainsi pleinement une utilité sociale.

Les souvenirs de famille sont un autre exemple éloquent. Il s'agit de « biens meubles corporels caractéristiques de l'histoire familiale et dont la valeur symbolique et morale supplante la valeur vénale. »⁹¹¹ Ils ont vocation à être transmis à la génération suivante et ainsi rester dans la famille, ce qui interdit leur aliénation ou leur destruction.⁹¹² La jurisprudence leur accorde une protection en raison de l'utilité sociale qui leur est reconnue, en l'occurrence la

⁹⁰³ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 35.

⁹⁰⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Propriétés intellectuelles, droits des marchés et régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, LGDJ, 2005, p. 23.

⁹⁰⁵ J. ROCHFELD, « Du patrimoine de dignité », RTD. Civ., 2003, p. 743 ; « La distinction des personnes et des choses », Dr. Fam., 2013, n° 4, ét. 5. L'auteur évoque par ailleurs l'idée d'une « valeur » qui justifie la protection accordée. Elle propose la reconnaissance d'un véritable « patrimoine de dignité » qui comprendrait tous les biens insaisissables de la personne. Nous ne pensons pas qu'il faille rassembler ces biens au sein d'une masse, leurs régimes étant sensiblement différents, mais plutôt voir en chacun un bien protégé. La reconnaissance d'un patrimoine n'aurait par ailleurs pas vraiment d'intérêt technique. De plus, elle confond deux objectifs distincts, qui sont la protection du foyer familial et celle des besoins vitaux de la personne individuelle. Ces deux finalités impliquent pourtant des régimes différents (la protection des biens familiaux est orientée vers la transmission intergénérationnelle, alors que les biens personnels sont surtout insaisissables).

⁹⁰⁶ Des auteurs parlent de « choses non-marchandes » en ce qu'elles ne peuvent faire l'objet d'actes à titre onéreux mais peuvent parfois être cédées à titre gratuit, ils en concluent qu'elles sont par conséquent dans le commerce juridique. Cf. G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », RTD civ., 2000, p. 47 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 14. D'autres les qualifient de « biens personnels », en ce qu'ils seraient particulièrement rattachés à la personnalité de leur propriétaire : S. DELCENSERIE, *Les biens à caractère personnel*, Paris, thèse de doctorat, 2006 (qui mentionne « l'utilité personnelle » que revêtent ces biens) ; C. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, Paris, Éditions universitaires européennes, 2011.

⁹⁰⁷ Le logement est protégé par de nombreux biais notamment sur le terrain de la restriction des prérogatives de son gestionnaire. Ex. : art. 215 C. civ. (cogestion de logement de la famille), art. 426 C. civ., (restriction à l'aliénation du logement de la personne protégée)...

⁹⁰⁸ Art. L 112-2 C. pr. civ. ex. ; Cass. Com., 12/07/1977, n° 76-10932 ; D. 1977. IR 489 ; Cass. Req., 26/07/1928, DH 1928. 463 (impossibilité pour le créancier d'y renoncer). On peut également mentionner la part insaisissable du salaire (art. L. 3252-2 et L. 3252-3 C. trav.) et le solde bancaire insaisissable (art. L. 162-2 C. pr. civ. ex.).

⁹⁰⁹ Cf. la liste de l'art. L. 112-2 C. pr. civ. ex.

⁹¹⁰ Cass. Civ., 05/08/1878, DP 1879.I.75 ; CA Paris, 21/03/1928. Ce droit est également incessible sauf renonciation envers le propriétaire (art. 631 C. civ.). Le droit temporaire et le droit viager au logement du conjoint survivant sont des droits d'usage et d'habitation particuliers (art. 763 et 764 C. civ.), dont la nature personnelle ou réelle est discutable.

⁹¹¹ C. BRENNER, « Partage : droit commun », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 76. V. sur le sujet J. ROBICHEZ, « Les critères de qualification des souvenirs de famille », D. 1999, p. 624, qui retient comme critères de qualification le lien direct avec la famille et la valeur morale du bien plutôt que la valeur pécuniaire.

⁹¹² Ex. : Cass. Civ. 2^{ème}, 29/03/1995, Bull. civ. II, n° 115.

perpétuation du patrimoine familial. Il est par conséquent admis que des biens puissent avoir une autre utilité que l'échange, et ils sont protégés en conséquence.⁹¹³

III Les biens négatifs

134. Définition – L'évolution du droit positif implique de prendre en compte de nouveaux enjeux contemporains. L'intégration via l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du mécanisme de la cession de dette a ravivé le débat sur l'existence des biens négatifs.⁹¹⁴ La doctrine dominante le définit comme un bien dont la valeur vénale est négative du fait des charges qu'il comporte, ou parce qu'il s'agit d'une dette.⁹¹⁵ Certains vont alors jusqu'à reconnaître leur existence et accepter de qualifier les dettes de biens, d'autant plus depuis qu'elles peuvent être cédées.⁹¹⁶ Cette approche est conforme au cadre de la théorie moderne : la chose est qualifiée de bien parce qu'elle dispose d'une valeur, quand bien même celle-ci serait négative.⁹¹⁷ Il convient cependant de déconstruire ce discours pour proposer une autre justification.

D'abord, on ne peut pas assimiler un bien ayant *a priori* une valeur marchande positive mais comportant des charges et une dette qui, par essence, représente une valeur purement négative.⁹¹⁸ Cette conception vient de l'aveuglement déjà abordé de la théorie moderne de ne voir dans un bien qu'une valeur économique⁹¹⁹ : une approche seulement comptable conduit à imputer sur la valeur du bien les charges qu'il faudrait y ajouter. Mais comment délimiter les charges en question ? Dans cette optique, il serait tout à fait envisageable de considérer que tout

⁹¹³ V. également G. LHUILLIER, « Les œuvres d'art, *res sacrae* ? », RRJ, 1998, p. 513.

⁹¹⁴ Art. 1327 et s. C. civ. Sur ce débat, v. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », art. préc., n° 57 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 12 ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 46.

⁹¹⁵ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », RTD civ., 2006, p. 663, n° 2 ; R. LIBCHABER, « Biens », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 17 et s. *Contra*, J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », D. 2014, p. 1950, n° 17 et s.

⁹¹⁶ D. CHILSTEIN, art. préc., n° 40 et s. (il reste toutefois prudent sur l'opportunité d'une telle reconnaissance). Au sujet de la cession de dette, v. les textes fondamentaux de E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier* (1898), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014 et R. SALEILLES, « De la cession de dettes », Annales de droit commercial, 1890, p. 1 s. Sur les débats autour de la cession de dette, cf. les références citées par V. LASSERRE, « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », D. 2016, p. 1578, note 17. Sur la position d'Aubry et Rau, cf. M. XIFARAS, *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, p. 223 et s.

⁹¹⁷ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur : essai sur les biens à valeur négative*, Caen, thèse de doctorat, 2012.

⁹¹⁸ Cf. D. CHILSTEIN, art. préc., n° 8, qui assimile les dettes aux droits sociaux considérant que « la chose se réduit alors entièrement à la charge pécuniaire », or, non seulement la valeur des droits sociaux est variable et peut redevenir positive, mais en plus, ils représentent autre chose qu'une simple valeur marchande puisqu'ils comprennent également un droit de participer aux décisions collectives.

⁹¹⁹ Cf. *supra*, n° 34.

bien est négatif si son acquisition se fait par le biais d'un recours au crédit avec paiement d'intérêts.⁹²⁰ Il faut donc, à notre sens, exclure de cette catégorie les biens qui disposent d'une valeur indépendamment des charges qu'ils représentent.

Ensuite, il est aisé de voir qu'ici, la doctrine moderne se heurte à ses contradictions. Admettre l'existence de biens négatifs revient à reconnaître que la valeur d'échange d'un bien n'est pas l'unique intérêt que celui-ci peut présenter, sinon la cession de dette n'aurait aucun sens. C'est ici que notre proposition peut s'avérer intéressante. La dette est effectivement un bien, dans la mesure où elle est appropriée par une personne, le débiteur.⁹²¹ Mais en tant que bien négatif, l'utilité qu'il représente ne bénéficie pas au propriétaire mais à un tiers, en l'occurrence le créancier. Par conséquent, le bien négatif se définit comme le bien dont les utilités bénéficient à un autre que le propriétaire. Là encore, c'est le droit positif qui détermine l'utilité sociale à accorder à de tels biens, et qui impose donc ce transfert d'utilités.⁹²² Cette conception n'est pas révolutionnaire. Il est admis que la propriété implique certes des droits mais également des devoirs, comme nous l'avons expliqué à l'égard des biens protégés. Nous pouvons donc imaginer l'existence de biens qui n'impliquent aucune utilité directe pour le propriétaire mais dont l'appropriation est utile à l'égard de tiers ou de la société.⁹²³

135. Intérêt de la notion – La notion de biens négatifs est intéressante et peut conduire à l'introduction de nouveaux biens qui ne présentent *a priori* aucune utilité pour leur propriétaire. C'est le cas des déchets ou de la pollution engendrée par une personne.⁹²⁴ Traditionnellement, les déchets sont identifiés à des *res derelictae*⁹²⁵, des choses inappropriées

⁹²⁰ En réalité, les auteurs considèrent que ces charges doivent être particulièrement disproportionnées au regard de la valeur du bien et être imposées au propriétaire, cf. D. CHILSTEIN, art. préc., n° 11.

⁹²¹ Un auteur fait remarquer que cela implique qu'à la fois le créancier et le débiteur sont propriétaires d'un même lien de droit, ce qui n'est pas problématique puisque ce sont deux versants différents de ce lien qui se répendent. Cf. R. LIBCHABER, « Biens », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 24.

⁹²² Cela ne signifie pas que le propriétaire ne peut pas lui accorder de valeur ni lui trouver d'utilité, simplement que la loi lui impose une utilité particulière. Un auteur justifie également les contraintes qu'imposent une dette à son titulaire par l'utilité sociale qu'elle représente, mais en la qualifiant de norme individuelle et non de bien (G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 2012, n° 266).

⁹²³ W. DROSS, « De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ? », D. 2017, p. 2553.

⁹²⁴ *Ibid.* David Chilstein apporte une réflexion intéressante qui se rapproche de notre thèse : c'est la volonté de déréliction du détenteur ou de la loi qui donne sa qualification au déchet, et une fois cette valeur négative attribuée, la chose disparaît derrière elle : « Une fois qu'elle prend figure de déchet, qu'elle en revêt les oripeaux, la chose cesse immédiatement d'être considérée pour elle-même. Il n'est plus question de tenir compte de ses qualités objectives, de son utilité potentielle, de sa valeur marchande... Devenue déchet par la volonté de son détenteur ou en raison de la loi, elle n'est plus que cette tension vers le néant ou, le cas échéant, vers une régénérescence. » D. CHILSTEIN, art. préc., n° 9.

⁹²⁵ On voit bien ici les limites de la théorie moderne : les déchets peuvent faire l'objet d'échanges puisque certaines entreprises en font le commerce, mais ce marché est restreint à un petit nombre d'acteurs, alors que tout individu

car abandonnées par leur propriétaire, dont la multiplication pose d'énormes problèmes à la société et crée un coût environnemental important. Le seul moyen de sanctionner celui qui les produit en quantité excessive ou qui les relâche dans la nature sans traitement est d'identifier une victime de préjudice et une faute de la part du pollueur. Qualifier ces éléments de biens négatifs permettrait de les attribuer aisément à leur propriétaire et d'engager une sanction s'il n'a pas respecté les règles environnementales et liées au traitement des déchets.⁹²⁶ D'un point de vue économique, cela permettrait de réintégrer les externalités négatives au sein du marché pour les traiter plus efficacement. Dans la mesure où la loi est libre de qualifier une chose de bien, il serait possible de multiplier les réglementations ciblées permettant de traiter effectivement chacune d'elles en les attribuant à qui de droit sans avoir à rechercher une victime.

Outre la sanction facilitée de certains mauvais comportements, les biens négatifs ont un intérêt tout particulier pour la gestion d'un patrimoine. La présence de telles entités permet d'intégrer à la gestion l'intérêt de tiers, ce qui aura des effets pratiques sur les actes accomplis par le gestionnaire.⁹²⁷

Ainsi, certains biens comportent une utilité sociale déterminée *a priori* qui oriente et limite les prérogatives de leur gestionnaire, qu'il s'agisse du propriétaire ou d'un tiers. Cette contrainte peut être fondée sur leur nature immatérielle, qui impose de prévoir un régime juridique spécifique, sur la protection accordée à une personne désignée selon les valeurs morales du droit positif, ou sur leur qualification de bien négatif, qui permet le rattachement de biens à un propriétaire afin de faire peser sur lui certaines charges au bénéfice de tiers.

En dehors de ces situations particulières, des contraintes de gestion peuvent s'appliquer également à n'importe quel type de bien en raison d'un transfert d'utilités à un tiers.

est producteur. Cela s'explique par le fait que si un marché existe, tous les agents économiques n'y ont pas nécessairement accès. Est-ce à dire que la qualification de la chose divergerait en fonction du point de vue de l'agent ? Mieux vaut considérer que c'est la valeur de l'objet qui diffère selon son propriétaire.

⁹²⁶ Cf. la proposition intéressante de W. DROSS, « De la revendication... », art. préc. La loi prévoit déjà des obligations de traitement pour les détenteurs ou propriétaires identifiés de déchets (art. L. 541-2 C. env. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 16).

⁹²⁷ Cf. *infra*, n° 152 et s.

§ 2 : Le respect du transfert d'utilités

136. Obligations réelles – Quelle que soit la nature du bien, il est possible que des contraintes s'imposent à son gestionnaire du fait d'un transfert d'utilités. Nous avons démontré précédemment que celui qui a un droit sur la chose d'autrui doit gérer le bien dans l'intérêt du propriétaire s'il en a la détention.⁹²⁸ Réciproquement, le propriétaire, ou toute personne qui gère ses biens pour lui, doit respecter le transfert d'utilités réalisé au profit du titulaire du droit.⁹²⁹ Ses prérogatives sont limitées et il ne peut entraver l'usage permis au titulaire. En principe, il n'est tenu que d'une obligation négative, et doit simplement ne pas gêner l'exercice du droit.⁹³⁰ Mais il est possible qu'il soit tenu d'obligations positives et doive réaliser des prestations au bénéfice du titulaire du droit.⁹³¹ Le bailleur est ainsi tenu de réaliser les réparations nécessaires qui ne sont pas locatives.⁹³² Le nu-propriétaire doit effectuer les grosses réparations.⁹³³ Le propriétaire d'un bien hypothéqué doit en conserver la valeur.⁹³⁴ Bref, le gestionnaire d'un bien grevé d'un droit doit respecter le transfert d'utilités opéré, et ses prérogatives sont limitées en conséquence.

Peut-on en déduire que la propriété s'en trouve diminuée ou qu'elle s'exerce dans l'intérêt d'autrui ? Il nous semble que le schéma est le même que pour les biens ayant une utilité sociale. Le gestionnaire doit tenir compte de l'intérêt d'un tiers durant l'exercice de sa gestion, car ce tiers a accès à certaines utilités du bien.⁹³⁵ Le propriétaire n'est cependant jamais démuné, et bénéficie toujours de toutes les utilités qui n'auraient pas été transmises.⁹³⁶ Il a également

⁹²⁸ Cf. *supra*, n° 98 et s.

⁹²⁹ A.-V. LE FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », RTD civ. 2004, p. 429.

⁹³⁰ Art. 599 C. civ. (usufruit) ; art. 701 C. civ. (servitudes) ; art. 1719, 3° C. civ. (bail). V. également la sanction pénale du détournement de gage (art. 314-5 C. pén.).

⁹³¹ Cf. *supra*, n° 99 sur la notion d'obligation réelle.

⁹³² Art. 1719, 2° et 1720 al. 2 C. civ.

⁹³³ Art. 605 C. civ. Toutefois, l'usufruitier ne peut pas contraindre le nu-propriétaire à réaliser ces réparations en l'absence de clause contraire (Cass. Civ. 3^{ème}, 18/12/2013 ; D. 2014, 77 ; AJ fam. 2014, 240, obs. S. THOURET ; RTD civ., 2014, p. 149, obs. W. DROSS ; RDC, 2014, p. 742, note A. TADROS). Cette indépendance est critiquée par les tenants de la théorie moderne de la propriété (F. ZENATI, T. REVET, *op. cit.*, n° 338 ; v. également les art. 578 et 580 de l'Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant, version finale du 15 mai 2009). Pour une opinion contraire, cf. W. DROSS, obs. préc.

⁹³⁴ S. PIEDELIEVRE, « Hypothèque », Rép. Pr. Civ. Dalloz, 2021, n° 390 et s. De même pour le propriétaire d'un bien gagé sans dépossession (art. 2344 al. 2 C. civ.).

⁹³⁵ V. l'étude de J.-F. QUIEVY, « De la dépossession entre les mains du créancier gagiste », in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 527-539, qui explique que la dépossession est caractérisée moins par la perte de détention du bien que par la restriction de la liberté d'usage du propriétaire.

⁹³⁶ A l'inverse de ce que pense M. Dross (obs. préc.), le nu-propriétaire conserve au moins une utilité du bien : sa valeur d'échange, même si celle-ci est réduite en raison de la diminution des utilités que représente l'usufruit. La situation est proche de celle d'un bien loué : le propriétaire conserve la valeur d'échange du bien, amputée de la charge que représente le bail. Cf. *supra*, n° 97.

vocation à retrouver l'entière de ces utilités lorsque le droit est temporaire.⁹³⁷ Par ailleurs, les actes imposés au gestionnaire vont certes dans l'intérêt du titulaire du droit, mais également dans celui du propriétaire. De la même manière que dans une propriété collective, la loi présume que l'intérêt des parties est la conservation de la chose, et oblige chaque personne ayant un droit sur celle-ci à tout faire en ce sens.⁹³⁸ Rien ne les empêche cependant de s'entendre pour détruire ou aliéner le bien d'un commun accord.

En résumé, certains biens imposent des contraintes de gestion supplémentaires du fait de leur utilité sociale ou d'un transfert d'utilités. Qu'importe que le gestionnaire soit propriétaire du bien ou non : il se doit de respecter l'intérêt général ou de certains tiers lors de l'exercice de sa gestion. On retrouve le même type de limites lors de la gestion d'un patrimoine entier.

Section 2 : Les contraintes liées à l'affectation d'un patrimoine

La gestion peut également être contrainte par l'affectation d'un patrimoine. Il convient de bien articuler les notions de gestion et de patrimoine pour analyser précisément les effets réciproques qu'occasionnent l'une pour l'autre. Le patrimoine est une universalité. En tant que telle, il constitue une masse de biens unifiée, objet de règles spécifiques s'appliquant à tous. Certaines de ces dispositions ont trait à leur gestion. L'existence d'un patrimoine va avoir un effet sur l'action du gestionnaire, notamment du fait de l'affectation de cette masse à une finalité déterminée. Selon la conception adoptée, le patrimoine peut être vu comme une masse de biens au service d'une fonction, et par conséquent, contraindre l'action du gestionnaire. Il faut par conséquent bien délimiter cette influence, en étudiant d'abord la notion de patrimoine (§ 1) puis l'exercice de sa gestion (§ 2).

§ 1 : La notion de patrimoine

Notre analyse de la notion de patrimoine ne peut qu'être limitée au sein de cette thèse, mais elle est nécessaire pour comprendre l'influence qu'elle exerce sur la gestion. L'approche proposée peut sembler originale, et pourtant parfaitement conforme au droit positif et aux

⁹³⁷ Cf. *supra*, n° 97 sur la durée du droit.

⁹³⁸ Cf. *infra*, n° 174.

principes juridiques communément admis, dès lors que les postulats exposés précédemment sont acceptés.⁹³⁹ Il convient de commencer par étudier la définition du patrimoine (I) avant d'aborder les différents types de patrimoine (II), puis d'analyser leurs relations (III).

I La définition du patrimoine

137. Définition et théories du patrimoine – La notion de patrimoine est communément admise comme étant une universalité de droit⁹⁴⁰, c'est-à-dire une masse de biens comportant un actif, composé de biens, et un passif, composé de dettes, qui se répondent. Le patrimoine appartient à une ou plusieurs personnes, il s'agit d'une technique juridique facilitant la gestion des biens en rattachant le paiement de certaines dettes à certains biens.⁹⁴¹ L'intérêt de cet outil est également d'uniformiser la gestion d'une masse de biens en la soumettant à un gestionnaire désigné.

La notion de patrimoine est admise depuis la théorie d'Aubry et Rau, celle-ci étant inspirée de Zachariae, un auteur allemand.⁹⁴² En effet, l'idée de patrimoine est née en Allemagne au XIX^{ème} siècle, afin d'expliquer l'existence de masses de biens autonomes qui ne sont pas rattachées à des personnes, par opposition à la thèse volontariste.⁹⁴³ Si cette théorie n'a pas prospéré, elle a donné les bases de la définition. La question qui intéresse la doctrine depuis deux siècles est plutôt celle-ci : quel critère permet de déterminer qu'un patrimoine existe de manière autonome ? Deux réponses radicales se sont opposées. La première, celle d'Aubry et Rau, définit le patrimoine comme la représentation de la personne dans le monde juridique, ce qui justifie que chaque patrimoine corresponde à une personne et vice-versa.⁹⁴⁴ La seconde est la théorie du patrimoine sans sujet de Brinz : le patrimoine existe là où existe un intérêt défini par le droit, qu'il s'agisse d'une personne ou d'une autre chose.⁹⁴⁵ On parle

⁹³⁹ Cf. la redéfinition de la propriété vue en Chapitre 1.

⁹⁴⁰ Sauf pour certains auteurs comme David Hiez, qui y voit une universalité de fait (D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 2003) et Alain Sériaux, qui souhaiterait le restreindre au seul actif (A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine », RTD civ., 1994, p. 801). D'autres propositions dans ce sens ont été formulées (v. C. WITZ, « Droit de gage général », J-Cl. Civil Code, 2016, n° 20 et s.).

⁹⁴¹ Sur cette fonction, cf. F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 339 et s.

⁹⁴² Cf. *supra*, n° 29.

⁹⁴³ T. RIEHM, « Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés », RLDC, 2010, n° 77. L'opposition se retrouve en philosophie entre les thèses kantienne et hégélienne : A. GOROVTSEFF, « La lutte autour de la notion de sujet de droit », RTD civ., 1926, p. 876-972.

⁹⁴⁴ F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », RTD civ., 1996, p. 819 ; F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », RTD civ., 2003, p. 667.

⁹⁴⁵ A. von BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. 1, Erlangen, A. Deichert, 1857, § 52-62. Pour une présentation et une critique de cette thèse, cf. A. GOROVTSEFF, art. préc., p. 922 et s. ; L. MICHOU, *La théorie de la*

également de patrimoine d'affectation, chaque patrimoine étant soumis à une fonction particulière, la satisfaction d'un intérêt ou l'exercice d'une activité. La doctrine française a progressivement intégré la possibilité de l'existence de patrimoines d'affectation au regard de l'évolution du droit positif et de l'intégration de mécanismes permettant d'isoler une partie des biens d'une personne, mais a toujours refusé d'y voir un patrimoine autonome dont personne ne serait titulaire.⁹⁴⁶

138. Unité du patrimoine – Pour accepter la reconnaissance du patrimoine d'affectation, il a fallu au préalable se détacher de la théorie d'Aubry et Rau, selon laquelle à chaque patrimoine correspond une personne. L'unicité du patrimoine en est un principe cardinal, et empêche la création de patrimoines d'affectation.⁹⁴⁷ C'est pourquoi une telle théorie s'accommode mal des patrimoines communs et de la division des patrimoines individuels. Elle utilise donc des artifices pour justifier leur existence : le patrimoine commun doit être représenté par une personne morale ou doit seulement exister à travers le partage du droit de propriété de chaque membre.⁹⁴⁸ La division du patrimoine est inenvisageable, mais certains auteurs admettent qu'il soit « compartimenté »⁹⁴⁹, ce qui revient finalement au même. Ces fictions juridiques montrent que le principe d'unicité du patrimoine n'est pas adapté au droit positif.⁹⁵⁰ Néanmoins, l'apport principal de la théorie est ailleurs : elle permet d'admettre qu'il

personnalité morale et son application en droit français, Paris, LGDJ, 1^{ère} éd., t. 1, 1906-1909, n° 17 à 19. V. aussi T. RIEHM, art. préc.

⁹⁴⁶ H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Paris, A. Rousseau, 1910 ; R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé : patrimoine d'affectation*, Paris, thèse de doctorat, 1951. Sur ce sujet, cf. F. COHET-CORDEY, art. préc. ; Y. LEQUETTE, « Prolégomènes », RLDC, 2010, n° 77 ; F. TERRE, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », JCP N, 2011, p. 1011 ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244 ; C. WITZ, « Droit de gage général », J-CI. Civil Code, 2016, n° 19. Comp. avec la fiducie (art. 1261 C. C. Q.) ou la fondation (art. 1257 C. C. Q.) en droit québécois, véritables patrimoines autonomes. *Contra*, qui voit dans la fiducie un patrimoine sans sujet : J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2019, n° 806.

⁹⁴⁷ Selon l'interprétation qu'en fait la doctrine classique. En réalité, Aubry et Rau n'ont jamais fait de l'unicité du patrimoine un élément central, et ils reconnaissent l'existence d'exceptions à ce principe. L'unicité n'apparaît même pas chez Zachariae, qui parle de patrimoines séparés (A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2007 ; A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », RTD civ., 2014, p. 547).

⁹⁴⁸ C. WITZ, « Droit de gage général », J-CI. Civil Code, 2016, n° 27 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 535 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 21.

⁹⁴⁹ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.* L'auteur propose la création de sous-personnalités et de sous-patrimoines, afin de respecter la théorie originelle et d'expliquer le rattachement de certains biens à une activité spécifique de la personne (cf. également A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », *Dr. Fam.*, 2011, n° 5, étude n° 15 ; « La cohérence théorique de l'EIRL ou l'entrepreneur individuel à deux personnalités et deux patrimoines », Defrénois, 2016, p. 566).

⁹⁵⁰ C. KUHN, art. préc.

y a une corrélation entre les biens compris dans le patrimoine et les dettes représentant le passif.⁹⁵¹

C'est en réalité selon nous le réel critère d'identification d'un patrimoine : il apparaît dès lors qu'une somme de dettes est corrélée à une masse de biens, dans la mesure où les créanciers pourront au moins prioritairement se servir sur cette dernière. Plus que l'autonomie de l'actif, c'est l'autonomie du passif qui fait le patrimoine : le fait que des créanciers doivent se servir en priorité sur certains biens.⁹⁵² Cette approche est celle qui répond le mieux à la finalité technique du patrimoine en tant qu'universalité juridique : assurer l'autonomie d'une masse de biens et la réserver à certains créanciers particuliers.⁹⁵³ De plus, la théorie du patrimoine n'est pas abandonnée car celui-ci doit toujours être attaché à une ou plusieurs personnes particulières, mais il ne se confond pas avec elles. Il existe donc une vraie personne à laquelle sont rattachées les utilités des biens composant l'actif et sur qui pèsent les dettes composant le passif. Ce constat nous amène à la question de la constitution du patrimoine.

II Les différents types de patrimoines

139. Patrimoine originel et patrimoines secondaires – Il semblerait que l'apparition d'un patrimoine dépende de sa nature : il y en aurait en réalité plusieurs sortes. Le premier est le patrimoine au sens classique, celui qui est accordé à toute personne physique de sa naissance à sa mort, que nous appellerons « patrimoine originel ». Son apparition est fondée sur le droit fondamental à la propriété reconnue à toute personne humaine née vivante et

⁹⁵¹ F. COHET-CORDEY, art. préc. ; F. ZENATI, art. préc. ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 67 et s.

⁹⁵² M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », RLDC, 2010, n° 77 ; C. KUHN, « Des patrimoines et des hommes », Dr. et pat., 2012, n° 211 ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 348 et s. Il faut cependant que le droit du créancier reste un droit de gage général : la constitution d'une sûreté réelle ne crée pas de patrimoine. Certains auteurs refusent de voir un patrimoine autonome au sein de l'indivision et de la communauté, dans la mesure où celui qui agit le fait en son nom propre et s'engage à l'acte conclu (F. TERRE et P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2019, n° 252-253 ; C. WITZ, « Droit de gage général », J.-Cl. Civil Code, 2016, n° 71).

⁹⁵³ Le but de la théorie d'Aubry et Rau est de proposer une alternative à la contrainte par corps, abandonnée définitivement en 1867, afin de garantir aux créanciers une compensation à l'inexécution de leur créance. Alors que l'inexécution représentait un défaut moral de la part du débiteur dont il subissait pénalement les conséquences, elle devient au cours du XIX^{ème} siècle un problème économique portant atteinte aux prévisions des cocontractants, qu'il convient de résoudre en indemnisant les créanciers le mieux possible. Leur permettre de saisir les biens de valeur du débiteur est la solution proposée par Zachariae et reprise par les auteurs français, fondée sur les articles 2092 et 2093 (anciens) du Code civil. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations* (1937), Paris, Dalloz, 2004, p. 13 ; M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 253 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 67 et s. ; F. ZENATI, art. préc. Selon un auteur : « Le patrimoine est le produit juridique de l'individualisme et de l'économisme omnipotents, liés à la naissance du capitalisme. Les conséquences en sont une incapacité absolue à envisager le phénomène collectif. » (D. HIEZ, *op. cit.*, p. 55).

viable.⁹⁵⁴ Pour être propriétaire et pouvoir agir juridiquement, il faut être titulaire d'un patrimoine, ce qui explique son apparition dès lors que la personnalité juridique est reconnue à une personne physique.⁹⁵⁵ Il peut contenir tout type de bien car il n'est pas affecté à une finalité particulière.⁹⁵⁶

Il existe d'autres catégories de patrimoines qui sont constitués durant la vie de leur titulaire, que nous nommerons « patrimoines secondaires ». Leur création doit être autorisée par la loi dans la mesure où ils isolent une partie des biens de leur titulaire, qui sont plus ou moins retirés du gage de leurs créanciers (selon l'opacité du patrimoine créé, qui est variable d'après sa nature).⁹⁵⁷ Par ailleurs, un certain nombre de biens ne peuvent pas entrer dans la composition d'un patrimoine secondaire, pour plusieurs raisons. La première tient à la nature de ces biens : comme il a été dit plus haut, certains sont protégés du fait de leur nature et sont par conséquent incessibles voire indisponibles, ce qui empêche leur transfert dans un autre patrimoine.⁹⁵⁸ La seconde tient à la nature du patrimoine secondaire : plusieurs sont définis selon un objectif particulier et ne peuvent contenir que des biens ayant vocation à permettre la réalisation de cet objectif.⁹⁵⁹ Ce sont des patrimoines affectés.

140. Patrimoines communs – Il existe par ailleurs plusieurs sortes de patrimoines secondaires. Les premiers sont les patrimoines communs. Certains sont affectés et d'autres non. Les patrimoines titulaires de la personnalité morale sont nécessairement affectés du fait du

⁹⁵⁴ Cf. *supra*, n° 44. Dans ce sens, F. ZENATI, art. préc. ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 19.

⁹⁵⁵ « Le patrimoine d'une personne apparait moins comme l'ensemble de ses biens que comme la capacité d'être obligée qui lui appartient. » H. GAZIN, *op. cit.*, p. 453.

⁹⁵⁶ La qualité patrimoniale de certains biens est cependant contestée. Nous avons déjà évoqué le fait que l'indisponibilité n'est pas un obstacle à la qualification de bien (cf. *supra*, n° 34), en revanche, elle empêche l'intégration de ces biens au sein du patrimoine selon la majorité de la doctrine. Tout dépend de la fonction attribuée au patrimoine : si on le conçoit comme une masse de biens affectée à la garantie d'un passif, alors seuls les biens saisissables l'intègrent, mais si on l'appréhende comme l'enveloppe contenant l'ensemble des biens d'une personne, ce qui est notre cas, alors on peut y intégrer les biens indisponibles. Sur ce sujet, cf. A. SERIAUX, art. préc. ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ., 1997, p. 583 ; F. ZENATI, art. préc. ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 19 et s.

⁹⁵⁷ Comp. avec l'art. 519 de l'Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association H. Capitant : « Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, *sauf si la loi en dispose autrement*, d'un seul. » (Nous soulignons.)

⁹⁵⁸ Cf. *supra*, n° 129 et s. C'est par exemple le cas des créances alimentaires ou des biens médicaux.

⁹⁵⁹ Le principe de spécialité des personnes morales fait ainsi obstacle à l'intégration de certains biens, de même que l'affectation à une activité professionnelle au sein du patrimoine affecté d'un EIRL. *Contra* : G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 26 : selon cet auteur, tout patrimoine secondaire est un patrimoine d'affectation. C'est pour nous une vision excessive : quel est le but de l'indivision successorale ? Qui le détermine ? Il est préférable de distinguer les patrimoines affectés de ceux qui ne le sont pas.

principe de spécialité qu'elle implique.⁹⁶⁰ D'autres, comme l'indivision ou la communauté, ne le sont pas. L'existence d'un patrimoine commun se manifeste par la propriété des parts de ce patrimoine.⁹⁶¹ Un tel titre permet de profiter des utilités des biens contenus dans le patrimoine commun. Il implique également la faculté de participer à la gestion de ces biens, mais d'une manière variable selon la nature du patrimoine concerné.⁹⁶² Certains de ces titres sont disponibles et peuvent être échangés, comme les parts sociales ou celles de fonds communs de placement. D'autres, en revanche, comportent un lien très fort avec leur titulaire en raison de l'*intuitus personae* qui fonde la relation entre les propriétaires communs, ce qui va freiner leur transmission. L'exemple typique est celui de la communauté : ses parts ne peuvent être détenues que par les époux, ne sont pas saisissables ni transmissibles, à tel point qu'elle est nécessairement liquidée en cas de séparation ou de décès.⁹⁶³ En raison des utilités qu'elles représentent (accès aux utilités des biens communs et éventuelle disponibilité), les parts de groupements sont selon nous des biens comme les autres, inclus dans le patrimoine originel de leurs membres.⁹⁶⁴ Il faut donc bien distinguer la gestion des biens communs et celle des parts, la première étant limitée et réglementée en raison de la pluralité d'intérêts en cause et d'une éventuelle affectation, et la seconde étant la plupart du temps laissée à la libre appréciation de leur titulaire.

141. Patrimoines secondaires individuels – Le patrimoine secondaire peut également être issu de la division d'un patrimoine individuel. Il est possible dans certains cas déterminés de diviser un patrimoine individuel en plusieurs parties. Le propriétaire reste titulaire d'un patrimoine originel, mais il possède également une masse supplémentaire.⁹⁶⁵ Il

⁹⁶⁰ Art. 1145 C. civ. Cf. *supra*, n° 21.

⁹⁶¹ G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 27. Sur la nature des parts de groupement, cf. *supra*, n° 131.

⁹⁶² Une part de fonds commun de placement ne donne droit à aucune prérogative de gestion, une part sociale permet de participer aux décisions collectives et de voter en assemblée générale mais pas d'exercer les actes de gestion courante (il faut pour cela avoir la qualité de gérant), et une part d'indivision autorise à accomplir directement certains actes sur les biens indivis.

⁹⁶³ Ce régime particulier aboutit à une invisibilité de ces titres au sein des patrimoines des époux. En réalité, il s'agit selon nous d'une erreur d'appréciation provenant de la trop grande importance donnée à la disponibilité des éléments du patrimoine. La communauté est un patrimoine commun comme un autre et son existence implique celle de parts attribuées à ses membres, les époux, qui leur donne accès aux utilités des biens communs ainsi qu'à des prérogatives de gestion réglementées dans la loi aux articles 1421 et suivants du Code civil. *Contra*, qui constate l'inexistence de parts de communauté : R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 583-598, n° 6.

⁹⁶⁴ Concernant les parts indisponibles, leur nature patrimoniale pose question en raison de l'impossibilité pour les créanciers de les saisir. Il semblerait que les parts de communauté soient extrapatrimoniales en ce sens.

⁹⁶⁵ Sur la propriété du patrimoine secondaire individuel, cf. G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 35-36.

existe à ce jour trois cas différents en droit positif, apparus successivement. Le premier est l'EURL⁹⁶⁶ : il consiste en la création d'une personne morale ayant un seul associé. En réalité, il ne s'agit que d'un dérivé de la SARL avec un associé unique. La constitution d'un tel patrimoine peut donc résulter soit de la diminution des associés d'une SARL jusqu'à un seul, soit de la constitution *ab initio* d'une EURL, pouvant par la suite engranger de nouveaux associés. La deuxième est l'EURL : il s'agit ici d'une véritable scission de patrimoine en vue de la réalisation d'une activité professionnelle.⁹⁶⁷ Le nouveau patrimoine appartient exclusivement à son propriétaire constituant. Enfin, le troisième est la fiducie : le propriétaire va alors séparer une partie de ses biens au sein d'un patrimoine fiduciaire et désigner un bénéficiaire, qui sera soit lui-même (fiducie-gestion), soit un créancier (fiducie-sûreté).⁹⁶⁸ Dans tous les cas, le constituant reste propriétaire des biens mais perd (en principe) toute prérogative sur eux. Tous ces patrimoines sont nécessairement affectés, puisque leur constitution doit être justifiée par la réalisation d'une activité particulière nécessitant cette division.⁹⁶⁹

III Les relations entre les patrimoines d'une même personne

Une même personne peut donc posséder plusieurs patrimoines différents, exclusivement ou en commun. Néanmoins, chaque patrimoine est autonome et dispose de son propre passif, permettant aux créanciers de chacun de saisir les biens contenus à son actif. L'autonomie de chaque patrimoine doit par conséquent être préservée pour ne pas être défavorable aux prévisions des créanciers. La confusion des patrimoines est ainsi fortement sanctionnée, afin de protéger leurs intérêts.⁹⁷⁰ Les relations entre ces patrimoines sont par conséquent encadrées, mais tout dépend de leur nature. Il convient également de distinguer selon que la transmission de biens se fait entre les patrimoines ou envers un patrimoine tiers.

⁹⁶⁶ Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, apparue depuis la loi n° 85-6097 du 11/07/1985, qui a modifié l'article 1832 C. civ. afin d'admettre l'existence de sociétés à associé unique. Cette faculté a été étendue aux sociétés par actions simplifiées. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 22 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 27.

⁹⁶⁷ L. n° 2010-658 du 15/06/2010. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « La cohérence théorique de l'EURL... », art. préc. ; F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 24 ; P. MALAURIE, L. AYNES, M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 28.

⁹⁶⁸ Art. 2011 et s. C. civ. La fiducie-libéralité est interdite, le bénéficiaire ne peut pas être un tiers qui ne serait pas créancier du constituant (art. 2013 C. civ.). Sur la fiducie et la nature des droits de chaque partie, cf. *supra*, n° 94 et s.

⁹⁶⁹ C. KUHN, art. préc. ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « Patrimoine ou patrimoines ? », in J. JULIEN, M. DEBOURS, (dir.), *Les patrimoines affectés*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole 1 et LGDJ-Lextenso, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2013, p. 13-33.

⁹⁷⁰ Cf. *infra*, n° 226.

142. Relations entre patrimoine originel et patrimoine secondaire – La relation entre un patrimoine originel et un patrimoine secondaire évoque le problème classique de l'acte conclu avec soi-même : un tel acte est-il valable ?⁹⁷¹ La question s'est rapidement posée pour les patrimoines communs⁹⁷², et les réponses sont connues et dépendent de chaque situation.⁹⁷³ L'apparition des patrimoines secondaires individuels étant plus récente, la doctrine est plus réservée à ce sujet. L'EUURL ne pose pas vraiment de problème car il s'agit d'une personne morale, mécanisme permettant un dédoublement et une représentativité, les actes juridiques entre la société et son associé sont donc possibles et encadrés.⁹⁷⁴ Mais pour les autres, peut-on considérer que les patrimoines puissent être confondus ? Si non, comment envisager juridiquement un contrat avec soi-même ? On remarque qu'en réalité, les problèmes sont exactement les mêmes qu'il s'agisse de patrimoines communs ou de patrimoines individuels : il faut éviter qu'une personne gère unilatéralement l'autonomie de ses biens au détriment des droits des tiers, copropriétaires ou créanciers.⁹⁷⁵ Les règles concernant les personnes morales prévoient ainsi des mécanismes prévenant les conflits d'intérêts et des sanctions en cas de confusion des patrimoines.⁹⁷⁶ De la même manière, il ne faudrait pas admettre qu'une personne puisse décider quel bien fait ou non partie de son patrimoine fiduciaire ou affecté selon la qualité

⁹⁷¹ Sur ce sujet, cf. A. VALLIMARESCO, « Des actes juridiques avec soi-même passés par une personne qui veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumises à un régime distinct », RTD civ., 1926, p. 973-1011 ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 562 et s.

⁹⁷² Deux conceptions sont possibles : soit on admet que le flux entre patrimoines est commutatif et opère un véritable transfert de propriété entre deux personnes (ce qui est difficilement admissible lorsque l'un des patrimoines n'a pas la personnalité morale), soit on considère que les relations entre les deux patrimoines sont *sui generis* (il s'agit de l'apport, lorsque le flux est en direction du patrimoine secondaire, et du partage, lorsqu'il est sortant) et soumises à un régime spécifique. Le droit positif transite entre ces deux conceptions : au niveau fiscal, par exemple, toutes ces relations sont vues comme des transferts de propriété, mais la « vente entre époux » (requalification d'un bien propre en bien commun ou inversement) est considérée comme suspecte si elle ne respecte pas les règles classiques de modification du régime matrimonial. Sur ces éléments, v. F. MASSON, *op. cit.*, n° 305 et s. et n° 380 et s. et les références citées.

⁹⁷³ Le droit positif utilise des outils différents selon l'opacité de chaque patrimoine. Lorsque l'opacité est faible, on applique le mécanisme de la compensation (ex. : art. 815-13 C. civ. : théorie des impenses pour l'indivision ; art. 1469 C. civ. : récompenses dans la communauté). Si elle est forte (patrimoine ayant la personnalité morale), ce sont de véritables actes juridiques qui seront conclus entre le patrimoine commun et ses membres (cf. *infra*, n° 286 sur les règles relatives aux conventions réglementées pour les sociétés par actions et SARL), selon une logique commutative. Cette dernière affirmation est toutefois à nuancer (cf. G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 35, et l'arrêt Cass. Com., 12/02/2008, n° 05-17085 ; JCP E, 2008 1478, note H. HOVASSE ; Dr. fisc. 2008, comm. 416, n° 29, note F. DEBOISSY et G. WICKER). Dans tous les cas, le plus grand risque est celui du conflit d'intérêts, et le droit positif prévoit des règles pour le prévenir (cf. *infra*, n° 282 et s.).

⁹⁷⁴ Cf. *supra*, n° 21.

⁹⁷⁵ P. CROCQ, « Transparence et patrimoines d'affectation », Dr. et pat., 2012, n° 68.

⁹⁷⁶ Cette protection passe par les règles du droit commun comme l'action paulienne (Cass. Com., 01/03/1994, n° 92-15425, Bull. Civ. IV, n° 81 ; Defrénois, 1994. 1118, note D. MAZEAUD) et des règles spéciales comme l'action pour insuffisance d'actif ou l'extension d'une procédure collective (art. L. 621-2 C. com. ; Cass. Com., 07/11/2018, n° 17-21284 ; BJS 2019. 44, note T. FAVARIO ; RPC 2019, n° 2, n° 29, note B. SAINTOURENS).

du créancier saisissant.⁹⁷⁷ Pour organiser ces relations, le droit des groupements prévoit des dispositions régissant les contrats conclus avec soi-même. Il serait donc tout à fait réalisable de reproduire des règles similaires concernant les patrimoines individuels.⁹⁷⁸ Pour éviter les risques de fraude, la confusion des patrimoines est interdite⁹⁷⁹, et il serait envisageable d'interdire certains contrats, voire toute relation entre les patrimoines individuels d'une même personne.⁹⁸⁰ Généralement, les actes constitutifs de ces patrimoines prévoient de toute façon les modalités d'usage des biens qu'ils comprennent. Ainsi, le patrimoine fiduciaire peut prévoir une convention de mise à disposition.⁹⁸¹ Inutile d'envisager un acte juridique entre le constituant et le fiduciaire au sujet de ces biens en cours de fiducie : le sujet est déjà réglé, ou le sera grâce à une réforme de cet acte constitutif.⁹⁸²

Concernant la relation avec les tiers, la question qui se pose est celle de l'opacité des patrimoines : le créancier d'un des patrimoines d'une personne peut-il saisir les biens contenus dans un autre de ses patrimoines ?⁹⁸³ Là encore, tout dépend de la nature de la masse de biens en question. Certains mécanismes prévoient un isolement total de l'actif du patrimoine⁹⁸⁴, tandis que d'autres impliquent simplement une saisie prioritaire de l'actif en question mais la possibilité d'atteindre d'autres masses de la même personne en cas d'insuffisance.⁹⁸⁵

143. Relations entre patrimoines secondaires – Les patrimoines secondaires d'une même personne n'ont en revanche aucun lien direct entre eux. Ils sont parfaitement autonomes les uns à l'égard des autres, et les actes qu'ils concluent sont soumis aux mêmes règles que les

⁹⁷⁷ J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 783 et s. Un auteur parle d'un « magnifique instrument de fraude paulienne » concernant l'EIRL (F.-X. LUCAS, « Les dangers de l'EIRL », *Dr. et pat.*, 2010, n° 191).

⁹⁷⁸ Concernant les patrimoines de l'EIRL, v. J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 793 et s. et les références citées. L'auteur propose de calquer ce régime sur celui de l'EURL, la situation étant en pratique quasiment identique (*ibid.*, n° 802).

⁹⁷⁹ D'où l'intérêt des inventaires lors de la constitution de tels patrimoines, cf. *infra*, n° 222.

⁹⁸⁰ J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 790, qui fait des propositions concernant les relations entre les patrimoines fiduciaires, du bénéficiaire et du fiduciaire.

⁹⁸¹ Art. 2018 et 2018-1 C. civ.

⁹⁸² De même pour l'EIRL (art. L. 526-8-1 C. com.). Cf. toutefois les interrogations soulevées par M. Wicker (G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 15).

⁹⁸³ Sur cette question, cf. G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 39 et s. ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 348 et s. Cf. *infra*, n° 355 et s.

⁹⁸⁴ C'est par exemple le cas des fonds communs de placement (art. L. 214-8-5 C. mon.fin.) ou de l'EIRL (art. L. 526-12 C. com.). V. I. RIASSETTO, M. STORCK, « La fiducie et la structuration des fonds d'investissement en droit français », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 795-816.

⁹⁸⁵ V. notamment D. GIBIRILA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », *Defrénois*, 1998, p. 625. Certains auteurs parlent d'un droit de préférence (G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 40 ; P. BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.*, 2011, p. 635 ; N. LEBLOND, « Réflexions sur la personnification de l'indivision », *RLDC*, 2011, n° 82). On peut citer comme exemples la société civile (art. 1858 C. civ.) ou la fiducie (art. 2025 C. civ.).

actes conclus entre personnes tierces. Toutefois, en cas d'identité de gestionnaires, il s'agit bien d'une situation d'acte conclu avec soi-même, et les règles de prévention de conflits d'intérêts vont s'appliquer.⁹⁸⁶ Précisons également que plusieurs patrimoines secondaires peuvent être imbriqués, lorsqu'un patrimoine commun contient des parts d'un autre patrimoine commun, comme c'est le cas d'une société mère actionnaire d'une filiale. Dans cette situation, la personnalité morale fait simplement office d'écran qui masque la propriété des personnes physiques. Chaque patrimoine commun titulaire de parts d'un autre patrimoine est traité comme un copropriétaire classique, la gestion et l'accès aux utilités se faisant par l'intermédiaire du groupement propriétaire, justifiant l'application de règles particulières.⁹⁸⁷

Cette autonomie se poursuit dans les relations avec les tiers. Le créancier d'un patrimoine secondaire ne peut pas saisir les biens compris dans un autre patrimoine secondaire, à moins de passer par la saisie des parts inclus dans le patrimoine originel.⁹⁸⁸

Cette première approche de la notion de patrimoine permet de comprendre les liens qu'elle entretient avec la propriété. Toute personne physique est titulaire d'un patrimoine originel, et donc propriétaire des biens qu'il contient. Par les actes qu'elle conclut, elle engage cet actif envers ses créanciers. Elle peut également être titulaire de patrimoines secondaires, communs ou individuels, ayant chacun un actif et un passif propres et autonomes. Pour conserver cette autonomie et protéger le gage des créanciers, un certain nombre de dispositions régissent les relations entre ces patrimoines, déterminant leur composition, leur opacité et les actes qui peuvent être conclus entre eux. Il convient maintenant d'aborder plus spécifiquement l'influence que le patrimoine opère sur sa gestion.

§ 2 : La gestion d'un patrimoine

144. Patrimoine et affectation – Techniquement, la constitution d'un patrimoine permet la corrélation entre un actif et un passif, et donc de réserver certains biens au gage de créanciers déterminés. Cette opération est justifiée par des considérations politiques et

⁹⁸⁶ Cf. *infra*, n° 287.

⁹⁸⁷ Cf. par exemple, concernant la propriété indivise de parts sociales, l'article 1844 al. 2 du Code civil. V. *infra* n° 189.

⁹⁸⁸ Prenons l'exemple d'un associé d'une société à responsabilité illimitée, qui est par ailleurs propriétaire indivis de son logement avec son épouse. Un créancier de la société peut, en cas d'insuffisance du patrimoine social, saisir la part indivise contenue dans le patrimoine personnel de son débiteur et avoir ainsi accès aux biens indivis. Il pourrait de la même manière saisir des parts sociales ou de fonds commun de placement. F. MASSON, *op. cit.*, n° 356 et s. Cette opération aura plus ou moins d'efficacité selon la nature de la part.

économiques⁹⁸⁹ : le patrimoine originel permet à toute personne physique d'agir juridiquement et ainsi de participer au commerce juridique, l'indivision donne la possibilité d'une propriété collective et protège *a minima* les biens communs de l'action des créanciers personnels, la société à responsabilité limitée et l'EIRL garantissent une protection des biens personnels des entrepreneurs et associés et réservent le capital social à l'activité de la société... Dans un sens, tout patrimoine répond donc à une fonction sociale, ce qui implique l'application de certaines règles visant à assurer le respect de cette fonction.⁹⁹⁰ Peut-on alors considérer que tout patrimoine est affecté à un but, contraignant ainsi la liberté de son gestionnaire ?

145. Notion d'affectation – L'affectation est une notion qui peut influencer celle de gestion en lui attribuant une finalité plus restreinte. Elle se définit comme « la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé. »⁹⁹¹ Un auteur y a consacré une thèse et a démontré la relation entre la notion d'affectation est l'idée d'un but à atteindre.⁹⁹² On pourrait penser que la gestion consiste en la mise en œuvre d'une affectation, et qu'elle n'a vocation à s'exercer que dans ce cadre. Tout dépend alors du champ d'application de l'affectation.

M. Guinchard distingue pour cela finalité générale et finalité spéciale.⁹⁹³ La première renvoie à l'objectif de satisfaction d'un intérêt. Pour lui, il n'y a pas lieu d'appliquer de régime spécial dans cette situation, et donc pas d'affectation. Celle-ci apparaît lorsqu'une finalité spéciale est prévue, c'est-à-dire un usage déterminé et concret suffisamment individualisé pour permettre de distinguer certains biens des autres au sein d'un patrimoine, justifiant l'application d'une technique spécifique.⁹⁹⁴ Nous percevons ici la distinction entre affectation et gestion :

⁹⁸⁹ G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 26.

⁹⁹⁰ « Les biens d'une personne ne forment une unité que par une pure construction de l'esprit. [...] Nous devons dire simplement, il y a *universitas* dans la mesure où pratiquement il y a intérêt à l'admettre. Dans cette limite, il est permis au législateur et même au juge, si la loi ne s'y oppose pas, de soumettre un ensemble de choses envisagé comme tel, ou un jugement sur un ensemble de choses à des règles qui leur conviennent mieux d'après les idées régnantes. » R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, Editions La Mémoire du Droit, coll. Références, 2001, p. 404.

⁹⁹¹ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Affectation ».

⁹⁹² S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1976, p. 15 : « Affecter, c'est à la fois choisir un but et le réaliser par des techniques appropriées. »

⁹⁹³ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 22 et s. V. également R. SEVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », APD, 1979, p. 247-257 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 357 ; C. KUHN, art. préc.

⁹⁹⁴ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 185-186. Il définit la technique comme « le procédé de mise en œuvre destiné à atteindre le but recherché par la volonté en le faisant pénétrer au plan juridique. » Plus clairement, cela signifie que des mécanismes juridiques sont mis en application pour favoriser le respect de la finalité spéciale déterminée, faisant d'elle un impératif juridique.

effectivement, la gestion a un champ d'application plus large que l'affectation, qui impose le respect d'une finalité particulière en plus de la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. C'est en cela que l'affectation est une contrainte supplémentaire pour le gestionnaire.

146. Affectation et gestion – L'affectation d'un patrimoine entraîne nécessairement une réduction des prérogatives du gestionnaire, qu'il ait ou non la qualité de propriétaire.⁹⁹⁵ Serge Guinchard en distingue deux types : l'affectation réelle, qui est rattachée à une activité et vise l'exploitation de biens en vue de son exercice, et l'affectation personnelle, qui est rattachée à une personne et vise à la conservation des biens en vue de sa protection.⁹⁹⁶ Cette dernière notion n'a cependant pas de sens si l'on considère que tout patrimoine est finalisé par la satisfaction de l'intérêt de son propriétaire.⁹⁹⁷ Mais la distinction qu'opère l'auteur est intéressante car elle marque la spécificité de ce qu'il nomme « affectation réelle », et que nous appellerons « affectation d'un patrimoine » : le fait que le patrimoine soit attaché à une autre fonction que la seule satisfaction de l'intérêt de la ou les personnes qui l'ont constitué.⁹⁹⁸ En effet, dans le cas d'une affectation de patrimoine, les constituants créent un intérêt objectif que le gestionnaire doit respecter en plus de ceux des propriétaires actuels. Le terme « intérêt » n'est évidemment pas ici un intérêt humain, il s'agit d'une finalité abstraite qui vient s'ajouter aux intérêts personnels des membres du groupement.⁹⁹⁹ Cependant, cette finalité est assimilée à une sorte d'intérêt objectif, invariable, comme si l'un des membres du groupement était un propriétaire dont les besoins ne changeaient jamais et devaient primer sur ceux des autres.¹⁰⁰⁰ Cet intérêt objectif est une nouvelle finalité assignée au patrimoine qui va limiter les possibilités de gestion.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁵ Dans le même sens, F. MASSON, *op. cit.*, n° 342 ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 26 (l'auteur se réfère à la notion de pouvoir).

⁹⁹⁶ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 41 et s.

⁹⁹⁷ Dans le même sens, P. BERLIOZ, art. préc.

⁹⁹⁸ Pour certains auteurs, l'affectation peut porter sur un ou plusieurs biens déterminés comme les éléments d'un fonds de commerce ou un immeuble par destination. (S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 47 et s.). Cette proposition vient du double sens donné à la notion d'affectation, qui renvoie parfois au rattachement d'un bien à une entité (R. BOFFA, *La destination de la chose*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2008, n° 10). Nous préférons parler dans ce cas de destination, dans la mesure où l'usage prévu est fixé librement par le propriétaire qui peut en changer à tout moment, à moins que le bien ait effectivement été affecté au sein d'un patrimoine particulier, que le propriétaire se soit engagé à respecter un usage particulier (comme au sein d'un règlement de copropriété par exemple), ou que la loi le lui impose. Sur la distinction entre affectation et destination, cf. *infra*, n° 161.

⁹⁹⁹ Sur la notion d'intérêt, cf. *supra*, n° 14.

¹⁰⁰⁰ Il ne faut toutefois pas confondre cet intérêt objectif avec l'intérêt social de la société, qui est l'intérêt commun des associés. Il est plutôt lié à l'objet social du groupement (cf. *infra*, n° 187).

¹⁰⁰¹ Un auteur parle de « pouvoirs propres » pour désigner cette situation (M. CANTIN CUMYNN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 111).

L'affectation peut avoir des buts très divers et prendre différentes formes selon la nature du patrimoine.¹⁰⁰² Nous pouvons en citer deux : l'affectation à une activité (I) et l'affectation en garantie (II). Il conviendra enfin d'analyser la particularité de la gestion sans affectation (III).

I L'affectation à une activité

147. Champ d'application – Le terme « activité » est ici à prendre au sens large, comme toute action en vue d'un but déterminé. Il peut s'agir d'une activité économique, professionnelle, humanitaire, dans un intérêt particulier, collectif ou général, à but lucratif ou non, en vue d'une gestion conservatrice ou rentable. Il serait vain d'essayer d'en faire un exposé exhaustif, aussi il est plus facile d'en lister les modes de détermination. En effet, une telle affectation peut être attachée à la nature du patrimoine ou être issue de son acte constitutif.

148. Affectation par la forme – Pour de nombreux patrimoines, le choix d'un régime implique nécessairement de se soumettre à une affectation au moins générale, parfois plus précise. La raison en est que le régime de la forme patrimoniale choisie est adapté à l'affectation qui lui est attribuée. Ainsi, la société doit être constituée en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra résulter d'une entreprise commune¹⁰⁰³, l'EIRL crée un patrimoine affecté à l'activité professionnelle de l'entrepreneur¹⁰⁰⁴, le patrimoine fiduciaire est affecté à « un but déterminé »¹⁰⁰⁵, l'association est créée « dans un but autre que de partager des bénéfices »¹⁰⁰⁶, la fondation vise « la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »¹⁰⁰⁷, les syndicats professionnels « l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts »¹⁰⁰⁸, le syndicat de copropriété d'immeuble bâti a pour objet « la conservation et

¹⁰⁰² G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 41.

¹⁰⁰³ Art. 1832 C. civ. La finalité peut être plus précise, par exemple, une SICAV a pour seul objet « la gestion d'un portefeuille d'instruments financiers ou de dépôts » (art. L. 214-7 al. 1 C. mon. fin.).

¹⁰⁰⁴ Art. L. 526-6 C. com.

¹⁰⁰⁵ Art. 2011 C. civ.

¹⁰⁰⁶ Art. 1^{er}, L. du 01/07/1901.

¹⁰⁰⁷ Art. 18 L. n° 87-571 du 23/07/1987.

¹⁰⁰⁸ Art. L. 2131-1 C. Trav. Concernant les groupements ayant pour but la satisfaction d'un intérêt général ou collectif non lucratif, cf. G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 27 (l'auteur considère que ces patrimoines ne sont pas appropriés) ; M.-J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », D. 2006, p. 388.

l'amélioration de l'immeuble ainsi que l'administration des parties communes ». ¹⁰⁰⁹ Certaines de ces formes patrimoniales ont la personnalité morale, d'autres non, ce qui démontre que le champ d'application de l'affectation dépasse la simple personnalité morale. Le choix d'un de ces régimes implique nécessairement l'affectation du patrimoine ¹⁰¹⁰, mais elle reste très générale, et il est souvent nécessaire d'en préciser les modalités au sein de l'acte constitutif.

149. Affectation par l'objet – L'affectation par l'objet renvoie au but précis que doit réaliser le gestionnaire du patrimoine et qui est déterminé dans l'acte constitutif. On parle pour les personnes morales d'objet social. ¹⁰¹¹¹⁰¹² Les textes réglementant les patrimoines affectés exigent une précision de cette finalité au sein de leur acte constitutif, facilitant ensuite le contrôle du respect de l'affectation. ¹⁰¹³

L'affectation par l'objet peut également se retrouver au sein de patrimoines qui ne sont pas *a priori* affectés. Une convention d'indivision peut par exemple prévoir l'exécution d'une mission spécifique. Toutefois, les pouvoirs du gérant de l'indivision conventionnelle ne peuvent s'étendre au-delà de ceux d'un époux sur les biens communs ¹⁰¹⁴, et la nature de l'indivision en fait plutôt un instrument de gestion statique. ¹⁰¹⁵ Les possibilités sont donc assez restreintes, ce qui démontre que certains patrimoines sont rétifs à l'affectation.

¹⁰⁰⁹ Art. 14 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁰¹⁰ G. WICKER, « La notion de patrimoine », art préc., n° 41.

¹⁰¹¹ Art. 1833 C. civ. pour les sociétés. L'étendue de l'objet social a récemment évolué du fait de la modification de ce texte, auquel la loi PACTE n° 2019-486 du 22/05/2019 a ajouté un second alinéa qui dispose que « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ; ainsi qu'une phrase à l'article 1835 du Code civil : « Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité. » Ces nouveautés peuvent avoir une influence sur la gestion de la société. L'article 1833 alinéa 2 semble consister en une réduction des prérogatives du gestionnaire en faveur de l'intérêt général, reste à savoir s'il contient des moyens d'application en pratique. La notion de « raison d'être » peut servir à interpréter plus précisément l'objet social et donc permettre un contrôle plus efficace du respect de l'affectation (Y. CHAPUT, « Objet social », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 114). Enfin, l'introduction des « sociétés à mission » aux articles L. 210-10 C. com., initialement nommées « sociétés à objet social étendu », influence également la gestion de la société en permettant aux dirigeants d'agir en dehors d'une finalité purement lucrative attachée à la nature patrimoniale de la société pour remplir des missions d'intérêt général. Ils sont toutefois soumis au respect de cette mission et contrôlés par un organe spécifique (art. L. 210-11 C. com.). Y. CHAPUT, *ibid.*, n° 117 et s.

¹⁰¹² Il convient de ne pas confondre objet social (affectation du patrimoine social à une finalité déterminée) et intérêt social (intérêt commun des associés, cf. *infra*, n° 187). La notion d'intérêt social étant source de débats, la doctrine ne s'accorde pas vraiment sur cette distinction (cf. par ex. D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, éd. Joly, 2^{ème} éd., 2004, n° 14, qui semble confondre « intérêt social » - défini comme la finalité assignée à la société, distinct de l'intérêt commun des associés – et objet social).

¹⁰¹³ Art. 1835 C. civ. (société), art. 2018, 6° C. civ. (fiducie), art. 5 al. 2 L. du 1/07/1901 (association)...

¹⁰¹⁴ Art. 1873-6 C. civ.

¹⁰¹⁵ C. ALBIGES, « Indivision : régime conventionnel », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 62. Certaines indivisions particulières sont néanmoins affectées du fait de leur forme, comme la société en participation.

150. Contrôle de l'affectation – L'affectation à une activité a pour effet de réduire les prérogatives du gestionnaire, qui ne peut accomplir que des actes qui respectent la finalité déterminée. Tout acte qui irait à son encontre sera sanctionné pour excès de pouvoir, de la même manière que l'acte qui irait à l'encontre de l'intérêt du propriétaire.¹⁰¹⁶ Cette similitude est justifiée par certains auteurs comme une manifestation du pouvoir qui est au fondement des prérogatives du gestionnaire d'un patrimoine affecté, intégrant les situations de gestion de biens d'autrui à cette catégorie.¹⁰¹⁷ C'est selon nous une erreur, dans la mesure où agir dans l'intérêt du propriétaire n'est jamais une affectation, il s'agit de la finalité générale attribuée à chaque patrimoine. En réalité, l'affectation est une espèce dont la gestion est le genre. Le contrôle du respect de l'affectation n'est pas le modèle du contrôle du respect de l'intérêt du propriétaire, au contraire. Le mécanisme est semblable parce que l'affectation est assimilée à l'intérêt du propriétaire, en tant qu'intérêt objectivé et invariable. C'est pourquoi le contrôle s'effectue de la même façon et selon les mêmes critères, la seule différence ayant lieu lors de l'appréciation de l'intérêt à respecter.¹⁰¹⁸

L'affectation d'un patrimoine à une activité pourrait alors être incorporée aux situations de gestion des biens d'autrui. Il nous semble toutefois nécessaire de devoir l'exclure. Bien que l'affectation soit assimilée à un intérêt objectivé, elle ne constitue pas l'intérêt d'un propriétaire, et n'est donc pas soumise à l'ensemble des principes applicables à l'administration des biens d'autrui. Elle ne fait que restreindre l'étendue objective des prérogatives du gestionnaire mais n'a pas d'effet sur leur étendue subjective. Plus précisément, elle ne permet pas d'apprécier la loyauté du gestionnaire. La loyauté doit s'exprimer envers quelqu'un, or l'affectation n'est pas une personne, et il est tout à fait possible de la respecter tout en violant l'intérêt du propriétaire.¹⁰¹⁹ De plus, lorsque c'est un patrimoine individuel qui est affecté, il paraîtrait incongru de qualifier cette situation de gestion des biens d'autrui. Si c'était le cas, une personne sous le statut de l'EIRL devrait s'assurer du respect de l'intérêt de son entreprise, or c'est elle-même qui le détermine. Un tel régime ne serait pas pertinent.

Ainsi, l'affectation d'un patrimoine à une activité se manifeste par l'introduction d'un intérêt objectivé qui limite l'étendue des prérogatives du gestionnaire. Le contrôle opéré est

¹⁰¹⁶ Cf. *infra*, n° 258.

¹⁰¹⁷ Cf. *supra*, n° 88 et s.

¹⁰¹⁸ Cf. *infra*, n° 187.

¹⁰¹⁹ C'est tout le problème des abus de majorité et de minorité au sein des sociétés lorsque la décision émane des associés, et de la violation de l'obligation de loyauté lorsqu'elle émane d'un dirigeant : une décision prise conformément à l'objet social mais contraire à l'intérêt social. D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés », RTD com., 1994, p. 617 ; H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com., 1999, p. 273 ; D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 14. Cf. *infra*, n° 258.

celui de l'excès de pouvoir. Cet intérêt n'étant pas celui d'un propriétaire, il n'est pas possible de qualifier cette situation de gestion des biens d'autrui. L'affectation à une activité a donc une influence limitée sur la gestion, que l'on retrouve également lors de l'affectation en garantie.

II L'affectation en garantie

151. Champ d'application – L'affectation d'un patrimoine en garantie signifie qu'au moins un créancier est titulaire d'un droit de gage général sur ce patrimoine.¹⁰²⁰ Le droit de gage général est la faculté offerte à tout créancier d'engager une procédure visant à la vente des biens saisissables du débiteur afin de se payer en cas d'inexécution par ce dernier.¹⁰²¹ Il convient dès à présent d'exclure le cas des biens particuliers apportés en garantie, qui composent la catégorie des sûretés réelles. La sûreté réelle n'opère pas affectation d'un bien en garantie mais uniquement transfert de l'une de ses utilités, à savoir la faculté de l'échanger et d'en tirer un profit.¹⁰²² La différence est importante quant aux effets de chacun de ces mécanismes sur la gestion : la sûreté réelle implique une restriction bien plus importante des prérogatives du gestionnaire à l'égard d'un bien particulier que l'affectation du patrimoine en garantie.¹⁰²³

L'affectation en garantie peut concerner n'importe quel patrimoine, originel ou secondaire. C'est d'ailleurs l'une des fonctions techniques de ce mécanisme depuis la théorie d'Aubry et Rau.¹⁰²⁴ Elle reste cependant accessoire : un patrimoine peut tout à fait ne comporter aucun passif. En pratique cependant, il est impossible d'échapper à l'endettement, qui est une mécanique nécessaire du commerce juridique. Toute personne juridique est obligée personnellement envers d'autres, et ce dès la naissance, ne serait-ce que par l'obligation alimentaire envers ses parents qui l'ont mise au monde.¹⁰²⁵ Dès lors que l'individu est obligé,

¹⁰²⁰ Art. 2284 et 2285 C. civ. V. P. BERLIOZ, art. préc. dans un sens très proche de notre thèse, mais qui ne distingue pas l'affectation en garantie et l'affectation à une activité, ce qui crée une confusion.

¹⁰²¹ Il constitue l'une des deux composantes de l'obligation, avec le droit à la prestation convenue. Cf. *infra*, n° 341 sur la théorie dualiste de l'obligation.

¹⁰²² Cf. *supra*, n° 97.

¹⁰²³ Cf. *supra*, n° 136.

¹⁰²⁴ G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 19 et s. L'autre fonction patrimoniale, qui est la principale, est la fonction d'appartenance, qui « traduit cet impératif juridique essentiel qui est l'allocation de l'ensemble des biens entre tous les membres de la communauté juridique. » Le caractère accessoire de la fonction de garantie se manifeste également par le fait qu'elle ne concerne que certains biens appartenant au débiteur, les autres étant insaisissables (*ibid.*, n° 21).

¹⁰²⁵ Art. 205 C. civ.

il doit par son comportement respecter l'intérêt de ses créanciers, sans quoi il devra en répondre sur son patrimoine.

Néanmoins, l'accès au patrimoine du débiteur n'est ouvert qu'à ceux qui disposent d'une créance certaine, liquide et exigible. L'existence d'une telle créance se manifeste au sein du patrimoine du débiteur par la présence de dettes, qui, comme nous l'avons démontré précédemment¹⁰²⁶, peuvent être assimilées à des biens dont les utilités profitent à un tiers, le créancier. Ce sont ces biens qui impliquent l'affectation du patrimoine en garantie.

152. Effet sur la gestion – L'affectation d'un patrimoine en garantie a une influence marginale sur les prérogatives du gestionnaire. A la différence de l'affectation à une activité, il n'y a pas création d'un intérêt objectif qui limiterait l'objet des actes pouvant être conclus. Un intérêt tiers est toutefois pris en compte dans la gestion, celui des créanciers. Les prérogatives du gestionnaire s'en trouvent affectées quant aux effets des actes conclus : ils ne doivent pas porter une atteinte trop forte à cet intérêt. On en retrouve deux manifestations.

La première s'applique à tout patrimoine qui contient au moins une dette. Son gestionnaire est tenu de s'assurer qu'il reste capable de la payer.¹⁰²⁷ S'il ne le fait pas, les créanciers peuvent intervenir pour protéger leurs intérêts à travers trois mécanismes : l'action oblique¹⁰²⁸, l'action paulienne¹⁰²⁹ et l'action directe.¹⁰³⁰ La première constitue une véritable gestion des biens d'autrui, dans la mesure où le créancier va exercer les actions de son débiteur à sa place et en son nom.¹⁰³¹ La deuxième est une sanction à l'initiative du créancier qui rend les actes réalisés par le débiteur inopposables à son égard s'ils portent directement et volontairement atteinte à ses droits.¹⁰³² La troisième permet au créancier de se substituer à son débiteur en exigeant le paiement directement et en son nom propre au débiteur de son débiteur, mais uniquement dans les cas prévus par la loi.

¹⁰²⁶ Cf. *supra*, n° 134.

¹⁰²⁷ A SERIAUX, « Nul n'est tenu de s'enrichir » : Une analyse économique du droit de propriété », in *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 703-729.

¹⁰²⁸ Art. 1341-1 C. civ.

¹⁰²⁹ Art. 1341-2 C. civ.

¹⁰³⁰ Art. 1341-3 C. civ.

¹⁰³¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 09/12/1970 ; JCP G 1971, II, 16920, note MDPS ; RTD civ., 1971, p. 629, obs. Y. LOUSSOUARN. Cet arrêt précise que l'action exercée a « exclusivement pour cause et pour effet de sauvegarder son (le créancier) intérêt personnel », or, le texte actuel dispose que l'action est exercée « pour le compte du débiteur ». Le créancier doit par conséquent respecter l'intérêt de ce dernier dans l'exercice de son action, bien qu'indirectement, leurs intérêts se rejoignent. V. P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 463. V. aussi P. BERLIOZ, art. préc., qui rapproche ce mécanisme de la saisie.

¹⁰³² L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2008.

La seconde est relative à chaque créance particulière, dès lors qu'elle est d'origine conventionnelle. Le fait que le débiteur se soit volontairement engagé implique un respect d'autant plus important de l'intérêt du créancier, à travers le devoir de bonne foi.¹⁰³³ Cette exigence lui commande d'adopter un comportement conforme à son engagement et de coopérer avec son cocontractant afin de s'assurer de la réalisation de la prévision contractuelle. En cas de non-respect, le débiteur s'expose à l'engagement de sa responsabilité contractuelle. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une obligation générale de respecter ses engagements, qu'il n'est pas nécessaire de développer ici.

153. Patrimoines liquidatifs – Il convient de s'attarder sur certaines situations spécifiques dans lesquelles le poids des intérêts des créanciers se fait ressentir de manière plus importante : les patrimoines liquidatifs. Il s'agit d'une catégorie spécifique de patrimoines dont le passif est probablement conséquent voire supérieur à l'actif, ce qui explique pourquoi l'intérêt des créanciers présente une telle importance.¹⁰³⁴ Chaque acte accompli par le gestionnaire est susceptible de porter atteinte aux intérêts des créanciers, dans la mesure où il peut provoquer la diminution immédiate de l'actif ou l'augmentation du passif et exacerber la concurrence entre créanciers. Les patrimoines liquidatifs sont par conséquent soumis à un régime particulier et un contrôle accru de l'action du gestionnaire, voire un dessaisissement de ses pouvoirs. Cette situation concerne le patrimoine successoral accepté à concurrence de l'actif net¹⁰³⁵, le surendettement des particuliers et les procédures collectives des professionnels.¹⁰³⁶ Il n'est pas nécessaire d'étudier ces effets en détail ici, nous nous contenterons de constater l'influence que peut avoir l'affectation en garantie dans certaines situations particulières.

154. Affectation en garantie et gestion des biens d'autrui – La même question se pose qu'à l'égard des patrimoines affectés à une activité : l'affectation en garantie est-elle une situation de gestion des biens d'autrui ? Il convient de rejeter cette qualification pour plusieurs

¹⁰³³ Art. 1104 C. civ. L'extension à toutes les conventions a lieu du fait de l'art. 1100-1 C. civ.

¹⁰³⁴ A. SERIAUX, art. préc., n° 3. Comp. en droit allemand : G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 19-45.

¹⁰³⁵ Sur ce régime, cf. *supra*, n° 122 et s.

¹⁰³⁶ Art. L. 631-12 et art. L. 641-9 I C. com. Ajoutons à cela les sanctions pénales d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité (art. 314-7 C. pén.), qui sanctionnent le fait pour le gestionnaire d'un patrimoine débiteur d'organiser son insolvabilité pour ne pas avoir à répondre à une condamnation patrimoniale civile ou pénale, et de banqueroute (art. L. 654-2 C. com.), qui sanctionne des actes similaires accomplis après l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

raisons.¹⁰³⁷ D'abord, le droit de gage général d'un créancier ne donne pas de droit de propriété sur les biens du débiteur. Il crée simplement une dette au sein du patrimoine, qui oblige le gestionnaire à limiter les atteintes aux intérêts du créancier. Gérer un patrimoine affecté en garantie n'est pas administrer les biens d'un créancier, la satisfaction de l'intérêt du débiteur reste la finalité première de la gestion. De même, le régime de la gestion des biens d'autrui ne s'applique pas à l'administration d'un patrimoine affecté en garantie : le gestionnaire ne *doit* pas satisfaire l'intérêt des créanciers, il doit simplement en tenir compte au regard des effets des actes qu'il conclut. A l'inverse, le gestionnaire ne peut accomplir aucun acte qui irait à l'encontre de l'intérêt du propriétaire, même si cette atteinte est minime. Enfin, l'appréciation de l'intérêt des créanciers ne se fait pas de la même manière que pour l'intérêt du propriétaire. Ce dernier est variable et contingent, alors que l'intérêt des créanciers est toujours le même : la préservation d'un équilibre patrimonial entre l'actif saisissable et le passif exigible, permettant la saisie des biens en cas d'inexécution.

Cependant, la mauvaise gestion d'un patrimoine affecté en garantie peut mener à la constitution d'une situation de gestion des biens d'autrui, lorsque l'atteinte aux intérêts des créanciers est trop forte. L'action oblique en est un exemple, mais elle se limite à un acte spécifique. Elle ne permet pas de se substituer complètement au débiteur dans ses pouvoirs de gestion.¹⁰³⁸ La procédure collective, en revanche, fait intervenir un administrateur judiciaire qui peut gérer les biens du débiteur avec lui ou à sa place.¹⁰³⁹ Ces mécanismes sont cependant les conséquences d'une mauvaise gestion et ne sont pas directement liés à l'affectation en garantie.

En conclusion, l'affectation exerce une influence sur la gestion d'un patrimoine en ce qu'elle limite la liberté d'action du gestionnaire, soit en restreignant l'étendue de ses prérogatives (affectation à une activité), soit en exigeant la prise en compte de l'intérêt des créanciers dans l'appréciation des effets des actes accomplis (affectation en garantie). Il convient de comparer ces situations avec la gestion d'un patrimoine sans affectation

¹⁰³⁷ *Contra*, du point de vue d'un économiste : « Celui qui a un passif est, dans une certaine mesure, un dépositaire (*trustee*). Il détient plus qu'il ne possède. Il détient tout son actif ; il ne possède que la différence entre celui-ci et son passif. » (I. FISHER, *De la nature du capital et du revenu*, 1911, p. 110).

¹⁰³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 18/01/1977, Bull. civ. I, n° 29.

¹⁰³⁹ Pour la procédure de sauvegarde, l'intervention de l'administrateur est facultative (art. L. 622-1 et s. C. com.) Le redressement judiciaire exige son intervention sur certains actes déterminés (art. L. 631-12 et s. C. com.). En cas de liquidation judiciaire, le liquidateur devient seul gestionnaire des biens du débiteur (art. L. 641-9 C. com.).

III La gestion sans affectation

155. Champ d'application – Même s'il s'agit du principe, la gestion d'un patrimoine non affecté à une activité ou à une garantie est impossible, en raison du fait qu'un patrimoine sans aucune dette n'existe pas et reste une hypothèse d'école. Toutefois, nous avons constaté que l'influence de cette affectation restait marginale, et ne se manifeste que si le passif devient réellement excessif relativement à l'actif. Par conséquent, une telle affectation ne provoque quasiment aucun effet sur la gestion d'un patrimoine *in bonis*.¹⁰⁴⁰

Nous évoquerons donc plus particulièrement ici les patrimoines qui ne sont pas affectés à une activité. Nous pouvons en dénombrer trois : le patrimoine originel des personnes physiques, l'indivision et la communauté conjugale.¹⁰⁴¹ Le patrimoine originel ne peut être soumis à une affectation en raison de la liberté d'action fondamentale reconnue aux individus.¹⁰⁴² L'indivision est en principe sans affectation, dans la mesure où elle est le régime de propriété collective de droit commun.¹⁰⁴³ Étant la plupart du temps issue d'un fait juridique, l'affectation par l'objet est exclue puisqu'il n'y a aucun acte constitutif. Seule une affectation par la forme est possible, or, le législateur préfère conserver la souplesse de ce mécanisme et ne lui en attribuer aucune.¹⁰⁴⁴

Enfin, la communauté est également un patrimoine sans affectation. En effet, elle n'est soumise à aucune finalité déterminée, de la même manière que l'indivision. Certains auteurs considèrent néanmoins que la communauté est un patrimoine affecté à la satisfaction de l'intérêt de la famille.¹⁰⁴⁵ Cette affirmation est fautive pour plusieurs raisons. D'abord, la famille n'est

¹⁰⁴⁰ Le gestionnaire reste toujours tenu de ses engagements envers ses créanciers et ne peut agir contrairement à ce qu'il a promis, conformément au devoir de bonne foi.

¹⁰⁴¹ F. MASSON, *op. cit.*, n° 343.

¹⁰⁴² G. WICKER, « La notion de patrimoine », art. préc., n° 28.

¹⁰⁴³ Cf. *supra*, n° 84.

¹⁰⁴⁴ R. BOFFA, *op. cit.*, n° 371.

¹⁰⁴⁵ V. par ex. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985, n° 267 ; L. GODON, « La protection d'un époux contre les agissements de l'autre en régime légal de communauté », *Defrénois* 1998, art. 36857, p. 977 et 1148 ; S. GAUDEMET, « L'intérêt de la famille », élément d'un ordre public familial », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 287-302 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 767-768 (qui parlent de « propriété commune d'intérêt familial » sans toutefois y attacher des effets sur la gestion). Certains y ont même vu une personne morale (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial : Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932 ; R. SAVATIER, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droits », *D.* 1939, chron. 49 ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, coll. Thémis, 8^e éd., 1997, p. 248-249). Sur l'intérêt de la famille, cf. J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99-112 ; V. FRAISSINIER-AMIOT, « L'intérêt de la famille : une notion « standard » à contenu variable », *LPA*, 28/12/2007, n° 260, p. 4 ; A. GABRIEL, *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, n° 260 et s.

pas une personne juridique titulaire d'un intérêt. Il pourrait toutefois s'agir d'un intérêt objectif, de la même manière qu'un objet social. Ce n'est pas le cas non plus car l'intérêt de la famille n'implique pas plus de restrictions à la liberté des époux qu'une indivision. S'ils sont tenus de ne pas porter atteinte à l'intérêt de leur conjoint, c'est en raison des règles du régime impératif, et non pas du fait de l'existence d'une communauté.¹⁰⁴⁶ L'intérêt de certains tiers doit également être respecté : celui des créanciers, en raison de l'affectation en garantie du patrimoine, et celui des enfants, en raison des obligations filiales.¹⁰⁴⁷ Ultimement, la communauté reste un patrimoine commun, ce qui implique l'obligation de respecter l'intérêt de tous les copropriétaires durant la gestion.¹⁰⁴⁸ En résumé, aucune restriction spécifique ne s'applique à la gestion de la communauté qui ne s'appliquerait pas à n'importe quel autre bien des époux, en raison des obligations qui pèsent sur eux, ou à n'importe quel autre patrimoine commun, du fait de l'obligation de respecter l'intérêt des copropriétaires.

156. Effet sur la gestion – Si l'on exclut tous les effets que pourraient provoquer une affectation quelconque sur la gestion, il reste une unique contrainte qui pèse sur le gestionnaire et qui renvoie, tout simplement, à sa fonction essentielle : la satisfaction de l'intérêt du ou des propriétaires. Les seules sanctions qui s'appliquent aux actes conclus par le gestionnaire d'un patrimoine non-affecté ont vocation à protéger le respect de cette fonction.¹⁰⁴⁹

157. Conclusion du chapitre – Tout gestionnaire, qu'il gère ses propres biens ou ceux d'autrui, est soumis à des contraintes qui ne dépendent pas de la qualification de gestion des biens d'autrui. Les prérogatives du gestionnaire sont parfois limitées ou orientées afin de respecter l'intérêt de tiers particuliers ou l'intérêt général. Ces restrictions ont pour origine l'utilité sociale de certains biens spécifiques ou l'affectation d'une masse de biens à une activité ou en garantie de dettes. Les identifier nous permet de les exclure et de nous concentrer sur la véritable finalité de la gestion des biens d'autrui, la satisfaction de l'intérêt du propriétaire.

¹⁰⁴⁶ Art. 217 C. civ., art. 220-1 C. civ., art. 2405 et 2446 C. civ. (concernant l'hypothèque légale des époux). L'article 1429 C. civ. fait également référence aux intérêts de la famille dans l'administration des biens propres d'un époux.

¹⁰⁴⁷ C'est dans ce sens que l'article 1397 C. civ. fait référence à l'intérêt de la famille lors du changement de régime matrimonial. Il s'agit simplement de tenir compte des intérêts de certaines personnes déterminées, à savoir les époux et leurs enfants.

¹⁰⁴⁸ Finalement, l'intérêt de la famille renvoie aux mêmes questions que l'intérêt social, et à la même réponse : il ne diffère pas de l'intérêt commun des copropriétaires. Dans le même sens, R. THERY, « L'intérêt de la famille », JCP G, 1972, I, 2485. Cf. *supra*, n° 19 et *infra*, n° 187.

¹⁰⁴⁹ Cf. *infra*, n° 184. Nous excluons bien entendu les actes qui porteraient atteinte aux intérêts des tiers, régis par les règles de responsabilité civile.

Chapitre 2 : La satisfaction de l'intérêt du propriétaire

Rappelons que la fonction de toute gestion est de permettre l'usage des biens par le propriétaire. Mais la fonction est un concept large, qui renvoie à un objectif transcendant et ne permet pas une application concrète.¹⁰⁵⁰ Pour que cette finalité devienne opératoire, il faut la préciser. Quel usage la gestion doit-elle favoriser ? Le droit positif est orienté vers l'objectif de satisfaction de l'intérêt du propriétaire, c'est donc selon ce critère que le choix doit être réalisé. Mais cela nécessite de le déterminer.¹⁰⁵¹ Or, le processus n'est pas le même selon que le gestionnaire est lui-même propriétaire ou s'il est un tiers. Lorsque le gestionnaire est propriétaire exclusif, il définit lui-même ce qui va dans son intérêt : il s'agit du principe de libre disposition. En cas de gestion des biens d'autrui, ce n'est pas le propriétaire lui-même qui doit interpréter son intérêt, mais un tiers, ce qui crée un risque d'erreur et de détournement de la fonction première de la gestion. C'est là la différence essentielle entre le modèle du propriétaire-gestionnaire et la gestion des biens d'autrui, qui fonde l'existence d'un corpus de règles protectrices.

Il convient d'analyser en premier lieu le principe de libre disposition (Section 1) pour en comprendre les rouages et le distinguer en second lieu de la détermination de l'intérêt du propriétaire en cas de gestion des biens d'autrui (Section 2).

Section 1 : Le principe de libre disposition

Le principe de libre disposition s'applique dans le cadre du modèle du propriétaire-gestionnaire. Il signifie que c'est au propriétaire de déterminer librement quel usage il compte faire de ses biens et les moyens juridiques et techniques à mettre en œuvre pour y parvenir. Il faut cependant l'analyser plus précisément pour comprendre en quoi il est spécifique au modèle du propriétaire gestionnaire et pourquoi il ne peut s'appliquer en cas de gestion des biens d'autrui. Pour cela, il nous faut le définir (§ 1) et étudier sa mise en œuvre (§ 2).

¹⁰⁵⁰ Cf. *supra*, n° 89.

¹⁰⁵¹ Peu d'auteurs qui étudient l'action pour autrui s'intéressent à cette problématique et abordent ce problème, considérant pour la plupart que le représentant (au sens large) ne fait que retranscrire la volonté ou l'intérêt du représenté sans véritablement analyser de que cela implique en pratique dans la prise de décision. V. toutefois E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, n° 217 ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 210 et s. ; E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, p. 158 et s.

§ 1 : Définition du principe

158. Diversité des approches – Il existe trois conceptions différentes du principe de libre disposition.¹⁰⁵² La première identifie la libre disposition à la faculté qu'a le propriétaire de pouvoir déterminer l'usage qu'il compte faire de ses biens.¹⁰⁵³ La deuxième est celle de la doctrine classique, pour qui la disposition est assimilée à l'*abusus*, et constitue la prérogative la plus importante du propriétaire, en ce qu'elle a pour effet de porter atteinte à la substance du bien.¹⁰⁵⁴ Le principe de libre disposition signifie alors que le propriétaire a des pouvoirs illimités sur le bien car il peut réaliser tous les actes sur celui-ci, même les plus graves.¹⁰⁵⁵ La troisième est plus récente : elle considère que le pouvoir de disposition est un attribut de la personnalité juridique qui permet à un individu d'accomplir des actes juridiques relativement à des biens.¹⁰⁵⁶ Cette thèse distingue droit de propriété et capacité d'agir, ce qui permet de concevoir qu'une personne puisse être propriétaire sans pouvoir accomplir d'actes sur ses biens.

Le choix d'une de ces conceptions va provoquer des conséquences juridiques très différentes. Pour la première, la réduction des usages possibles du bien n'est pas en soi une atteinte à la libre disposition, il faut pour cela que le propriétaire soit contraint dans sa jouissance à réaliser un usage particulier. Pour la deuxième, toute réduction des prérogatives du propriétaire constitue une atteinte au principe de libre disposition et à la propriété elle-même, puisque sans faculté de disposer, il n'y a pas de propriété.¹⁰⁵⁷ Pour la troisième, il n'y a aucun problème à porter atteinte au principe de libre disposition si la situation le nécessite, notamment à travers les règles d'incapacité.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵² F. ZENATI, « Caractère constitutionnel du droit de propriété », RTD civ., 1996, p. 932.

¹⁰⁵³ R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marescq, 3^{ème} éd., trad. O. de Meulenaere, t. 4, 1877-1878, § 70, p. 335 : « Dire qu'on est libre de disposer de sa chose équivaut à dire qu'on est libre de choisir la manière dont on entend en jouir. » V. aussi J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952, n° 285 et s. ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 89 et s.

¹⁰⁵⁴ Cf. *supra*, n° 70. V. notamment F. LAURENT, *Principes du droit civil*, t. VI, 1876, n° 100 et s. ; C.-M.-B. TOULLIER, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, 3^e éd., 1820, t. III, n° 86 ; J.-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, p. 1-31.

¹⁰⁵⁵ Pour une présentation, v. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007, n° 64.

¹⁰⁵⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 11^{ème} éd., 1928-1932, n° 2337 ; M. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, t. 1, 1942, n° 50 et s., cité par P. GUILHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », RTD civ., 1954, p. 3 ; D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil : Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, thèse de doctorat, 1969, p. 919 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ., 2006, p. 445 ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 72 et s.

¹⁰⁵⁷ De plus, il faut déduire de cette thèse que celui qui a le pouvoir de disposer de la chose en est le propriétaire, ce qui est très contestable. Cf. *supra*, n° 70 et n° 98.

¹⁰⁵⁸ Cf. *supra*, note 536.

159. Tentative de compromis – En réalité, ces trois conceptions sont liées car elles sont issues d'une évolution.¹⁰⁵⁹ A l'origine, le terme « disposer » vient du latin « *dispono* », qui signifie « organiser, ordonner, distribuer ».¹⁰⁶⁰ Il était utilisé dans ce sens par Bartole, qui a inspiré la rédaction de l'article 544 du Code civil, afin d'exprimer l'idée que le propriétaire a toutes les prérogatives sur son bien quant à son usage : il a la faculté de l'organiser, voire de le distribuer ou de le partager. C'est au XVI^{ème} siècle que la disposition a été assimilée à l'aliénation, du fait d'une analogie entre consommation matérielle (*abusus*) et consommation juridique du bien. Des auteurs du XX^{ème} siècle ont ensuite réintroduit la distinction entre *abusus* et disposition et ont rattaché cette dernière à la personnalité juridique. Elles ont donc un fond commun qu'il est possible de déceler.

Il convient alors de revenir à l'interprétation de l'article 537 du Code civil. Celui-ci dispose que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. » Nous avons expliqué plus haut que ce texte était l'expression juridique du principe du propriétaire-gestionnaire.¹⁰⁶¹ Il énonce deux règles générales : le gestionnaire des biens est le propriétaire et il a la libre disposition de ses biens, ces deux règles étant soumises à exception. La seconde affirmation signifie que le propriétaire peut accomplir n'importe quel acte de gestion. Les partisans du « pouvoir fondamental de disposition » ont donc raison sur ce point : le principe de libre disposition est relatif aux prérogatives du propriétaire-gestionnaire. Nous ne pensons pas toutefois qu'il soit fondé sur la personnalité juridique et la capacité, il s'agit de notions différentes. La doctrine classique est également dans le vrai lorsqu'elle énonce que ces prérogatives sont en principe illimitées, le but de l'article 537 étant justement d'étendre les prérogatives du propriétaire à tous les actes.

Il faut s'interroger sur la raison d'être de cette règle, et pour cela revenir à la première théorie. On lui reproche son manque de contenu technique, c'est la raison pour laquelle les deux autres ont été construites.¹⁰⁶² Il suffit pourtant d'amener le raisonnement jusqu'à son terme. Le principe de libre disposition signifie essentiellement que le propriétaire peut faire ce qu'il veut de son bien. Cela veut dire très concrètement qu'il choisit la destination du bien, l'usage qu'il compte en faire, et que cette faculté lui est réservée en principe.¹⁰⁶³ Le fait qu'il ait tous les

¹⁰⁵⁹ Les explications suivantes sont tirées de F. DANOS, *op. cit.*, n° 62 et s.

¹⁰⁶⁰ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin français*, Paris, Hachette, 1934, v. « *Dispono* ».

¹⁰⁶¹ Cf. *supra*, n° 83.

¹⁰⁶² F. ZENATI, « Caractère constitutionnel du droit de propriété », art. préc. ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 62.

¹⁰⁶³ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1976, p. 463 ; E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.*, 1995, p. 479, n° 19 ; F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsycose de la valeur) », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 605-639, n° 38 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Paris, Defrénois, coll.

pouvoirs pour le réaliser n'est qu'une conséquence de cette affirmation, à laquelle on ajoute l'attribution du rôle de gestionnaire et la définition de la propriété donnée à l'article 544 du Code civil.¹⁰⁶⁴ C'est parce que le propriétaire est celui qui bénéficie de l'ensemble des utilités des biens qu'il peut choisir l'usage qu'il souhaite en faire, et c'est parce qu'il est gestionnaire que ses prérogatives sont en principe absolues.¹⁰⁶⁵ Rien ne dit par ailleurs que la disposition ne concerne que l'accomplissement d'actes juridiques, il peut s'agir également d'actes matériels, c'est pourquoi le lien avec la capacité juridique (qui ne concerne que la conclusion d'actes juridiques) n'est pas pertinent.¹⁰⁶⁶ Par exception, la loi peut réduire le choix des usages possibles, et incidemment réduire les actes qui pourront être réalisés sur ce bien.¹⁰⁶⁷

160. Protection du principe – La pertinence de cette définition peut être démontrée par l'étude de la jurisprudence relative à la protection de la libre disposition. Les Cours suprêmes s'y intéressent parfois lorsque les décisions portent sur le droit fondamental de propriété. En effet, le principe de libre disposition fait le lien entre propriété et liberté individuelle, il n'est donc pas étonnant que les magistrats y fassent référence quand ils évoquent la propriété en tant que droit fondamental.¹⁰⁶⁸ On constate en premier lieu qu'ils n'adhèrent pas à la théorie classique, puisqu'ils admettent que des atteintes au pouvoir de disposer sont possibles lorsqu'elles ont pour but la satisfaction de l'intérêt général¹⁰⁶⁹ ou qu'elles sont

Doctorat et notariat, 2008, n° 39 ; B. MALLET-BRICOUT « Propriété, affectation, destination : Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *Revue Juridique Thémis*, Université de Montréal, 2014, 48-2, p. 537, n° 7.

¹⁰⁶⁴ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » Il ne faut pas exagérer l'importance du terme « disposer » dans ce texte, qui ne fait qu'exprimer le fait que le propriétaire a accès à toutes les utilités que comportent ses biens, par opposition à l'Ancien droit (cf. *supra*, n° 57 et F. DANOS, *op. cit.*, n° 63 et s.).

¹⁰⁶⁵ Sur le sens du terme « absolu », cf. *supra*, n° 69.

¹⁰⁶⁶ Cf. *supra*, n° 83 sur ce sujet.

¹⁰⁶⁷ Le texte mentionne la loi, mais indirectement, il peut s'agir de restrictions conventionnellement acceptées, qui ont force de loi en raison de l'article 1103 du Code civil (« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »). Cf. Chapitre précédent. V. également J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause - Les nullités*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 242 : « La disponibilité d'un bien peut en effet elle-même se comprendre, non pas seulement comme une qualité juridique de la chose ou du droit, mais comme l'expression d'une liberté du sujet d'agir en maître sur son bien et de décider, en particulier, des actes juridiques dont il en fait l'objet. Réciproquement, l'indisponibilité se présente moins comme un état du droit ou de la chose - son inaliénabilité ou son incessibilité - que comme une entrave à cette liberté du sujet, une restriction à son pouvoir de passer tout acte juridique qu'il souhaiterait relativement au bien. Ainsi comprise, l'indisponibilité se confond avec l'extracommercialité, qui peut, au bout du compte, être définie comme une règle de police par laquelle le droit objectif, dérogeant au principe de libre disposition d'un bien, prive son propriétaire du droit de conclure relativement à celui-ci toute espèce d'actes juridiques. »

¹⁰⁶⁸ V. sur la jurisprudence du Conseil d'État, qui parle de « liberté fondamentale », H. PERINET-MARQUET, *JCP G*, 2004, n° 14, 125, n° 1.

¹⁰⁶⁹ CC, 04/07/1989, n° 89-254 DC ; D. 1990. 209, note F. LUCHAIRE ; RTD civ. 1990. 519, obs. F. ZENATI ; Cass. Com., 12/05/2005, n° 03-14045, Bull. civ. IV, n° 174 ; D. 2005. 2071, obs. A. LIENHARD ; Rev. Soc., 2006. 162, note F.-X. LUCAS.

conventionnellement acceptées à travers une clause d'inaliénabilité.¹⁰⁷⁰ Par ailleurs, la référence à la libre disposition est présente même lorsque l'acte en question n'est pas un acte de disposition au sens strict.¹⁰⁷¹

En deuxième lieu, la nature de la libre disposition ne se confond pas avec la capacité juridique, les juges préférant la rattacher au droit de propriété plutôt qu'au droit des personnes.¹⁰⁷² Toutefois, M. Zénati persiste à y voir un attribut de la personnalité, en raison du fait que la décision en question portait sur un acte d'acquisition.¹⁰⁷³ Il en déduit que la libre disposition ne concerne pas un bien particulier mais a pour objet le patrimoine de la personne, et traduit un pouvoir du propriétaire sur l'ensemble de ses biens, qui ne peut être rattaché qu'à sa personne. Certes, il est nécessaire d'être propriétaire, et donc une personne, pour pouvoir disposer de ses biens, mais cette action ne se conçoit qu'à l'égard de biens particuliers, en raison de la relation entre le propriétaire et ses biens. Considérer que tout engagement revient à disposer de son patrimoine est selon nous excessif et aboutit à faire de la propriété un fondement à toutes les relations juridiques. L'auteur remarque d'ailleurs lui-même que l'acquisition suppose une contrepartie, et c'est plus probablement l'obligation de transmettre cette contrepartie qui est une atteinte à la libre disposition, plutôt que l'acquisition elle-même.¹⁰⁷⁴

En troisième lieu, on peut remarquer que la jurisprudence qualifie d'atteinte à la libre disposition les situations où une personne est forcée d'accepter un usage particulier de son bien, sans que cette contrainte ne soit nécessairement justifiée par la protection d'un intérêt supérieur.¹⁰⁷⁵ Ainsi, il y a atteinte à la libre disposition lorsqu'un bail rural est imposé au propriétaire.¹⁰⁷⁶ L'étude des arrêts concernant l'articulation entre droit de propriété et droit au logement démontre également cette idée : l'occupation illicite des lieux porte atteinte à la libre disposition puisque le propriétaire ne peut plus faire usage de son bien comme il le voudrait,

¹⁰⁷⁰ Il faut pour cela que la clause soit justifiée par un intérêt légitime et sérieux et qu'elle soit limitée dans le temps (Art. 900-1 C. civ. ; Cass. Civ., 20/04/1858 ; DP 1858. 1. 54). J.-L. AUBERT, art. préc.

¹⁰⁷¹ F. ZENATI, « Caractère constitutionnel du droit de propriété », art. préc.

¹⁰⁷² CC, n° 98-403 DC, 29/07/1998, considérant n° 40 ; JCP 1998.I.171, n° 3, obs. H. PERINET-MARQUET ; RTD civ. 1998.799, obs. N. MOLFESSIS : « un tel transfert de propriété est contraire au principe du libre consentement qui doit présider à l'acquisition de la propriété, indissociable de l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine, *lui-même attribut essentiel du droit de propriété*. » (Nous soulignons.)

¹⁰⁷³ F. ZENATI, « Protection constitutionnelle du droit de propriété », RTD civ., 1999, p. 136.

¹⁰⁷⁴ « L'acquisition est indissociable du pouvoir de disposer, comme le mentionne le Conseil constitutionnel, parce que la plupart des acquisitions sont commutatives et nécessitent en contrepartie que l'acquéreur dispose d'un bien quand sa prestation est un *dare* ou de son patrimoine par l'engagement lorsqu'elle est un *facere*. » *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ Concernant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. V. MAZEAUD, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RTD civ., 2014, p. 29, n° 16.

¹⁰⁷⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 04/01/1995, Bull. civ. I, n° 3 ; D. 1995, 328, obs. M. GRIMALDI ; JCP N, 1995.II.1468, obs. P. SIMLER ; JCP G, 1996.I.3921, obs. H. PERINET-MARQUET.

mais cette atteinte est acceptée lorsqu'un intérêt supérieur le commande, selon un contrôle de proportionnalité.¹⁰⁷⁷

Le principe de libre disposition est ainsi une règle attribuant au propriétaire-gestionnaire la faculté de choisir l'usage que ses biens doivent réaliser et les pouvoirs d'accomplir les actes permettant cet usage. Il convient d'en étudier la mise en œuvre.

§ 2 : Mise en œuvre du principe

Le principe de libre disposition s'applique lors du choix de l'usage à attribuer au bien. Ce choix nécessite de déterminer la destination des biens (I). Il convient ensuite d'étudier les effets du principe de libre disposition au sein du droit positif (II).

I Le choix de la destination des biens

161. Usage, destination et valeur – La notion de destination doit être articulée avec celles d'usage et de valeur. Revenons pour cela à la notion de bien.¹⁰⁷⁸ Le bien est une chose comportant un certain nombre d'utilités, réservées en priorité au propriétaire. Le bénéfice effectif de l'une de ces utilités correspond à l'usage. A chaque utilité est lié un usage particulier, et un bien peut être usé d'autant de manières qu'il comporte d'utilités.¹⁰⁷⁹ L'exercice de la propriété nécessite de sélectionner l'un des usages possibles. Le choix qui va être réalisé dépend de la valeur que représente le bien en question pour le propriétaire. La valeur est l'élément subjectif de l'opération, elle varie selon l'intérêt du propriétaire.¹⁰⁸⁰ Une fois ce choix opéré, l'usage choisi est appelé « destination », il devient une norme objective qui s'impose plus ou moins aux différents utilisateurs de la chose.¹⁰⁸¹ La détermination de la destination du bien passe donc par deux étapes : un processus de prise de décision (A), intimement subjectif, et l'objectivisation du choix effectué (B).

¹⁰⁷⁷ J.-F. GIACUZZO, « A la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale », *Constitutions*, 2015, p. 555 ; N. LE RUDULIER, « La définition du droit de propriété est constitutionnelle », *AJDI*, 2011, p. 885 ; « Droit de propriété *versus* droit au domicile », *AJDI*, 2020, p. 139.

¹⁰⁷⁸ Cf. *supra*, n° 38 et s.

¹⁰⁷⁹ Une voiture peut ainsi être utilisée pour se déplacer, servir d'objet de décoration, être louée, prêtée, vendue ou donnée...

¹⁰⁸⁰ Sur cette notion, cf. *supra*, n° 14.

¹⁰⁸¹ F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 343.

A) Le processus de prise de décision

162. Nécessité d'un choix – Le propriétaire est contraint de faire un choix parmi les usages offerts par le bien. Il ne peut pas bénéficier de l'ensemble des utilités simultanément, et chaque usage déterminé réduit la possibilité d'en exercer un autre. Ainsi, le propriétaire d'une voiture qui souhaite l'échanger contre une somme d'argent ne peut pas en même temps continuer à s'en servir de moyen de transport. Il y a cependant des moyens de coordonner les différents usages possibles, afin d'optimiser leur rendement. Ce même propriétaire peut emprunter une somme d'argent en mettant sa voiture en gage sans dépossession, ce qui lui permet de bénéficier des liquidités sans se séparer de son bien. Toutefois, la somme récupérée ne sera probablement pas aussi importante que s'il l'avait vendue et sa liberté de conduite sera limitée afin de préserver la valeur de la chose. L'usage d'un bien est donc une affaire de choix.

163. Critères du choix – Quels sont les critères qui guident la décision du propriétaire ? Il serait excessif et hors sujet d'entrer dans le détail de toutes les théories philosophiques, psychologiques et économiques de la volonté et de l'action. Nous nous bornerons seulement à quelques constats.¹⁰⁸²

D'abord, la décision est le fruit d'un processus qui comprend plusieurs étapes dont l'ordre est discuté. Herbert Simon, par exemple, estime qu'elle est composée d'une phase de diagnostic (récolte d'informations utiles à la prise de décision), de conception (formulation mentale des solutions possibles), de sélection (choix d'une des solutions) et de bilan (évaluation de la solution choisie, confirmation ou réactivation des phases précédentes).¹⁰⁸³ La prise de décision est ainsi un processus qui s'accomplit dans le temps, et la volonté initiale peut être distincte de la décision finale, car le contexte du choix peut avoir également évolué.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸² Sur ce sujet, v. F. JOUEN, C. PUIGELIER, C. TIJUS (dir.), *Décision et prise de décision : Droit et cognition*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare et martin, 2017.

¹⁰⁸³ Cité par D. PAROCCHIA, « Philosophie et épistémologie de la décision », <https://facdephilo.univ-lyon3.fr/philosophie-et-epistemologie-de-la-decision>. V. aussi P. DIDIER, *op. cit.*, n° 210 et s. et les références citées.

¹⁰⁸⁴ Leibniz distingue « volonté antécédente » (décision qui s'impose lors de l'apparition de la situation, dictée par les informations disponibles à l'instant T et la loi morale) et « volonté conséquente » (décision finalement prise, influencée par l'évolution de la situation et la résistance à l'effort de l'individu). G.W. LEIBNIZ, *Essais de Théodicée*, tr. fr. Paris, Garnier-Flammarion, 1969, § 311, p. 302, cité par D. PAROCCHIA, art. préc.

Ensuite, il faut tenir compte du fait que la décision dépend d'éléments à la fois objectifs et subjectifs.¹⁰⁸⁵ Objectivement, le choix de l'usage est limité par plusieurs considérations¹⁰⁸⁶ : utilités offertes par le bien, normes sociales et juridiques, environnement du propriétaire, composition de son patrimoine, relations sociales... Subjectivement, le choix dépend des désirs, besoins et aspirations du propriétaire : volonté d'accroître la valeur de son patrimoine, de réaliser un projet spécifique qui nécessite la détention de tel ou tel bien, d'améliorer la situation d'un tiers, de satisfaire ses propres besoins... Les critères orientant la décision sont infinis et dépendent de la situation particulière de chaque bien et de chaque propriétaire.¹⁰⁸⁷

Enfin, se pose la question de la liberté de la volonté : qu'est-ce qui la détermine ? La raison, la morale, l'inconscient, l'environnement ? Les théories ne manquent pas sur le sujet, et aucune réponse définitive ne peut être énoncée. Constatons simplement qu'en psychologie et en sociologie, les théories volontaristes (qui postulent que la volonté est une entité autonome, libre de toute contrainte, capable de prendre des décisions rationnelles au regard des informations à sa disposition) sont aujourd'hui abandonnées au profit des thèses béhavioristes¹⁰⁸⁸ ou cognitivistes.¹⁰⁸⁹ L'idée d'une volonté parfaitement libre est ainsi exclue dans la plupart des sciences sociales.

Pourtant, le droit positif continue de postuler que l'*homo juridicus* est un être rationnel à même de prendre les meilleures décisions pour lui-même, dès lors qu'il dispose de toutes les informations nécessaires.¹⁰⁹⁰ Il se rapproche à ce titre de l'*homo oeconomicus* des économistes.¹⁰⁹¹ C'est pourquoi les seules sanctions possibles d'une mauvaise décision sont

¹⁰⁸⁵ E. DOCKES, *op. cit.*, p. 158-159. Sur ce sujet, v. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971.

¹⁰⁸⁶ Un auteur a étudié ces différentes considérations et a distingué les éléments objectifs « matériels », qui sont des faits constatés par le droit (ex. : l'urgence à réaliser un acte, l'impossibilité matérielle d'effectuer une action) et les éléments objectifs « légaux », qui orientent ou limitent les possibilités d'action (ex. : interdiction de conclure un acte, objectif fixé au gestionnaire). J. HAUSER, *op. cit.*, n° 57 et s.

¹⁰⁸⁷ V. J. REDET, « Emotion et prise de décision », in *Décision et prise de décision : Droit et cognition*, *op. cit.*, p. 153-167.

¹⁰⁸⁸ Le behaviorisme considère que les comportements humains ne sont que des réactions à des stimuli et à l'intégration empirique des conséquences de ces stimuli.

¹⁰⁸⁹ Les théories cognitivistes voient le cerveau comme une machine traitant l'information sous forme de données et agissant en conséquence de manière automatique, la conscience n'étant qu'une illusion de contrôle. Cf. E. PACHERIE, J. PROUST (dir.), *La philosophie cognitive*, Paris, Ophrys, coll. Cogniprisme, 2004.

¹⁰⁹⁰ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 14.

¹⁰⁹¹ « Cette expression désigne l'homme rationnel qui utilise les ressources dont il dispose de manière à en tirer la satisfaction (ou "utilité") la plus élevée possible. Cette utilité ne se réduit pas à la consommation : elle peut inclure un don, un service rendu à autrui ou toute autre démarche altruiste procurant de la satisfaction à celui ou celle qui l'effectue. » D. CLERC, « L'*homo oeconomicus* », *Alternatives économiques*, HS n° 6, 02/09/2017. V. cependant M. WEBER, *Économie et société*, Paris, Agora, Plon, t. 1, 1995, p. 281 : « S'il est certain que quelques actes économiques peuvent être orientés - par des motifs purement idéologiques - en fonction de l'intérêt d'autrui, il n'en est pas moins sûr que la masse, la majorité des humains, n'agit pas ainsi et n'agira pas ainsi, s'il faut en croire les expériences passées, à l'avenir. »

relatives à l'information dont dispose son auteur.¹⁰⁹² Cet état des choses ne s'explique pas seulement par le renfermement des juristes à l'égard des autres sciences sociales ou par leur résistance à tout changement théorique. Il s'agit surtout d'un choix idéologique : le respect du libéralisme.¹⁰⁹³ Partir du principe que l'individu est rationnel et capable de faire ses propres choix est la condition à sa liberté. Sans cela, il serait nécessaire de définir ce qu'est une bonne décision, et la loi ou le juge devraient déterminer quel usage doit être réalisé pour chaque bien.¹⁰⁹⁴ Cela peut arriver par exception mais ce processus doit rester très limité si l'on souhaite protéger la liberté individuelle.

164. Destination hétéronome – Il arrive cependant que l'usage soit imposé au propriétaire, la destination est alors hétéronome. M. Boffa explique dans sa thèse qu'elle « procède d'une interaction entre subjectivisme et objectivisme ». ¹⁰⁹⁵ En effet, l'usage d'un bien est soumis à des éléments objectifs extérieurs, qui sont à la fois liés à la nature du bien et à des normes juridiques.¹⁰⁹⁶ Certains biens, du fait de leur nature, ne peuvent être soumis qu'à un seul usage. C'est par exemple le cas du droit d'habitation, qui n'a pas d'autre utilité que de donner accès à l'habitation d'un logement.¹⁰⁹⁷ Parfois, c'est la loi qui impose une certaine destination en raison de l'utilité sociale de la chose.¹⁰⁹⁸ Souvent, c'est le contrat qui indique la destination à respecter, notamment au sein des règlements de copropriété.¹⁰⁹⁹

Ainsi, le choix de l'usage par le propriétaire est nécessaire car il ne peut bénéficier de toutes les utilités de ses biens simultanément. Il suit un processus temporel, ce qui peut amener

¹⁰⁹² Cf. *infra*, n° 370 et s.

¹⁰⁹³ V. sur ce fondement E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 33, cité par J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2019, n° 133. Selon un auteur, cette conception serait plus proche de la théorie néolibérale, qui se distingue du libéralisme (M. FOESSEL, « Néolibéralisme versus libéralisme ? », *Esprit*, novembre 2008). Les auteurs néolibéraux sont partisans d'une subjectivisation de la notion de valeur en la reliant à l'intérêt (v. notamment L. von MISES, *Human Action*, New York, 1949), mais ils assimilent ce dernier au seul profit individuel et considèrent qu'il répond toujours à un calcul rationnel. Ces postulats ne sont pas toujours vrais, l'intérêt est très variable d'une personne à l'autre et les moyens pour mener à sa satisfaction ne suivent pas nécessairement une logique strictement économique. V. aussi R. SEVE, « L'avenir libéral du droit », in *Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 53-60.

¹⁰⁹⁴ Certains auteurs l'ont d'ailleurs proposé : il s'agit de la théorie de la propriété-fonction, cf. *supra*, n° 64.

¹⁰⁹⁵ R. BOFFA, *op. cit.*, n° 15.

¹⁰⁹⁶ R. BOFFA, *op. cit.*, n° 19 et s. L'auteur distingue ce qui relève du donné et ce qui relève du construit. Cf. également B. MALLET-BRICOUT, art. préc., et les références citées.

¹⁰⁹⁷ Art. 633 et 634 C.

¹⁰⁹⁸ Cf. *supra*, n° 129 et s.

¹⁰⁹⁹ Art. 8 L. n° 65-557 du 10/07/1965. D. SIZAIRE, « La détermination contractuelle de la destination de l'immeuble », 1995, RDI, p. 415 ; J.-L. AUBERT, « Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble », RDI, 1995, p. 469.

à des variations dans la volonté jusqu'à la décision finale. Il tient compte des données à sa disposition, qui sont objectives et subjectives, mais nécessairement limitées. Bien que sa volonté ne soit pas véritablement libre et autonome, le droit positif postule que c'est le cas, car c'est la seule manière de respecter sa liberté individuelle, ce qui n'empêche pas l'existence d'exceptions. Il y a par conséquent une différence entre la volonté, subjective et mouvante, et la décision, objective et stable, cette dernière étant la seule prise en compte par le droit.

B) L'objectivisation du choix

165. Nécessité d'un usage déterminé – Le terme « destination » vient du latin « *destinare* » qui signifie « fixer par le destin ». Romain Boffa en déduit que la destination constitue une norme à respecter, un devoir-être qui s'impose à tout utilisateur de la chose¹¹⁰⁰, et qui doit être objectivée au sein d'un acte juridique.¹¹⁰¹ En effet, lorsque des tiers sont intéressés à la gestion ou à l'usage du bien, ils doivent respecter la destination choisie par le propriétaire. Il faut pour cela qu'elle soit connue et stable. Or, nous venons d'expliquer que le choix de l'usage était le fruit d'un processus intime et subjectif, et que la volonté qui en est à l'origine est mouvante et potentiellement irrationnelle. Il est par conséquent nécessaire, dans certaines situations, que la destination soit déterminée et fixée par le propriétaire. Ce faisant, il y est lui-même soumis, et même si sa volonté évolue, il sera contraint par sa décision antérieure.¹¹⁰²

C'est le cas toutes les fois qu'un tiers est utilisateur du bien, au titre d'un droit subjectif. Dans le cadre du bail, le preneur est tenu d'user de la chose selon la destination prévue¹¹⁰³, et le bailleur doit l'entretenir afin qu'elle puisse servir à cet usage.¹¹⁰⁴ L'usufruitier doit par ailleurs jouir « comme le propriétaire » et conserver « la substance » de la chose.¹¹⁰⁵ Des

¹¹⁰⁰ R. BOFFA, *op. cit.*, n° 5 et n° 316 et s.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, n° 88.

¹¹⁰² « Dans la longue succession d'actes juridiques sur un bien ou un droit la volonté ne peut être protégée efficacement que parce que l'objectif lui accorde permanence et continuité, bien sûr est-ce au prix d'une rationalisation de cette volonté qui la limite mais ce dépassement que le Droit assure est la condition indispensable à cette action. » J. HAUSER, *op. cit.*, n° 123.

¹¹⁰³ Art. 1728 C. civ. Il est précisé que la destination est « donnée par le bail » ou « présumée d'après les circonstances », ce qui signifie que l'objectivisation du choix peut ne pas être expresse mais implicite.

¹¹⁰⁴ Art. 1718, 2° C. civ.

¹¹⁰⁵ Art. 578 C. civ.

auteurs ont démontré que ces expressions renvoyaient au fait que l'usufruitier doit respecter la destination voulue par le propriétaire, et donc se conformer à l'usage qu'il a choisi.¹¹⁰⁶

C'est le cas également lorsque la destination du bien est fixée dans un acte juridique auquel le propriétaire est engagé, même s'il est seul utilisateur du bien. On retrouve cette situation au sein des copropriétés d'immeubles bâtis : les copropriétaires s'engagent à respecter la destination prévue au règlement de copropriété, afin de ne pas gêner l'usage des voisins.¹¹⁰⁷ En général, le copropriétaire acquiert un lot au sein d'une copropriété déjà construite et adhère simplement au règlement, et donc à la destination qui y est inscrite.

Une fois ce choix effectué, il produit certains effets qu'il convient d'étudier.

II Les effets du principe de libre disposition

166. Libre disposition et conditions de validité des actes juridiques – Le principe de libre disposition se manifeste implicitement lors du contrôle de la validité des actes juridiques réalisés par le propriétaire-gestionnaire. Les conditions de validité d'un acte juridique sont le consentement libre et éclairé, la capacité juridique et un contenu licite et certain.¹¹⁰⁸ La plupart de ces conditions, si elles ne protègent pas l'intérêt général en interdisant certains contrats ayant un objet illicite, visent à s'assurer que l'intérêt de chaque partie est respecté.¹¹⁰⁹ Pour cela, l'interprète de l'acte doit, d'une part, comparer ses stipulations avec le but visé par l'acte, c'est-à-dire la satisfaction de l'intérêt de son auteur. D'autre part, s'il constate une contradiction entre l'acte et l'intérêt d'une partie, il doit statuer sur l'acceptabilité ou non de cette contradiction, selon les règles édictées par le droit des obligations.¹¹¹⁰¹¹¹¹

¹¹⁰⁶ E. DOCKES, art. préc. ; F. ZENATI, « Le quasi-usufruit... », art. préc., n° 38. Là aussi, l'usage peut être déterminé implicitement.

¹¹⁰⁷ Art. 8 L. n° 65-557 du 10/07/1965. La notion de destination peut alors s'avérer très large et assez vague (C. MICHALOPOULOS, « Origines de la copropriété et évolution de la notion de destination de l'immeuble en copropriété », RDI, 1995, p. 409 ; D. SIZAIRE, art. préc. ; J.-L. AUBERT, art. préc.).

¹¹⁰⁸ Art. 1128 C. civ.

¹¹⁰⁹ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Toulouse, thèse de doctorat, 1949, n° 42 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, thèse de doctorat, 1965, p. 503 et s. ; J. HAUSER, *op. cit.*, n° 34 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 217 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 107 et s.

¹¹¹⁰ Cette nuance s'explique par un autre principe libéral classique : les individus ont des libertés égales, ce qui fait que la protection de l'intérêt de l'un ne doit pas empiéter sur l'intérêt de l'autre, un équilibre est donc recherché. L'annulation du contrat n'interviendra que si l'atteinte à l'intérêt de l'un des contractants est suffisamment importante.

¹¹¹¹ Prenons l'exemple de l'erreur. Il s'agit d'un vice de consentement dont la sanction vise à protéger l'intérêt du contractant en lui assurant que le contenu de l'acte correspond bien à celui qu'il avait anticipé. En tant que telle, l'erreur est une contradiction entre le contenu du contrat et l'anticipation du contractant. Pour la sanctionner, il

C'est la première étape de ce raisonnement qui nous intéresse. Sur quels éléments doit se fonder l'interprète pour apprécier la conformité de l'acte à l'intérêt de son auteur ? Le droit positif en donne la réponse implicitement. La convention étant un acte de volonté, c'est cette dernière qui oriente l'interprétation. On apprécie la « volonté déclarée » du contractant, le consentement donné, par rapport à sa « volonté interne ».¹¹¹² Cette opération est fondée sur l'idéologie libérale qui sous-tend le droit positif : chaque cocontractant est supposé être un *homo juridicus*, rationnel et sûr de ses choix.¹¹¹³ L'intérêt de l'auteur est assimilé à sa volonté.¹¹¹⁴ L'acte est par conséquent valide dès lors que les conditions à l'exercice de la liberté rationnelle de l'individu sont remplies : il est apte à apprécier sa situation et les effets de l'acte qu'il conclut, et il dispose de toutes les informations nécessaires à sa décision. L'individu libre est supposé agir rationnellement, ce qui, dans un système individualiste signifie égoïstement¹¹¹⁵, afin de satisfaire son propre intérêt. C'est pourquoi la liberté nécessite de faire confiance à la volonté. Mais derrière la protection de la volonté du contractant, c'est son intérêt qui est visé : le volontarisme n'est qu'un moyen libéral d'atteindre la satisfaction de l'intérêt de l'individu en pariant sur sa rationalité.

C'est ici que s'applique le principe de libre disposition, selon lequel le propriétaire est seul à même de décider de la destination de ses biens. Lorsqu'il est lui-même gestionnaire, le contrôle opéré porte sur la conformité entre les stipulations de l'acte et les motifs qui l'ont poussé à contracter, autrement dit sa volonté. Aucun contrôle des motifs eux-mêmes n'est réalisé, car on présume que l'individu agit toujours dans son propre intérêt, puisque c'est lui-

faut d'abord la reconnaître, et c'est ici qu'intervient l'interprétation de la volonté (et de l'intérêt) du contractant victime. Mais l'existence d'une erreur n'est pas suffisante pour entraîner la nullité du contrat, il faut également qu'elle remplisse certaines conditions : elle doit être déterminante du consentement de la victime (art. 1130 C. civ.), ne pas être inexcusable, porter sur les qualités essentielles de la prestation ou du cocontractant (art. 1132 C. civ.) ou sur un simple motif que les parties ont accepté de rendre déterminant de leur consentement (art. 1135 C. civ.). V. sur ce sujet J. HAUSER, *op. cit.*, n° 119 et s. ; G. WICKER, « De la survie des fonctions de la cause : Ébauche d'une théorie des motifs », D. 2020, p. 1906.

¹¹¹² M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », APD, 1957, p. 87-98 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 74 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 12^{ème} éd., 2018, n° 147 ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 127 et s. Sur la distinction entre les deux, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction entre volonté et consentement en droit des contrats », RTD civ., 1995, p. 573.

¹¹¹³ V. les thèses subjectivistes citées par G. WICKER, *Les fictions juridiques op. cit.*, n° 15 et s.

¹¹¹⁴ Dans un sens proche, J. HAUSER, *op. cit.*, n° 158 se concentre sur la notion de cause comme lien entre la volonté de l'auteur et les éléments objectifs qui entourent sa situation. On en déduit que le contrôle de la cause du contrat permet d'assurer le respect à la fois de la volonté et de l'intérêt du contractant. V. R. SEVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », APD, 1979, p. 247-257 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n° 69 ; E. DOCKES, *op. cit.*, p. 158 pour des réflexions sur les liens entre volonté, intérêt et patrimoine.

¹¹¹⁵ Il ne faut toutefois pas comprendre ici que l'individu rationnel ne peut pas être altruiste, simplement que s'il l'est, c'est parce qu'il y retire un avantage personnel quelconque (satisfaction morale, réputation, attente d'une contrepartie...).

même qui le détermine.¹¹¹⁶ En revanche, en cas de gestion des biens d'autrui, l'auteur de l'acte doit au préalable déterminer l'intérêt du propriétaire pour qui il agit, et un double contrôle à lieu. Non seulement l'acte doit être conforme aux motifs de son auteur (le gestionnaire), selon les conditions habituelles, mais en plus, ces motifs doivent être conformes à l'intérêt du propriétaire.¹¹¹⁷

167. Libre disposition et prérogatives du propriétaire-gestionnaire – Le principe de libre disposition permet ainsi au propriétaire de déterminer lui-même ce qui va dans son intérêt, ce qui implique que les motifs de ses actes ne sont jamais mis en doute. L'autre versant de ce principe est l'extension de ses prérogatives à tous les actes juridiques : le propriétaire-gestionnaire, parce qu'il est l'unique interprète de son intérêt, est seul juge des moyens nécessaires pour le satisfaire. Par conséquent, il peut accomplir n'importe quel acte de gestion et ses pouvoirs sont illimités.¹¹¹⁸ A l'inverse, les prérogatives du gestionnaire des biens d'autrui sont encadrées, afin de protéger l'intérêt du propriétaire. Elles sont limitées dans leur étendue, car il ne peut agir que pour la mission qui lui a été confiée lors du transfert de gestion, et dans leur intensité, afin qu'il ne puisse pas réaliser d'actes qui auraient des effets néfastes trop importants pour le propriétaire en cas d'erreur d'appréciation. Les limites aux prérogatives du gestionnaire sont diverses et dépendent de la situation. Par exemple, un gérant d'affaires peut accomplir n'importe quel acte de gestion quel que soit son effet dès lors qu'il est utile¹¹¹⁹, mais uniquement relativement aux biens que le maître d'affaires ne peut pas administrer lui-même.¹¹²⁰ A l'inverse, l'administrateur légal d'un mineur gère l'ensemble de ses biens¹¹²¹ mais certains actes lui sont interdits en raison de leur gravité.¹¹²²

En conclusion, le principe de libre disposition exprime la règle selon laquelle en principe, seul le propriétaire possède la faculté de déterminer l'usage auquel il compte

¹¹¹⁶ Sauf si ces motifs sont contraires à l'ordre public (art. 1162 C. civ. : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, *ni par son but*, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. » Nous soulignons.). G. WICKER, art. préc.

¹¹¹⁷ « L'évaluation d'une décision suppose que l'on puisse comparer la décision effectivement prise à celle qui aurait dû l'être. Autrement dit, il faut comparer la décision réelle à la décision optimale. » P. DIDIER, *op. cit.*, n° 208. L'acte ne sera cependant annulé que si le tiers avait conscience ou ne pouvait ignorer cette contradiction (art. 1157 C. civ.), afin de protéger ses intérêts. Cf. *infra*, n° 296.

¹¹¹⁸ C'est la raison pour laquelle il n'existe pas d'obligation de conservation sur sa propre chose (C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 6).

¹¹¹⁹ Art. 1301-2 C. civ. Cf. *infra*, n° 255.

¹¹²⁰ L'article 1301-1 C. civ. précise que la gestion est poursuivie « jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son successeur soit en mesure d'y pourvoir ».

¹¹²¹ Art. 382 et s. C. civ. L'article 384 précise toutefois que certains biens sont exclus.

¹¹²² Art. 387-1 et s. C. civ.

soumettre ses biens. Cette affirmation est conforme à l'idéologie libérale qui est au fondement du droit positif : le propriétaire est supposé être un individu rationnel libre d'apprécier son propre intérêt. Par conséquent, les actes juridiques qu'il conclut lui-même ne peuvent jamais être contraires à son propre intérêt, et il peut accomplir tout acte qu'il considère utile à la gestion de ses biens. C'est là une différence fondamentale avec la gestion des biens d'autrui, dans laquelle un contrôle supplémentaire est opéré, afin de s'assurer de la conformité de l'acte à l'intérêt du propriétaire et aux prérogatives du gestionnaire. La justification en est que dans cette situation, la personne qui apprécie l'intérêt du propriétaire est un tiers : le gestionnaire.

Section 2 : La détermination de l'intérêt du propriétaire en cas de gestion des biens d'autrui

168. Libre disposition et gestion des biens d'autrui – La gestion des biens d'autrui est une exception au principe du propriétaire-gestionnaire, et va donc avoir un effet sur la mise en œuvre de la libre disposition. Le raisonnement selon lequel le gestionnaire a tous les pouvoirs sur les biens parce qu'il en est propriétaire ne tient plus lorsqu'il est un tiers. Ses prérogatives seront nécessairement limitées. L'exception au principe du propriétaire-gestionnaire implique une exception à la libre disposition. Mais la question la plus importante est celle-ci : à qui revient la faculté de choisir la destination des biens ? La réponse est assez complexe. La destination dépend de la valeur que le propriétaire donne au bien. Fondamentalement, elle dépend donc du propriétaire, c'est sa situation personnelle qui va donner les critères permettant de la déterminer. Toutefois, c'est le gestionnaire qui, ultimement, prend la décision de la destination à attribuer au bien. Il doit par conséquent déterminer la valeur qu'il convient de lui donner, conformément à l'intérêt du propriétaire.¹¹²³

169. Détermination de la valeur du bien d'autrui – Rappelons à titre liminaire que la valeur ne doit pas être réduite à la valeur monétaire de la chose.¹¹²⁴ Cette dernière est une convention sociale permettant de donner une évaluation objective de l'utilité d'un bien. Elle correspond au prix de ce bien, qui est déterminé par le marché, du fait de la rencontre entre une

¹¹²³ « Quand on dit que A définit l'intérêt de B, on dit en réalité que A choisit un comportement pour B, parmi l'ensemble des comportements que B aurait pu suivre. Mais en disant cela, on ne fait rien d'autre que caractériser la décision au sens que les sociologues ou les économistes donnent à ce mot. La définition de l'intérêt est donc un *processus de décision* particulier car il est le fondement d'une imputation dérogatoire, l'effet de la décision n'étant pas supporté par celui qui décide. » P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 182.

¹¹²⁴ Cf. *supra*, n° 33.

offre et une demande. Le prix est une information pour les agents économiques, il donne la mesure de l'utilité et de la rareté d'une chose.¹¹²⁵ Il s'agit d'un outil de comparaison. Mais la valeur monétaire n'a d'intérêt que si le bien est voué à être échangé. Elle donne une information objective sur le bien à destination des tiers qui seraient intéressés par son acquisition. Si le propriétaire n'envisage pas d'échanger sa chose et souhaite donner à son bien une autre destination, il fera peu de cas de son prix, et la valeur qu'il lui attribuera sera subjective, et non plus objective.¹¹²⁶

La particularité de la gestion des biens d'autrui est que le gestionnaire doit déterminer la valeur que les biens gérés représentent pour le propriétaire, car c'est elle qui orientera les décisions de gestion. Or, elle dépend de l'intérêt du propriétaire. Nous avons défini l'intérêt comme une boussole permettant d'apprécier l'opportunité des décisions relatives à une personne.¹¹²⁷ Il est variable en fonction de la situation de l'individu, tenant compte d'éléments objectifs (composition de son patrimoine, relations sociales...) et subjectifs (désirs et besoins, goûts, projets, relations affectives...). Lorsque le gestionnaire est le propriétaire, nous avons démontré que son intérêt était interprété au travers de la volonté, le principe libéral interdisant de douter de la conformité de l'une à l'autre.¹¹²⁸ En cas de gestion des biens d'autrui, ce n'est pas la volonté du propriétaire qui est exprimée dans l'acte réalisé, mais celle du gestionnaire.¹¹²⁹ Cette volonté doit toutefois être conforme à l'intérêt du propriétaire, sous peine de sanction.¹¹³⁰ Il est par conséquent nécessaire pour le gestionnaire de pouvoir le déterminer. Pour cela, il doit user de plusieurs sources. Il est cependant plus aisé d'interpréter l'intérêt du propriétaire quand il est seul, et la situation se complique lorsqu'ils sont plusieurs, nécessitant la mise en œuvre de techniques spécifiques.

Il convient de présenter dans un premier temps les méthodes de détermination de l'intérêt du propriétaire (§ 1), avant d'aborder dans un second temps l'appréciation plus complexe de l'intérêt d'un groupement (§ 2).

¹¹²⁵ Cf. *supra*, n° 34.

¹¹²⁶ V. par exemple F. JAMET, J. BARATGIN, P. GODIN, « Don, droit, coutume, cultures : Études expérimentales sur « l'effet de dotation », in *Décision et prise de décision : Droit et cognition*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare et martin, 2017, p. 123-152, qui analysent l'effet de dotation, un biais cognitif qui pousse les individus à préférer conserver un bien qui leur a été donné plutôt que de l'échanger contre un autre d'une valeur monétaire équivalente ou supérieure.

¹¹²⁷ Cf. *supra*, n° 14.

¹¹²⁸ Cf. *supra*, n° 166.

¹¹²⁹ Pour Gaillard, la représentation (outil principal de gestion pour autrui) est initialement fondée sur la théorie individualiste, parce qu'elle permet de concilier volonté du représentant et intérêt du représenté (E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits*, 1987, n°6, p. 91-98).

¹¹³⁰ Cf. *infra*, n° 294 et s.

§ 1 : Les méthodes de détermination de l'intérêt du propriétaire

Le gestionnaire dispose de plusieurs moyens pour apprécier l'intérêt du propriétaire. La première méthode est de se fonder sur les directives données par le propriétaire lui-même (I). A défaut d'indications ou si elles sont trop vagues, le gestionnaire peut suivre l'orientation du législateur (II). Néanmoins, celle-ci peut être imprécise, et le gestionnaire devra souvent trancher lui-même dans l'intérêt du gestionnaire (III). Enfin, il peut arriver que le gestionnaire soit assisté voire substitué par un organe de contrôle dans sa prise de décision (IV).

I Les directives du propriétaire

170. Objectivisation au sein d'un acte juridique – Lorsque le propriétaire est apte à exprimer une volonté libre et rationnelle, il n'y a aucune raison de ne pas le laisser décider pour lui-même, même si son action passe par l'intermédiaire d'un tiers. Il peut imposer sa propre volonté pour exprimer ce qui va dans son intérêt en l'objectivant au sein d'un acte conclu avec le gestionnaire. Ceci n'est possible que si le transfert de gestion est contractuel. Dans ce cas, l'acte juridique qui en est à l'origine désigne le but de l'opération et fixe l'étendue de la mission du gestionnaire.¹¹³¹ Le gestionnaire est alors contraint de respecter les directives qui lui ont été transmises.¹¹³²

171. Contradiction entre volonté et intérêt – Il peut cependant arriver qu'il viole certaines instructions secondaires si la finalité première du contrat et l'intérêt du propriétaire l'exigent.¹¹³³ Cette possibilité démontre que même si la volonté du propriétaire est exprimée,

¹¹³¹ Cf. *infra*, n° 227 et s. sur les limites des pouvoirs du gestionnaire.

¹¹³² Un auteur considère qu'il s'agit de l'une des obligations fondamentales du mandataire, et qu'elle est de résultat (P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, coll. BDE, p. 28 et s.). Plus les directives sont précises, moins le mandataire est libre d'agir. P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 203 et s. V. aussi P. DIDIER, *op. cit.*, n° 252 et s. ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 818 et s.

¹¹³³ P. PETEL, *op. cit.*, p. 76-77 ; P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 274. V. Cass. Com., 05/07/1982, n° 78-12370, Bull. civ. IV, n° 265 : un transitaireur qui devait charger deux lots de bois de volumes et de poids déterminés dans l'acte sur un navire a pris l'initiative de modifier la répartition prévue en raison d'une surcharge du bateau due à un retard dans le port. Il n'a pas commis de faute car la finalité du contrat (le transport des marchandises) a bien été respectée en s'adaptant aux circonstances, et ce dans l'intérêt du commanditaire. De même, Cass. Com., 12/07/1971, n° 70-12039 ; D. 1972. 153, note C. GAVALDA ; RTD com. 1972. 144, obs. M. CABRILLAC et M.-T. RIVES-LANGE.

elle ne retranscrit pas directement son intérêt, et le gestionnaire peut s'en écarter.¹¹³⁴ Il n'est pas qu'un simple messenger de la volonté du propriétaire, il exprime sa propre volonté, soumise à l'intérêt du propriétaire.¹¹³⁵ La volonté du propriétaire, exprimée dans l'acte, ne sert qu'à orienter la décision du gestionnaire en lui donnant un moyen de déterminer son intérêt. La distinction avec la situation d'un propriétaire-gestionnaire est alors importante.

II L'orientation du législateur

172. Politique juridique – Dans de nombreux cas, les directives données en amont par le propriétaire ne sont pas suffisantes pour permettre au gestionnaire de déterminer son intérêt, notamment lorsqu'il n'existe pas d'acte juridique objectivant sa volonté. Les règles légales viennent alors en renfort pour donner une orientation aux choix du gestionnaire.¹¹³⁶

Il est intéressant d'analyser ces orientations et d'en déduire les principes qui les fondent. Globalement, le législateur impose deux finalités au gestionnaire, qui sont assez proches : la conservation et l'accroissement du patrimoine.¹¹³⁷ Cela signifie que quoi qu'il fasse, le gestionnaire doit s'assurer qu'*a minima*, le patrimoine du propriétaire ne perde pas en valeur (monétaire) durant sa gestion. C'est pourquoi le droit positif se méfie de l'altruisme, de la prise de risque et de la prodigalité, ce qui se constate au sein de la liste des actes que le gestionnaire a en principe interdiction de réaliser.¹¹³⁸ On retrouve au fondement de ces règles les principes utilitaristes et individualistes qui sont au cœur de l'idéologie du droit positif¹¹³⁹, et au-delà, de

¹¹³⁴ V. le dialogue entre Socrate et Céphale dans PLATON, *La République*, 331c, dans lequel Socrate démontre qu'il n'est pas juste de rendre, à sa demande, l'arme qu'une personne nous a confiée lorsque cette même personne est frappée de folie.

¹¹³⁵ *Contra*, v. l'opinion de F. C. von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Paris, Ernest Thorin, trad. C. Gérardin et P. Jozon, t. 2, 2^{ème} éd., 1873, § 57 concernant le mandat. Sur ces théories, v. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 114 et s.

¹¹³⁶ V. à ce sujet M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 227-242. L'auteur explique que la loi porte en elle une détermination objective d'un intérêt, et que le choix de son application implique une acceptation de ses effets et donc la satisfaction de celui qui l'applique. Le choix d'un régime de gestion orienterait alors vers un objectif prédéterminé.

¹¹³⁷ F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », RRJ, 2008-3, p. 1323-1338. Comp. le droit québécois, qui a introduit clairement cette distinction au sein de son droit commun de l'administration des biens d'autrui (art. 1301 et s. C. C. Q.).

¹¹³⁸ V. par exemple la liste des actes cités par les articles 387-1 et 387-2 C. civ. : vente ou apport en société d'un immeuble ou fonds de commerce (biens considérés comme ayant une valeur importante), contracter un emprunt, constituer gratuitement une sûreté pour garantir la dette d'un tiers, aliéner gratuitement des biens ou droits... On retrouve le même type d'actes au sein de la liste des actes de disposition du décret n° 2008-1484 du 22/12/2008.

¹¹³⁹ C'est la raison pour laquelle il est si difficile et novateur d'intégrer des orientations de gestion différentes dans la loi, comme la prise en compte des « enjeux sociaux et environnementaux » au sein du droit des sociétés (cf. *supra*, note 1011). Il s'agit d'un changement de paradigme qui demande du temps, et la transformation vient plutôt

l'économie capitaliste. La loi présume que l'intérêt du propriétaire est avant tout de satisfaire ses propres besoins et d'accumuler des richesses en vue de répondre à ses besoins futurs. Elle n'incite pas le gestionnaire à organiser une consommation au jour le jour du propriétaire, ni à dilapider le patrimoine, quand bien même il le souhaiterait.¹¹⁴⁰

173. Variation de l'appréciation – Techniquement, ces orientations se traduisent au sein du standard du « bon père de famille », devenu « personne raisonnable »¹¹⁴¹, permettant d'apprécier la bonne ou mauvaise gestion.¹¹⁴² En écho toujours, la fameuse « raison » de l'*homo juridicus*, orientée vers un objectif de stabilité ou de croissance, mais surtout pas de diminution ou de consommation.¹¹⁴³ Cependant, il s'agit d'un standard juridique, qui varie en intensité en fonction des situations, en l'occurrence de l'intérêt du propriétaire.¹¹⁴⁴ L'objectif ne sera pas le même selon les buts poursuivis, le bien géré et la personne du propriétaire.¹¹⁴⁵ Le logement d'une personne frappée d'incapacité n'est pas géré de la même manière que les actions d'un fonds commun de placement.¹¹⁴⁶ Il faut par conséquent distinguer deux orientations données par la loi : la conservation et l'accroissement du patrimoine.¹¹⁴⁷

174. Conservation du patrimoine – Il ressort des textes que le gestionnaire est incité à conserver le patrimoine géré dans de nombreuses situations lorsque le propriétaire n'en a pas décidé autrement. Parfois, ils dictent précisément l'obligation de conserver la chose, mais le plus souvent, elle est sous-entendue au sein de l'obligation de gérer « raisonnablement »¹¹⁴⁸ ou

de la pratique (elle-même influencée par les mœurs), que la loi tente d'accompagner (par ex. *via* la création des sociétés à mission).

¹¹⁴⁰ La comparaison avec le cas du propriétaire-gestionnaire est ici intéressante : il peut s'il le souhaite laisser dépérir ses biens et dilapider son patrimoine librement. V. A. SERIAUX, « Nul n'est tenu de s'enrichir » : Une analyse économique du droit de propriété », in *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 703-729.

¹¹⁴¹ Depuis la loi n° 2014-873 du 04/08/2014.

¹¹⁴² Cf. *infra*, n° 307.

¹¹⁴³ S. DARMAISIN, « A la recherche du bon père de famille », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 297, qui y voit une notion plus économique que celle du bon père de famille.

¹¹⁴⁴ C. BAHUREL, « Le standard du raisonnable », RDA, 2014, n° 9, p. 60.

¹¹⁴⁵ T. FOSSIER, « Juge et bon père de famille : les responsabilités du juge des contentieux de la protection dans la gestion patrimoniale pour le mineur », AJ fam., 2002, p. 363 ; P. MALINVAUD, « La gestion en bon père de famille en immobilier », RDI, 2012, p. 469. M. Fossier fait remarquer que la gestion des biens d'un mineur sera en principe conservatrice, alors que celle des biens d'un majeur protégé devra être plus adaptée à sa situation personnelle. En comparaison, le locataire d'un bail commercial est tenu d'exploiter le bien loué (Cass. Civ. 3^{ème}, 08/12/1982), et donc de risquer des pertes.

¹¹⁴⁶ Il faut néanmoins prendre garde à ne pas associer un mode de gestion à la qualité d'une personne comme le font certains auteurs, d'autres critères entrent en compte (cf. *supra*, n° 103).

¹¹⁴⁷ Un auteur distingue la conservation et la spéculation (P.-F. CUIF, *op. cit.*, IV). V. aussi F. JULIENNE, art. préc.

¹¹⁴⁸ Art. 601 C. civ. (usufruit), art. 1301-1 C. civ. (gestion d'affaires), art. 1728 C. civ. (bail).

en apportant des soins prudents.¹¹⁴⁹ C'est en tout cas ainsi que l'interprète la jurisprudence : est déraisonnable le comportement qui porte atteinte à la nature ou à la valeur du bien géré.¹¹⁵⁰ Il est également remarquable que les actes conservatoires puissent être réalisés par presque toute personne, même si elle n'a pas la capacité juridique.¹¹⁵¹

Les biens sont censés être conservés en nature ou en valeur, selon l'utilité qui leur est conférée.¹¹⁵² Ce faisant, c'est la loi qui décide de la destination à donner à certains biens. Le logement fait ainsi partie des biens que le gestionnaire doit en principe conserver en nature, en raison de l'importance qu'il représente pour son propriétaire.¹¹⁵³ Lorsque le bien fait l'objet d'un transfert d'utilité, il doit également être conservé en nature.¹¹⁵⁴ De manière générale, la restriction des pouvoirs empêchant ou limitant la réalisation d'actes de disposition vise à la conservation des biens en nature.¹¹⁵⁵ Enfin, certains biens, en raison de leur affectation spécifique¹¹⁵⁶, doivent être conservés en nature.¹¹⁵⁷

La plupart du temps cependant, il est simplement exigé de la part du gestionnaire qu'il préserve la valeur du patrimoine géré. Le but est également de protéger les droits des créanciers du propriétaire en plus de satisfaire son intérêt.¹¹⁵⁸ Le gestionnaire n'étant pas supposé rechercher un accroissement du patrimoine, toute action en ce sens ne sera en principe pas indemnisée, et pourra même lui être reprochée si cela va à l'encontre de l'intérêt du propriétaire.¹¹⁵⁹

¹¹⁴⁹ Art. 385 C. civ. (administration légale), art. 496 C. civ. (personnes protégées). L'article 1197 C. civ., relatif à l'obligation de conserver la chose avant sa délivrance au sein des contrats translatifs de propriété, mentionne « tous les soins d'une personne raisonnable ».

¹¹⁵⁰ Ex. : Cass. Civ. 3^{ème}, 22/07/1992, n° 90-17792 (défaut d'entretien des lieux loués). Concernant la gestion des biens du majeur protégé, v. T. FOSSIER, « Le bon père de famille et le majeur protégé », JCP N, 1999, p. 831, qui remarque que les actes sanctionnés sont ceux qui, objectivement, vont à l'encontre de l'intérêt individuel de la personne protégée, compris en termes de valeur monétaire. V. aussi A. KARM, « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », Dr. fam., 2007, ét. 18.

¹¹⁵¹ Cf. *infra*, n° 252.

¹¹⁵² Sur l'obligation de conservation qui pèse sur tout gestionnaire, cf. *infra*, n° 327 et s.

¹¹⁵³ L'article 426 du Code civil est à ce titre très clair : le logement (ou les droits sur ce logement) de la personne protégée (qu'il s'agisse de sa résidence principale ou secondaire) doit être conservé à sa disposition aussi longtemps que possible, sauf s'il devient nécessaire ou de son intérêt d'en disposer (sur ce sujet, v. M. BOURASSIN, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », RTD civ., 2011, p. 433 ; J.-M. PLAZY, F. GEMIGNANI, « Le logement de la personne vulnérable », JCP N, 2012, 1193). Dans ce cas, l'intervention d'un organe de contrôle est nécessaire. De même, l'article 215 du Code civil impose la cogestion pour tout acte portant sur le logement de la famille et les meubles meublants.

¹¹⁵⁴ Sauf s'il est qualifié de bien fongible, cf. *infra*, n° 328. V. art. 578 C. civ. (usufruit), art 1880 C. civ. (prêt à usage), art. 2344 C. civ. (gage).

¹¹⁵⁵ Art. 505 C. civ. (tutelle), art. 815-3 et 1873-6 C. civ. (indivision).

¹¹⁵⁶ Cf. *supra*, n° 129 et s.

¹¹⁵⁷ C'est le cas de l'immeuble en copropriété par exemple (art. 18 I L. n° 65-557 du 10/07/1965).

¹¹⁵⁸ Art. 815-3, 3° C. civ. (indivision), art. L. 622-4 (procédure de sauvegarde) et L. 631-14 C. com. (redressement judiciaire).

¹¹⁵⁹ V. par ex. pour le bail : C. DREVEAU, « Indemnisation des travaux réalisés par le locataire », AJDI, 2011, p. 205. Pour l'usufruit : M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 11^{ème} éd.,

175. Accroissement du patrimoine – Dans certains cas particuliers, la loi incite à l'accroissement du patrimoine et pas seulement à sa conservation. Cet objectif dépend surtout du mécanisme utilisé. Plusieurs visent spécifiquement cette finalité. La société, par exemple, est créée « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie » issus de l'affectation des biens.¹¹⁶⁰ Par opposition à l'association, la société a clairement un but lucratif, elle doit être administrée dans cet esprit.¹¹⁶¹ Autre exemple : la société de gestion d'un fonds commun doit agir « dans l'intérêt exclusif des porteurs de parts ». ¹¹⁶² Par principe, l'intérêt des porteurs de parts est pécuniaire : la société de gestion doit s'assurer qu'ils retirent la meilleure rentabilité de leur investissement, que ce soit lors de l'exécution des ordres de gestion¹¹⁶³ ou lors de l'exercice du droit de vote attaché aux droits.¹¹⁶⁴

Cette finalité va avoir une influence sur la responsabilité du gestionnaire, au regard du comportement qui est attendu de lui. Il sera contraint de prendre certains risques mesurés conformément aux orientations données par les propriétaires au sein de l'acte constitutif.¹¹⁶⁵

III La décision du gestionnaire

176. Liberté et gestion des biens d'autrui – Les orientations légales de conservation et d'accroissement du patrimoine ne sont pas suffisamment précises pour que le gestionnaire puisse savoir quelle décision prendre à chaque instant. A terme, c'est lui qui déterminera l'option à choisir conformément à l'intérêt du propriétaire. Cette solution est contraire au paradigme libéral. Emmanuel Dockès y voit une atteinte à la liberté qui passe par l'expression d'un pouvoir. Pour cet auteur, le pouvoir est la manifestation d'une inégalité juridiquement reconnue et instituée entre le gérant et le géré.¹¹⁶⁶ Le fait que le gérant puisse conclure un acte contraignant pour le géré est pour lui une contradiction avec les deux fondements du droit

1928-1932, n° 2816 (« Éviter, par exemple, tout ce qui pourrait en augmenter le revenu en compromettant le fonds »).

¹¹⁶⁰ Art. 1832 C. civ.

¹¹⁶¹ D'autres objectifs peuvent également entrer en compte, cf. *infra*, n° 187.

¹¹⁶² Art. L. 533-22 C. mon. fin. (version antérieure à la L. n° 2019-486 du 22/05/2019).

¹¹⁶³ Art. L. 533-22-2-2 C. mon. fin. Le texte mentionne le « meilleur résultat possible » en tenant compte notamment du prix et du coût, ce qui laisse penser que le résultat en question comporte une dimension pécuniaire importante. P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 109.

¹¹⁶⁴ F. BUSSIÈRE, « De l'intérêt des porteurs dans la gestion collective pour le compte de tiers », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris, Joly, 2005, p. 109-130, spéc. p. 115.

¹¹⁶⁵ CA Paris, 03/12/1991 ; BJS. 1992. 319, obs. A. COURET (risques trop importants ayant causé des pertes). L. RUET, note sous Cass. Com., 06/06/2001, BJB, 2001, p. 591. Cf. *infra*, n° 306.

¹¹⁶⁶ E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, p. 63 et s.

positif, l'égalité et la liberté, c'est pourquoi cette situation doit être exceptionnelle et strictement encadrée.¹¹⁶⁷

Nous souscrivons à cette dernière remarque, mais il convient de nuancer l'atteinte portée à la liberté du propriétaire et les dangers qu'elle représente. D'abord, la gestion des biens d'autrui est très souvent volontairement mise en place, du fait d'un transfert conventionnel, et si ce n'est pas le cas, elle se justifie par des causes légitimes.¹¹⁶⁸ Ensuite, pour M. Dockès, la gestion pour autrui implique que le gestionnaire doive déterminer seul l'intérêt du propriétaire, ce qui aboutirait inévitablement à exprimer son propre intérêt plutôt que celui qu'il est censé poursuivre.¹¹⁶⁹ En réalité, lorsque le gestionnaire prend sa décision, même si les directives du propriétaire ou les orientations légales sont insuffisantes, il peut se fonder sur des éléments objectifs qui sont à sa disposition.¹¹⁷⁰ Le processus de prise de décision est finalement exactement le même que s'il recherchait son propre intérêt, sauf que les critères subjectifs seront plus difficiles à appréhender (A). L'objectif n'est pour autant pas irréalisable, et même s'il n'est pas tenu par la volonté du propriétaire, il doit toutefois la prendre en compte (B).

A) Le processus de prise de décision dans l'intérêt d'autrui

177. Détermination objective de l'intérêt du propriétaire – M. Dockès propose une analyse très intéressante de la prise de décision dans l'intérêt d'autrui.¹¹⁷¹ Il estime que le raisonnement du gestionnaire doit se faire en deux temps : il doit d'abord tenir compte de tous les éléments subjectifs qui orienteraient la décision du géré, puis évaluer les solutions qui s'offrent à lui au regard du contexte objectif qui s'impose, et enfin choisir rationnellement le meilleur compromis entre les aspirations personnelles du géré et la décision effectivement prise. Le processus est exactement le même que celui que nous avons décrit plus haut concernant la volonté du propriétaire-gestionnaire.¹¹⁷² Mais l'auteur remarque qu'il est impossible de faire coïncider parfaitement volonté du gestionnaire et intérêt du propriétaire, dans la mesure où les critères subjectifs de choix ne peuvent être déterminés par autrui. Il en déduit que le gestionnaire

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 161-162. V. aussi P. DIDIER, *op. cit.*, n° 206, qui fonde sa thèse sur le risque d'agence, qualifié de « danger de la représentation ».

¹¹⁶⁸ Cf. *supra*, n° 103 et s.

¹¹⁶⁹ E. DOCKES, *op. cit.*, p. 159 et s.

¹¹⁷⁰ Dans le même sens, T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Nanterre, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2014, n° 60 et s.

¹¹⁷¹ E. DOCKES, *op. cit.* C'est aussi le cas de P. DIDIER, *op. cit.*, n° 208 et s., mais il se concentre sur l'étude de la prise de décision en général, et pas spécifiquement sur celle dans l'intérêt d'autrui.

¹¹⁷² Cf. *supra*, n° 163.

est contraint de choisir selon ses propres critères personnels, et que l'acceptation de la décision dépend de la légitimité du pouvoir qu'il détient.¹¹⁷³

Cette analyse du processus de prise de décision est très juste, mais les conclusions qui en sont tirées nous semblent abusives. Considérer que l'impossibilité de connaître les préférences personnelles d'un individu impose d'y substituer celles de l'interprète est un sophisme.¹¹⁷⁴ Le gestionnaire se trouve effectivement dans la même situation que le propriétaire, sauf qu'il lui manque des éléments d'informations sur les critères subjectifs à prendre en compte. La véritable question qu'il doit se poser est celle de la valeur à donner aux biens gérés. La réponse permet de choisir l'usage auquel les destiner. Il peut pour cela se fonder sur des éléments objectifs pouvant lui donner des indications.

La première chose à prendre en considération est l'usage que le propriétaire exerce effectivement sur les biens à gérer.¹¹⁷⁵ Si le gestionnaire connaît cet usage, il peut supposer que le propriétaire a vocation à le poursuivre.¹¹⁷⁶ Un gérant d'affaires qui vendrait le logement ou la voiture du maître d'affaires en son absence excèderait manifestement les pouvoirs que lui confère la loi. Bien que l'acte puisse être objectivement utile, dans la mesure où il pourrait accroître le patrimoine du géré, il n'aurait aucune utilité pour le propriétaire personnellement, et traduirait une mauvaise interprétation de son intérêt.¹¹⁷⁷

Se fondant encore sur l'usage que fait le propriétaire de ses biens, le gestionnaire peut deviner quel usage futur il pourra faire de nouveaux biens.¹¹⁷⁸ Imaginons un enfant mineur qui

¹¹⁷³ De même, J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99-112.

¹¹⁷⁴ Thierry Fossier en donne une explication (T. FOSSIER, art. préc.) : il assimile cette conception à une interprétation objective de la notion de « bon père de famille », qui correspond plus largement à l'idée de gestion raisonnable. Selon celle-ci, le gestionnaire doit agir « *caeteraque facturum quae in re sua faceret* » (« comme il gèrerait ses propres biens »). Cette expression provient du Digeste (D. 7. 9. 3) et est reprise par certains auteurs (M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, n° 2814). Néanmoins, elle ne signifie pas vraiment que le gestionnaire doit choisir à la place du propriétaire et selon ses désirs propres, mais simplement qu'il doit être « soigneux et diligent », en considération des éléments objectifs (statut du bien, contenu du patrimoine à gérer...), auxquels peuvent s'ajouter des éléments subjectifs (destination choisie par le propriétaire...). Dans le même sens, A. KARM, art. préc.

¹¹⁷⁵ M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.*, n° 2818. Comp. art. 1303 C. C. Q. : « L'administrateur doit continuer l'utilisation ou l'exploitation du bien qui produit des fruits ou revenus, sans en changer la destination, à moins d'y être autorisé par le bénéficiaire ou, en cas d'empêchement, par le tribunal. »

¹¹⁷⁶ C'est ainsi que l'usufruitier est censé déterminer l'usage qu'il peut faire du bien sur lequel porte son droit (v. E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », RTD civ., 1995, p. 479). De même pour le locataire à défaut de précision de la destination du bien dans l'acte (art. 1728 C. civ.). La règle est également appliquée en matière d'indivision : la destination retenue est l'usage habituel du bien (F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 691).

¹¹⁷⁷ Un exemple jurisprudentiel plus nuancé va dans ce sens : CA Paris, 20/10/2011, n° 10/12723 ; D. 2012. 2699, obs. J.-M. PLAZY : une nue-propriétaire fait réaliser des travaux sur le bien au nom de l'usufruitière sous curatelle. La Cour en déduit que « les travaux, certes utiles, profiteront à terme à la seule nue-propriétaire, la privent du bénéfice de la gestion d'affaires et lui imposent de régler intégralement la dette. »

¹¹⁷⁸ T. FOSSIER, art. préc.

hérite d'un patrimoine important, composé de plusieurs immeubles, de valeurs mobilières et d'un fonds de commerce. Le parent du mineur, administrateur légal, sait que le mineur n'a pas vocation à user lui-même de ces biens car il a déjà un logement et n'a pas les compétences pour gérer un portefeuille de valeurs et une exploitation commerciale. Il va donc les louer afin d'en tirer un revenu ou les céder en l'échange d'un capital, en tenant compte des besoins actuels et futurs du mineur. Il ne pourra pas lui être reproché dans ce cas d'agir contre l'intérêt du propriétaire. De même, l'administrateur des biens d'une personne absente sait que cette dernière ne va pas user personnellement de ses biens, il peut donc les louer ou les céder, tout en tenant compte évidemment de la probabilité du retour de l'absent.

Parfois, le recours à des éléments subjectifs sera moins pressant, lorsque la décision n'a que peu d'impact sur l'usage concret de ses biens par le propriétaire, comme pour un choix d'investissement. La comparaison entre le patrimoine disponible, le coût de l'investissement et sa rentabilité suffisent à apprécier s'il est dans l'intérêt du propriétaire ou non.¹¹⁷⁹ Il est toutefois nécessaire d'introduire un aspect subjectif dans la réflexion, en se demandant quel usage le propriétaire pourrait faire à l'avenir de ses fonds, et quels seront ses besoins. La jurisprudence a ainsi refusé la conclusion d'un contrat d'obsèques adossé à une assurance-vie dans la mesure où il n'était pas suffisamment rentable et portait sur le tiers du patrimoine de la personne protégée.¹¹⁸⁰

B) La prise en compte de la volonté du propriétaire

Les éléments précédemment évoqués ont vocation à être utilisés lorsqu'aucune indication ne peut émaner du propriétaire, parce qu'il ne peut exprimer aucune volonté. Dans la grande majorité des cas cependant, sa volonté peut et doit être prise en compte, même si elle n'est pas suivie à la lettre.

178. Interrogation du propriétaire – Il est d'abord possible pour le gestionnaire de questionner directement le propriétaire sur ses préférences, sans que celles-ci ne soient inscrites dans l'acte constitutif du transfert de gestion. Selon M. Pétel, le mandataire aurait ainsi l'obligation d'informer le mandant en cas de survenance d'un « fait majeur », c'est-à-dire un

¹¹⁷⁹ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 60, qui considère que les arguments économiques sont prédominants lorsque la gestion porte sur des éléments du patrimoine. V. aussi N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Paris, thèse de doctorat, 2001, n° 136.

¹¹⁸⁰ CA Dijon, 19/05/2011, n° 10/01387 ; D. 2012. 2699, obs. J.-M. PLAZY.

« événement qui rend nécessaire une réaction du mandant », afin que celui-ci puisse prendre une décision pour la suite.¹¹⁸¹ Cela signifie bien que si besoin, le gestionnaire peut et doit demander son avis au propriétaire.¹¹⁸² On retrouve une telle obligation dans d'autres régimes : la gestion des biens du mineur¹¹⁸³, ceux du majeur protégé¹¹⁸⁴, des biens sociaux...¹¹⁸⁵

179. Intérêt distinct de la volonté du propriétaire – Comme pour les directives exprimées au sein de l'acte de transfert, la volonté du propriétaire n'est pas contraignante pour le gestionnaire dès lors qu'elle s'écarte de l'intérêt du propriétaire. Elle n'est qu'une indication de ce que peut être cet intérêt, mais ne s'y identifie pas. C'est pourquoi le gestionnaire peut ne pas respecter la volonté exprimée en cours de gestion, d'autant plus si cette volonté est vulnérable.¹¹⁸⁶ C'est le cas des mineurs non émancipés et des majeurs protégés, qui peuvent certes exprimer des choix mais ne peuvent les imposer au gestionnaire s'ils s'avèrent contraires à leur intérêt.¹¹⁸⁷ L'atteinte à la liberté individuelle est alors très importante : il est possible

¹¹⁸¹ P. PETEL, *op. cit.*, p. 253. Cf. *infra*, n° 331.

¹¹⁸² Dans le même sens, P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », D. 2008, p. 2293. Il fonde cette interrogation sur le principe de loyauté, qui vient compenser le manque de contradictoire dans la prise de décision.

¹¹⁸³ Art. 371-1 al. 3 C. civ. : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. » Ce texte se situe dans un chapitre intitulé « De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant », et semble s'appliquer plus particulièrement aux actes extrapatrimoniaux réalisés par les parents. Toutefois, il est possible de l'étendre aux actes qui touchent aux biens de l'enfant pour plusieurs raisons : d'abord, le plan du Code civil n'a pas de force juridique ; ensuite, ce texte est une définition de l'autorité parentale, qui est au fondement de l'administration légale et est donc plus large ; enfin, rien n'empêche d'appliquer ce texte aux actes patrimoniaux sous les mêmes conditions que pour les actes personnels.

¹¹⁸⁴ L'obligation est ici plus diffuse et résulte d'orientations générales : le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité du majeur et la favorisation de son autonomie (art. 415 C. civ.), l'obligation de l'informer de l'utilité, du degré d'urgence, des effets et des conséquences d'un refus de sa part touchant à tous les actes réalisés sur sa personne (art. 457 C. civ., qui pourrait être étendu aux biens par analogie, v. J. HAUSER, « Le curatelaire et sa petite voiture : des biens et de la personne... », RTD civ., 2013, p. 450 ; T. VERHEYDE, « La protection de la personne et des biens : une distinction problématique en droit des majeurs protégés », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 287-297), et la protection accordée aux souvenirs et objets personnels du majeur (art 426 C. civ.), qui, pour recevoir cette qualification, nécessitent d'être désignés comme tels par leur propriétaire. Sur les difficultés d'application de ce principe, v. I. MARIA, « Directives du majeur et gestion du patrimoine », in *Le patrimoine de la personne protégée, op. cit.*, p. 85-98.

¹¹⁸⁵ Art. 1844 al. 1 : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. »

¹¹⁸⁶ « La manière dont une personne âgée s'alimente (ou se sous-alimente) s'impose à tous, tant qu'elle ne met pas en péril la santé ; les coutumes vestimentaires coûteuses d'une jeune malade mentale, le goût du gadget électronique chez un paranoïaque, ne se discutent pas tant que le budget est en équilibre approximatif. » T. FOSSIER, « Le bon père de famille et le majeur protégé », art. préc. V. E. PAILLET, « L'opposition de la personne majeure vulnérable à sa protection », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 535-548.

¹¹⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/2012, n° 11-10339, D. 2012. 2699, obs. D. NOGUERO : dans le cadre d'une vente immobilière, une personne est placée sous curatelle renforcée entre la signature de l'acte sous seing privé et la réitération par acte authentique. Le curateur refuse d'apporter son assistance à cette réitération, estimant que les garanties ne sont pas suffisantes pour protéger l'intérêt du curatelaire. La Cour confirme ce choix. Cette affaire démontre très clairement la possibilité pour le gestionnaire de s'opposer à la volonté du propriétaire dès lors que celle-ci est contraire à son intérêt. De même, concernant le refus d'assistance pour l'achat d'une voiture, Cass. Civ. 1^{ère}, 27/02/2013, n° 11-28307 ; D. 2013. 640 ; Dr. fam. 2013/4. Comm. 58, obs. I. MARIA ; RJPF 2013/4. 25, obs. I. CORPART ; D. 2013. 2196, obs. J.-J. LEMOULAND, D. NOGUERO et J.-M. PLAZY ; AJ fam. 2013.

d'imposer à une personne des actes de gestion sur ses propres biens contrairement à sa volonté, ce qui a un effet direct sur l'usage qu'elle peut en avoir.¹¹⁸⁸ Il est par conséquent primordial de s'assurer que c'est bien l'intérêt du propriétaire qui est visé.

IV L'intervention d'un organe de contrôle

180. Rôle de l'organe de contrôle – Il peut arriver qu'un tiers se substitue momentanément et exceptionnellement au gestionnaire dans la prise de décision, en raison de circonstances particulières. Il peut s'agir de l'organe de contrôle lui-même ou d'une personne mandatée par ce dernier pour prendre la décision. Ce faisant, il prend la place du gestionnaire et utilise les mêmes méthodes que lui pour déterminer l'intérêt du propriétaire. Le rôle de l'organe de contrôle est de s'assurer que l'intérêt du propriétaire est bien respecté par le gestionnaire durant sa mission.¹¹⁸⁹ Son intervention peut être justifiée par trois cas : lorsque l'acte présente un risque particulièrement important pour le propriétaire ; lorsque le gestionnaire a un intérêt personnel dans la décision prise ; ou lorsqu'un conflit éclate entre le gestionnaire et le propriétaire ou entre plusieurs copropriétaires ou cogestionnaires.¹¹⁹⁰ Elle peut prendre deux formes distinctes : l'autorisation de passer un acte et l'arbitrage du conflit.

181. Autorisation de passer un acte – Lorsqu'un acte présente une particulière gravité, la loi ou l'acte constitutif peuvent prévoir l'intervention d'un organe de contrôle.¹¹⁹¹ Le risque peut provenir d'un conflit d'intérêt (réel ou supposé) ou d'un dépérissement du patrimoine. Ainsi, certains actes sont soumis à autorisation afin de s'assurer *a priori* que la décision prise sera bien conforme à l'intérêt du propriétaire. On trouve de nombreux exemples de ces situations : dans le cadre du droit des personnes protégées, le juge des contentieux de la protection ou le conseil de famille doivent autoriser un certain nombre d'actes que le

304, obs. T. VERHEYDE ; RTD civ. 2013. 350, obs. J. HAUSER ; et concernant le choix de la résidence du majeur sous tutelle contre sa volonté : CEDH, 23/03/2017, n° 53251/13, A.-M. V. c/ Finlande ; AJ fam. 2017. 304, obs. V. MONTOURCY ; Dr. fam. 2017. Comm. 110, obs. I. MARIA.

¹¹⁸⁸ V. les exemples cités par T. FOSSIER, « La famille, gestionnaire naturelle du patrimoine de l'incapable majeur », Dr. et pat., 2000, n° 80.

¹¹⁸⁹ Cf. *infra*, n° 277 et s.

¹¹⁹⁰ Cf. *infra*, n° 280.

¹¹⁹¹ B. THULLIER, *L'autorisation : Étude de droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1996, n° 265 et s.

gestionnaire ne peut pas réaliser seul¹¹⁹², de même dans le cadre de l'administration légale.¹¹⁹³ Certaines sociétés imposent également un mécanisme de contrôle du même type : le conseil d'administration d'une société anonyme doit autoriser la conclusion d'actes réglementés.¹¹⁹⁴ Ce mécanisme apparaît aussi au sein de la technique de l'assistance, où un tiers va venir aider le gestionnaire à prendre une décision.¹¹⁹⁵ L'organe de contrôle se comporte alors de la même manière que le gestionnaire, et doit tenir compte des mêmes critères.¹¹⁹⁶

182. Arbitrage d'un conflit – Dans certains cas, l'organe de contrôle a un pouvoir supérieur à une simple autorisation puisqu'il peut prendre la décision lui-même et pas uniquement confirmer ou infirmer une décision en suspens. Il devient alors gestionnaire et doit se comporter de la même manière, étant soumis aux mêmes obligations le temps de son intervention. L'occasion ne se présente qu'en cas de conflit paralysant toute prise de décision. Ce conflit peut concerner en premier lieu le propriétaire et le gestionnaire, il s'agit alors d'un conflit d'intérêts qui peut justifier la nomination d'un mandataire *ad hoc* afin de prendre la meilleure décision.¹¹⁹⁷ Il peut aussi éclater entre deux cogestionnaires sur la meilleure décision à prendre.¹¹⁹⁸ Enfin, le conflit peut opposer des copropriétaires qui n'ont pas la qualité de gestionnaire. C'est le cas lors d'un abus de minorité au sein d'une société.¹¹⁹⁹ Toutes ces situations amènent l'organe de contrôle à prendre la décision à la place du gestionnaire, et à remplir son rôle avec les mêmes éléments dont ce dernier dispose.

¹¹⁹² Art. 505 et s. C. civ. Les actes soumis à autorisation sont les actes de disposition, qualifiés ainsi en raison de leur particulière gravité et ceux qui font apparaître une opposition d'intérêts (art. 508 C. civ.).

¹¹⁹³ Art. 387-1 C. civ. De même, la liste comprend des actes graves par nature et d'autres manifestant une opposition d'intérêts.

¹¹⁹⁴ Art. 225-35 et 225-38 C. com. Cf. *infra*, n° 286.

¹¹⁹⁵ Art. 467 et s. C. civ. pour la curatelle ; art. L. 631-12 C. com. pour le redressement judiciaire.

¹¹⁹⁶ Il est de fait considéré comme gestionnaire et susceptible de commettre des fautes de gestion (T. FOSSIER, art. préc.). V. par ex. TGI Rochefort-sur-Mer, 05/05/1999, *Forgit* : sanction pour un placement imposé par le juge contre l'avis du tuteur du mineur ; TGI Montauban, 11/04/2000, *Cossiaux* : sanction pour l'autorisation d'un placement peu rentable.

¹¹⁹⁷ Cf. *infra*, n° 288. Ex. : art. 383 C. civ. en cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et son administrateur légal. La demande peut émaner de l'administrateur ou du ministère public ou peut être décidée d'office. Cela vaut aussi dans le cadre d'une procédure judiciaire (art. 388-2 C. civ.).

¹¹⁹⁸ Ex. : art. 217 C. civ. (conflit entre époux concernant un acte soumis à cogestion) ; art. 815-5 C. civ. (conflit entre indivisaires pour une décision nécessitant l'unanimité).

¹¹⁹⁹ Cass. Com., 09/03/1993, *Flandin*, n° 91-14685 ; D. 1993. 363, note Y. GUYON ; Rev. Soc. 1993. 403, note P. MERLE ; JCP 1993. II. 22107, note Y. PACOT ; Gaz. Pal. 1993. 2.334, note BONNARD ; JCP E 1993. II. 448, note A. VIANDIER ; JCP N, 1993. II. 293, note J.-F. BARBIERI ; Dr. sociétés, 1993, n° 95, note D. VIDAL. Sur ce sujet, cf. J.-P. SORTAIS, « Abus de majorité, minorité, égalité », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 74 et s. *Contra*, F.-X. LUCAS, « La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés », LPA, 12/09/1997, n° 110, p. 6.

La détermination de l'intérêt du propriétaire n'est pas chose aisée mais elle est possible grâce à plusieurs méthodes. Le plus simple reste de suivre les indications données par le propriétaire au sein de l'acte constitutif, mais elles ne sont pas toujours contraignantes et parfois il n'en existe pas. La loi donne alors des objectifs assez vagues de conservation et d'accroissement du patrimoine. C'est finalement au gestionnaire de prendre la décision finale, en se fondant sur des éléments objectifs et subjectifs, et parfois en sollicitant l'avis du propriétaire lui-même. En dernier recours, un tiers contrôleur peut intervenir ponctuellement pour guider le gestionnaire ou résoudre un conflit. Malgré tout, la détermination de l'intérêt du propriétaire se complique lorsque ce dernier n'est pas unique mais multiple.

§ 2 : La détermination de l'intérêt d'un groupement

183. Distinctions – Lorsque plusieurs personnes sont propriétaires des mêmes biens, il s'agit d'une situation de propriété collective.¹²⁰⁰ La détermination de l'intérêt des copropriétaires ne peut s'opérer de la même manière que s'il n'y en a qu'un. La prise en compte des critères subjectifs pose notamment problème, puisqu'il faut concilier les besoins et aspirations de plusieurs personnes distinctes, ce qui s'avère d'autant plus difficile si les membres sont nombreux. Face à cette difficulté, plusieurs réponses ont été données par le droit positif. Traditionnellement, une distinction est opérée entre les groupements ayant la personnalité morale et les autres. Ainsi, l'indivision devait à l'origine être gérée à l'unanimité des indivisaires, afin de s'assurer que l'intérêt de chacun serait respecté, selon le principe libéral d'adéquation entre la volonté et l'intérêt.¹²⁰¹ Puisque la volonté de chacun est exprimée et respectée, aucun doute possible sur la légitimité des actes réalisés. A l'inverse, le principe majoritaire prévaut en matière de droit des sociétés, et la gestion est souvent déléguée.¹²⁰² Le gérant est supposé agir dans l'intérêt commun des associés.¹²⁰³ Ces principes ont toutefois évolué dans le temps, aboutissant à rapprocher les deux régimes.¹²⁰⁴ L'idée d'un intérêt commun s'est imposée dans les groupements dénués de personnalité morale, et ce dernier a fait

¹²⁰⁰ Cf. *supra*, n° 84.

¹²⁰¹ Cf. *supra*, n° 85.

¹²⁰² Cf. *supra*, n° 112.

¹²⁰³ Art. 1833 C. civ.

¹²⁰⁴ F. DEBOISSY, G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », RTD civ., 2000, p. 225 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 589-610, spéc. p. 594 ; W. DROSS, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Domat, 4^{ème} éd., 2019, n° 164 et s.

l'objet d'une réflexion approfondie au sein des autres. Des institutions d'un nouveau type ont également fait leur apparition, brouillant d'autant plus les lignes de séparation.

Afin de démontrer la réalité de ce rapprochement et de proposer une méthode de détermination de l'intérêt d'un groupement, il convient d'étudier tour à tour l'intérêt des copropriétés sans personnalité morale (I), celui des groupements personnifiés (II) et enfin celui, plus spécifique, des fonds communs (III).

I L'intérêt des copropriétés sans personnalité morale

184. De l'intérêt individuel à l'intérêt commun – Les groupements sans personnalité morale sont conçus sur le modèle de l'indivision originelle, c'est-à-dire antérieure à la loi de 1976.¹²⁰⁵ La propriété collective était alors vue comme une situation accidentelle qui n'avait pas vocation à perdurer. Le principe était l'unanimité dans la prise de décision, conformément à la règle libérale selon laquelle la volonté exprimée est conforme à l'intérêt de son auteur. Mais l'indivision est progressivement devenue un statut pérenne voire recherché, et la règle de l'unanimité conduisait à des blocages. La loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976 a introduit la possibilité d'une intervention judiciaire pour résoudre les conflits de gestion afin d'assurer un meilleur équilibre entre les droits de chacun et l'intérêt commun. Cette réforme a cependant conservé la règle de l'unanimité et restait d'inspiration très libérale et individualiste.¹²⁰⁶ La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 est allée plus loin en introduisant la règle de la majorité des deux tiers pour la prise de certaines décisions.¹²⁰⁷

De telles évolutions contredisent le paradigme libéral en introduisant la notion d'intérêt commun, supérieur à l'intérêt individuel des indivisaires puisque la décision prise en conformité du premier peut s'imposer au second. Plusieurs théories sont alors possibles. Soit l'intérêt commun est distinct de celui des indivisaires, et l'indivision devient alors une entité

¹²⁰⁵ Sont assimilés à ces groupements les autres types de propriétés collectives telles que la mitoyenneté, la société en participation ou l'œuvre de collaboration (cf. *supra*, n° 84).

¹²⁰⁶ Art. 815-5 C. civ. J. PATARIN, « La double face du régime de l'indivision », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 332-343 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective... », art. préc.

¹²⁰⁷ Art. 815-3 C. civ. Il s'agit des actes « d'exploitation normale » des biens indivis et des actes de disposition portant sur des meubles. Néanmoins, une loi n° 2009-526 du 12/05/2009 a introduit l'article 815-5-1 C. civ. qui permet selon la règle de la majorité des deux tiers de vendre un bien indivis sur autorisation judiciaire, quelle que soit sa nature. V. C. BRENNER, « La gestion de la succession », D. 2006, p. 2559 ; J. CASEY, « La gestion de l'hérédité : entre liberté et représentation forcée », Dr. et pat., 2007, n° 157 pour une critique de la loi de 2006. Cf. *supra*, n° 125 et s. sur la gestion du patrimoine successoral dans l'intérêt des héritiers.

personnifiée disposant d'un intérêt propre.¹²⁰⁸ Soit l'intérêt commun correspond à celui des indivisaires, dans le sens donné par Thierry Hassler¹²⁰⁹, mais cela signifie alors que l'intérêt des indivisaires ne correspond pas nécessairement à leur volonté exprimée individuellement, puisqu'ils peuvent se contredire.

Nous rejetons la première hypothèse dans la mesure où selon nous, les seuls titulaires d'intérêts sont les personnes physiques, il est donc impossible de reconnaître un intérêt autonome à l'indivision.¹²¹⁰ Nous adhérons en revanche à la seconde, en raison de la situation de gestion de biens d'autrui que constitue l'indivision, et par extension toute propriété collective. Le principe de libre disposition ne s'appliquant pas, le postulat selon lequel la volonté du propriétaire serait la seule source d'interprétation de son intérêt n'a pas lieu d'être ici. Le gestionnaire n'est pas propriétaire exclusif des biens administrés et doit interpréter l'intérêt de tous, ce qui peut aller à l'encontre de la volonté de certains. Un autre postulat fondamental prend sa place : l'idée selon laquelle l'intérêt du groupe coïncide avec les intérêts individuels de ses membres. Ainsi, la décision prise dans l'intérêt commun ne peut que satisfaire les copropriétaires, en tant que partie de cet ensemble, ce qui explique qu'elle s'impose à eux.¹²¹¹

L'interprétation de l'intérêt commun par le gestionnaire se fait ensuite selon les méthodes énoncées plus haut : si une convention d'indivision existe, elle doit être respectée ; la loi incite à la conservation des biens indivis ; le gestionnaire tient compte de l'avis des indivisaires, qui s'impose lorsque la décision prise doit être prise à l'unanimité, et des circonstances objectives ; par exception, l'intervention judiciaire est possible pour autoriser la vente d'un bien indivis ou arbitrer un conflit.¹²¹² Nul besoin de rechercher un intérêt transcendant. A vrai dire, le seul rôle de l'intérêt commun est d'être un correctif aux blocages qui pourraient survenir, en permettant d'imposer la décision qui favorise les intérêts au sein de

¹²⁰⁸ En faveur de cette thèse, G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 15 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », art. préc., p. 594.

¹²⁰⁹ « Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire plus qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie : *l'intérêt commun, c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes.* » T. HASSLER, « L'intérêt commun », RTD com., 1984, p. 585. Dans ce sens, J. PATARIN, art. préc. ; N. LEBLOND, « Réflexions sur la personnification de l'indivision », RLDC, 2011, n° 82 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 62.

¹²¹⁰ Cf. *supra*, n° 15 et s.

¹²¹¹ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 267 et s. Cass. Civ. 1^{ère}, 13/11/1984, n° 83-13999 : « La meilleure rentabilité de l'immeuble indivis, à laquelle sont intéressés tous les indivisaires, est de l'intérêt commun et l'existence, en la personne de certains indivisaires, d'intérêts divergents nés d'une circonstance étrangère à l'indivision n'implique pas l'absence d'intérêt commun. » V. également : CA Paris, 07/05/2003, n° 2002/00099 ; AJ fam., 2003.271.

¹²¹² F. MASSON, *op. cit.*, n° 691 et s.

l'indivision plutôt que ceux qui lui sont extérieurs.¹²¹³ L'idéologie qui sous-tend ces principes reste par conséquent profondément libérale, l'objectif visé étant l'équilibre entre les intérêts des membres du groupe.

185. Communauté conjugale – La communauté se distingue de l'indivision pour plusieurs raisons. D'abord, son champ d'application est bien plus restreint puisqu'elle ne peut exister qu'entre époux et durant le mariage. Ensuite, les parts de la communauté sont indisponibles, elles ne peuvent être détenues que par les époux eux-mêmes, ce qui les rend invisibles.¹²¹⁴ Enfin, les régimes de chacun de ces patrimoines sont différents, tant en termes de composition de l'actif et du passif que des modalités de gestion. Toutefois, elles comprennent des points communs : ce sont toutes deux des patrimoines communs secondaires non-affectés.¹²¹⁵ Leur gestion est par conséquent assez proche, et s'oriente dans la même direction : la satisfaction de l'intérêt des copropriétaires. Dans le cadre de la communauté conjugale, il s'agit des époux. A l'inverse de l'indivision, la communauté est construite sur un modèle communautaire, c'est la raison pour laquelle une grande partie des décisions de l'un des époux peut s'imposer à l'autre. Seuls les actes les plus graves font l'objet d'une cogestion.¹²¹⁶ Le législateur postule que la relation affective qui relie les époux est suffisamment incitative à ce que chacun respecte l'intérêt de l'autre dans le cadre de la gestion courante. Des palliatifs peuvent être utilisés en cas de conflit et l'intervention judiciaire demandée.¹²¹⁷ Mais de même qu'au sein de l'indivision, il n'est visé aucun intérêt supérieur, et c'est lorsque ce sont les droits et l'intérêt de l'autre époux qui sont violés que la sanction s'applique. L'intérêt des époux est donc le seul gouvernail de l'administration de la communauté, et il se détermine de la même manière que dans l'indivision, c'est-à-dire selon la volonté des époux et en cas de conflit, en recherchant un équilibre entre les intérêts de chacun au sein du groupement.¹²¹⁸

¹²¹³ T. HASSLER, art. préc. ; A. SERIAUX, art. préc., n° 5 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2003, p. 86. Cass. Civ. 1^{ère}, 13/11/1984, arrêt précité : « (...) l'existence, en la personne de certains indivisaires, d'intérêts divergents nés d'une circonstance étrangère à l'indivision n'implique pas l'absence d'intérêt commun. » (Nous soulignons.)

¹²¹⁴ Cf. *supra*, n° 140.

¹²¹⁵ Cf. *supra*, n° 155.

¹²¹⁶ Art. 1415 et 1422 et s. C. civ. Il convient d'y ajouter la protection du logement familial de l'article 215 C. civ., qui s'applique même si un seul des époux est titulaire de droits sur le logement.

¹²¹⁷ L'article 1426 C. civ. permet en particulier à un époux d'être substitué à l'autre dans l'exercice de ses pouvoirs s'il se retrouve hors d'état de manifester sa volonté ou si sa gestion manifeste l'inaptitude ou la fraude. L'article 1429 va encore plus loin puisqu'il permet de prendre en charge la gestion des biens propres de l'autre s'il est négligent, afin d'enrichir la communauté grâce aux revenus tirés de l'exploitation de ces propres (A. SERIAUX, art. préc., n° 5).

¹²¹⁸ M. LAMARCHE, art. préc. ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 62. V. S. GAUDEMET, « L'intérêt de la famille », élément d'un ordre public familial », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p.

Ainsi, au sein des groupements non-personnifiés, le gestionnaire doit satisfaire l'intérêt commun des copropriétaires, plus précisément les intérêts individuels de chacun d'entre eux dans la mesure où ils convergent. Il n'existe pas d'intérêt supérieur que le gestionnaire devrait satisfaire, il doit simplement s'assurer de ne pas violer celui de l'un des membres au sein du groupement. Dès lors que l'intérêt commun est respecté, il est assimilé à celui de chacun des copropriétaires, et il s'impose à leur volonté. Sa détermination est alors plus aisée, et suit le même processus que pour une personne individuelle. La situation semble différente de celle des groupements personnifiés, mais ce n'est qu'une illusion.

II L'intérêt des groupements personnifiés

186. Doctrines de l'intérêt social – La détermination de l'intérêt des groupements personnifiés, et en particulier de la société¹²¹⁹, est un problème insoluble à propos duquel la doctrine débat depuis des décennies. La question concrète qui se pose est la suivante : selon quels critères évaluer les actes de gestion réalisés par le dirigeant ? Simple en apparence, elle comporte en réalité des enjeux considérables, puisque c'est du partage du pouvoir au sein de l'entreprise dont il est question.¹²²⁰ Les textes ne donnent pas vraiment d'indications sur la manière dont il convient d'apprécier les actes. La jurisprudence s'est donc construit un outil d'appréciation, l'intérêt social. Les raisons de ce choix sont multiples : le régime de gestion de la société, fondé sur le principe de majorité et la délégation de pouvoirs à un gestionnaire, ce qui empêche d'appliquer un régime analogue à l'indivision légale ; l'affectation des biens à une activité, ce qui donne une orientation minimale aux décisions ; et la personnalité morale, qui légitime le rôle du juge et lui octroie la souplesse nécessaire pour adapter ses décisions aux

287-302, dont l'exposé fait penser à l'analyse de l'intérêt social, et G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, coll. Thémis, 9^{ème} éd., 1997, p. 276, qui réalise explicitement ce rapprochement.

¹²¹⁹ Nous nous concentrons ici sur la société, mais les développements suivants s'appliquent à tout type de personne morale. La tension entre l'affectation du patrimoine et l'intérêt des membres du groupement existe également en matière d'association, de fondation, de syndicat ou de syndicat de copropriété, mais de manière moins intense que dans la société, d'une part parce que ces groupements n'ont pas vocation à détenir un patrimoine important, et d'autre part parce que l'intérêt de la personne morale a peu de chances de contredire celui de ses membres, dans la mesure où l'engagement réalisé est altruiste ou que l'affectation vise expressément la défense des intérêts des membres.

¹²²⁰ « Soumettre le groupe à l'intérêt collectif, c'est le soumettre à l'organe exprimant l'intérêt collectif. » P. DIDIER, *op. cit.*, n° 268.

circonstances sans avoir à favoriser l'intérêt exclusif des associés majoritaires. Cet instrument permet aux juges d'apprécier assez librement la légitimité des actes de gestion réalisés.¹²²¹

L'ambiguïté de la notion d'intérêt social a permis à des théories extrajuridiques de s'affronter sous couvert de discours techniques. La thèse majoritaire en doctrine est la théorie institutionnelle, qui se fonde sur la personnification de la société pour postuler l'existence d'un intérêt transcendant celui des associés.¹²²² A l'instar de la personne physique, la personne morale aurait un intérêt propre qu'il conviendrait de respecter lors de la prise de décision, et qui serait distinct de celui des associés, pris individuellement ou en tant que groupe. Cette thèse a l'avantage de permettre une appréciation très souple de l'intérêt social, et justifie *de facto* toutes les décisions, quel que soit leur sens. C'est aussi son principal défaut : ainsi défini, l'intérêt social est impossible à déterminer et il est livré à l'appréciation discrétionnaire de son interprète, c'est-à-dire, ultimement, le juge.

Une deuxième thèse identifie la société à l'entreprise en tant qu'activité économique, et assimile par conséquent les intérêts de ces deux entités.¹²²³ Or, l'entreprise est une notion économique qui implique la participation de nombreux agents aux intérêts divergents au sein d'une activité de production (propriétaires du capital, dirigeants, salariés, fournisseurs, consommateurs, autorité publique...). Le but de ces auteurs est de protéger les intérêts des autres agents participant à l'entreprise, et notamment ceux des salariés. Cette thèse a été fortement critiquée et n'est plus défendue aujourd'hui en tant que telle.¹²²⁴ Toutefois, elle fait l'objet d'un certain renouveau sous l'influence de la théorie économique des parties

¹²²¹ J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 131-145 ; P. BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. Soc.*, 1999, p. 5. Certains auteurs, constatant l'usage que fait la jurisprudence de l'intérêt social, se résignent à n'y voir qu'un instrument de police à géométrie variable aux mains des juges, leur permettant de décider de l'intérêt qu'ils préfèrent mettre en avant dans chaque cas (J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.*, 1971, p. 957 ; D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris, Joly, 2005, p. 359-369). V. également la critique de l'intérêt collectif par E. DOCKES, *op. cit.*, p. 163 et s.

¹²²² P. BISSARA, « L'intérêt social », art. préc. ; A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Paris, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 329 et s., n° 22 et s. ; G. GOFFAUX-CAILLEBAUT, « La définition de l'intérêt social », *RTD com.*, 2004, p. 35 ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 145 ; P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, t. 1, 39^{ème} éd., 2019, n° 177 ; S. SCHILLER, « Les conséquences de la nouvelle rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire », *JCP N*, 2020, 1034.

¹²²³ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, n° 187 et s. ; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, n° 378 ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967, p. 173 et s. ; R. CONTIN, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *Rev. Soc.*, 1968, p. 363.

¹²²⁴ V. pour une critique récente : D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », *D.* 2017, p. 2380. L'auteur considère qu'une telle conception revient en réalité à donner un pouvoir excessif à l'interprète de l'intérêt social, c'est-à-dire le dirigeant, avec tous les dangers que cela comporte, et entraîne une dépossession des actionnaires.

prenantes.¹²²⁵ Ses partisans sont favorables à la reconnaissance d'un intérêt social élargi, qui tient compte non seulement de celui de la société mais également de ses partenaires et de l'intérêt général.¹²²⁶ Une réforme récente de l'article 1833 du Code civil semble aller dans ce sens.¹²²⁷ Le texte dispose désormais que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. » En réalité, la rédaction du texte¹²²⁸ et le régime qui y est associé¹²²⁹ incitent à penser que ces enjeux sont distincts de l'intérêt social lui-même, et viennent s'y ajouter comme des contraintes objectives supplémentaires.

Enfin, une dernière théorie restreint l'intérêt social au seul intérêt des associés. Inspirée par les théories économiques libérales¹²³⁰, elle considère que la société appartient uniquement aux actionnaires et que seul leur intérêt doit guider les décisions des dirigeants.¹²³¹ Elle se fonde sur une tendance venue des États-Unis appelée *corporate governance* apparue après la révélation des excès du capitalisme managérial.¹²³² La *corporate governance* met au cœur de

¹²²⁵ F.-G. TREBULLE, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », Bull. Joly Soc., 2006, p. 1337 et 2007, p. 7 ; N. CUZACQ, « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ? », D. 2017, p. 1844. V. pour une critique proche de notre thèse : P. DIDIER, *op. cit.*, n° 270 et s.

¹²²⁶ Il s'agit de l'option choisie par d'autres États comme le Canada ou l'Allemagne, cf. S. ROUSSEAU, I. TCHOTOURIAN, « L'intérêt social en droit des sociétés », Rev. Soc., 2009, p. 735 ; P.-H. CONAC, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », Rev. Soc., 2018, p. 558.

¹²²⁷ J. HEINICH, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », Rev. Soc., 2018, p. 568 ; P. H. CONAC, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », Rev. Soc., 2019, p. 570 ; B. DONDERO, « La loi PACTE du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ? », D. 2019. 1349 ; M. TIREL, « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019, p. 2317 ; S. SCHILLER, art. préc. Pour une critique, cf. D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », art. préc. ; A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », D. 2018, p. 1765.

¹²²⁸ J. HEINICH, art. préc. *Contra*, M. TIREL, art. préc. ; P.-H. CONAC, « L'article 1833... », art. préc.

¹²²⁹ L'article 1844-10 C. civ. empêche de sanctionner par la nullité les actes qui seraient contraires à ce texte. V. B. DONDERO, art. préc.

¹²³⁰ Globalement, il s'agit de la théorie de l'agence (cf. A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », Rev. Soc., 1984, p. 243 ; « Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pension », D. 1997, p. 241 ; P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 227-241 ; M. CHAUDEY, « Les théories de la firme », SES-ENS Lyon, 2011, <http://ses.ens-lyon.fr/articles/les-theories-de-la-firme-137664>). Sur cette théorie et sa critique, v. A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Pluriel, 2020, p. 268 et s.

¹²³¹ D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, Joly, 2^{ème} éd., 2004, n° 11 et 13 ; « De l'intérêt commun des associés », JCP E, 1994, p. 404 ; A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise », D. 1995, p. 163.

¹²³² La « révolution managériale » (théorisée par A. BERLE, G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932), apparue à la fin du XIX^{ème} siècle, est due au développement des grandes corporations comportant une multitude d'actionnaires peu investis dans la gestion de l'entreprise (problème qui peut être encore actuel, v. A. COURET, « Le désintérêt social », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 63-77). Le pouvoir de gestion a par conséquent été transféré aux dirigeants, opérant ainsi une distinction entre la propriété de l'entreprise et sa gestion. Certains dirigeants ont profité de ce pouvoir et ont utilisé la financiarisation et la mondialisation de l'économie pour s'enrichir aux dépens de l'entreprise (v. par ex. l'affaire Enron en 2001, dans laquelle l'entreprise fit faillite en raison d'une spéculation boursière risquée décidée par ses dirigeants et maquillée par des opérations comptables). Face à cette situation, des économistes ont commencé dans

la gestion de la société l'intérêt des actionnaires, celui-ci se résumant pour certains auteurs à un enrichissement individuel via l'enrichissement collectif.¹²³³ Cette thèse est critiquée du fait des postulats économiques sur lesquels elle se fonde¹²³⁴ et des excès auxquels elle peut donner lieu.¹²³⁵ Par ailleurs, elle concerne uniquement la gestion des grandes sociétés anonymes et a moins de portée pour les autres types de sociétés.¹²³⁶

187. Proposition de solution – La confrontation de ces thèses ne permet pas de se faire une idée claire de ce qu'est l'intérêt social et de comment le déterminer. Il est pourtant nécessaire d'y apporter une réponse, ce que nous allons tenter de faire. Il faut pour cela bien comprendre en quoi consiste cet outil : il vise uniquement à sanctionner les décisions prises par les gestionnaires de la personne morale lorsqu'elles contreviennent à un intérêt particulier, qui est souvent celui des associés (dans leur ensemble ou certains d'entre eux seulement). Il s'agit d'un instrument de contrôle utilisé par le juge lorsqu'il doit statuer sur une décision particulière, et la solution qui en ressort dépend des circonstances d'espèce et des forces en présence.¹²³⁷

Malgré tout, il nous est permis d'exprimer un avis prospectif sur ce que devrait être l'intérêt social. La personne morale, et la société en particulier, constitue avant tout un patrimoine affecté à une activité.¹²³⁸ Cette dernière est définie au sein de son objet social, qui correspond à un « inventaire » assez large des activités de la société.¹²³⁹ L'affectation est assimilée à un intérêt objectivé qu'il convient de satisfaire à chaque étape, mais son contrôle n'est que négatif : il est respecté dès lors que la décision prise n'y contrevient pas directement. C'est la raison pour laquelle une personne morale peut conclure un acte qui ne viserait pas directement cet objectif si les associés le décident.¹²⁴⁰ Il apporte donc une limite à la gestion mais ne l'oriente pas directement. De la même manière, il est possible d'ajouter d'autres

les années 1980-1990 à réclamer une plus grande participation des actionnaires dans la prise de décision et un meilleur contrôle de l'action des dirigeants, afin de réduire les risques. V. les auteurs cités note 72.

¹²³³ D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », art. préc. Il précise que le partage des profits doit également être équitable pour être conforme à l'intérêt commun.

¹²³⁴ M. BERGERAC, A. BERNARD, « Fantaisie à deux voix », D. 2000, p. 315.

¹²³⁵ P. BEZARD, « Face à face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise », LPA, 12/02/2004, n° 31, p. 45.

¹²³⁶ P. BISSARA, « Le gouvernement d'entreprise en France », Rev. Soc., 2003, p. 51 ; P. BEZARD, art. préc.

¹²³⁷ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 68. V. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, art. préc. pour une analyse des décisions de justice. V. aussi plus particulièrement sur les abus de majorité J.-P. SORTAIS, « Abus de majorité, minorité, égalité », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 13 et s.

¹²³⁸ Cf. *supra*, n° 147 et s.

¹²³⁹ I. URBAIN-PARLEANI, « L'article 1835 et la raison d'être », Rev. Soc., 2019, p. 575.

¹²⁴⁰ Cf. *infra*, n° 258.

contraintes objectives à la gestion de la société en intégrant une « raison d'être » au sein de ses statuts¹²⁴¹ ou en lui imposant de tenir compte des enjeux sociaux et environnementaux.

Cette limite étant posée, il n'est pas besoin d'intégrer à l'intérêt social des considérations d'intérêt général ou d'intérêt de l'entreprise : des textes du droit objectif ou insérés aux statuts s'occupent déjà de les protéger.¹²⁴² L'affectation apporte déjà une limite à la gestion. Il ne reste à protéger que l'intérêt des propriétaires des biens du patrimoine, c'est-à-dire les associés.¹²⁴³ Cela passe par le choix d'une destination des biens conforme à leurs attentes. L'intérêt des associés n'est cependant pas monolithique comme le présentent certains auteurs¹²⁴⁴ et ne se résume pas à la recherche d'une rentabilité de court terme, même si cela peut être le cas pour certains au sein des grandes corporations. La grande majorité des associés souhaite que la société soit pérenne. Ils peuvent également avoir d'autres objectifs, le montage social s'insérant par exemple dans une opération plus vaste (implantation via la création d'une filiale, constitution d'une société civile propriétaire des locaux dans lesquels exerce une société commerciale...). Ces éléments doivent entrer en compte dans la prise de décision.

Les interprètes de l'intérêt social sont multiples¹²⁴⁵ : il s'agit en premier lieu des propriétaires eux-mêmes, qui l'expriment dans les statuts et lors des assemblées générales. Les règles d'unanimité et de majorité permettent de légitimer l'interprétation donnée, même si certains sont en désaccord avec l'orientation prise.¹²⁴⁶ Le même postulat qu'au sein des groupements non-personnifiés s'applique : l'intérêt social est assimilé à l'intérêt individuel de chaque membre, quelle que soit leur volonté exprimée. En deuxième lieu, le dirigeant prend les décisions de gestion courante au regard des orientations données par les associés et selon les méthodes présentées au-dessus.¹²⁴⁷ En dernier lieu, le juge (ou un autre organe de contrôle) peut

¹²⁴¹ I. URBAIN-PARLEANI, art. préc. ; A. VIANDIER, « La raison d'être d'une société (C. civ. art. 1835) », BRDA, 10/2019, 30.

¹²⁴² La question des moyens mis à dispositions pour ce faire est un autre problème. L'objectif du législateur est d'ailleurs probablement d'inciter au respect de ces normes par les entreprises sans les contraindre en les rattachant artificiellement à l'intérêt social, plutôt que de renforcer la réglementation des comportements néfastes.

¹²⁴³ Nous adhérons en ce sens à la thèse minimaliste présentée ci-dessus, mais d'après des fondements différents. Les associés doivent participer à la décision en tant que copropriétaires des biens sociaux, afin d'exprimer leur intérêt. Cela ne signifie pas que la gestion de la société ne doit pas être limitée par des règles générales (interdiction de certains comportements, quotas d'émission de pollution...) ou particulières (raison d'être, participation des salariés aux décisions...). Le développement de la cogestion (par les associés, les dirigeants et les salariés) dans les plus grandes sociétés et pour les décisions les plus importantes semble être une solution intéressante et fonctionne dans certains pays comme l'Allemagne. L'autre possibilité est d'ouvrir la qualité d'associé aux autres parties prenantes de l'entreprise, qui pourraient alors faire entendre leur voix et participer à la construction de la décision.

¹²⁴⁴ P. BISSARA, « L'intérêt social », art. préc. ; M. BERGERAC, A. BERNARD, art. préc.

¹²⁴⁵ P. BISSARA, « L'intérêt social », art. préc.

¹²⁴⁶ F. MASSON, *op. cit.*, n° 566 et s. Sur le développement de la primauté de l'unanimité sur un intérêt social institutionnel, v. A. LECOURT, « Le devoir de loyauté du dirigeant à l'épreuve de l'unanimité », RTD com., 2020, p. 659.

¹²⁴⁷ Cf. *supra*, n° 168 et s.

se substituer au dirigeant pour se faire l'interprète de ce que souhaitent les copropriétaires, et éventuellement favoriser certains au détriment des autres. Finalement, les mêmes méthodes que pour la gestion des biens d'une personne individuelle sont utilisées, avec quelques nuances causées par l'affectation opérée.

En conclusion, l'intérêt social n'est qu'un outil aux mains des juges servant à sanctionner une décision qui irait délibérément à l'encontre des intérêts des associés. L'un de ces intérêts est objectivé au sein de l'objet social, mais il ne faut pas confondre la décision contraire à cet intérêt objectivé et celle contraire à l'intérêt social dans son entier. Il est préférable d'admettre que ce dernier est bel et bien assimilé à l'intérêt des copropriétaires du groupement, de la même manière que pour ceux qui n'ont pas la personnalité morale. Cette solution se retrouve au sein des fonds communs, dont la gestion est proche de celle d'une société.

III L'intérêt des fonds communs

188. Gestion du fonds commun – Les fonds communs de placement ou de créances font partie de la catégorie des Organismes de placement collectifs de valeurs mobilières (OPCVM). Ces derniers peuvent revêtir deux formes : une forme sociale avec création de personne morale (SICAV) ou une copropriété sans personnalité morale. En tant que groupement personnifié, l'intérêt de la SICAV est déterminé de la même manière que vu précédemment. Le fonds commun est en revanche une bizarrerie juridique, dans laquelle la propriété et la gestion sont parfaitement dissociées : les porteurs de parts sont considérés comme étant les véritables propriétaires des biens composant le fonds, mais ils n'ont aucune prérogative sur eux.¹²⁴⁸ Seule la société de gestion a le pouvoir de réaliser des actes sur ces biens, sur le fondement d'un mandat confié par les porteurs.¹²⁴⁹ Les porteurs sont par ailleurs représentés par le fonds dans tous les actes réalisés sur les biens. C'est notamment le fonds qui a la qualité d'actionnaire et pas les porteurs de parts, ce qui est inhabituel pour une entité non-personnifiée.¹²⁵⁰

¹²⁴⁸ P. JESTAZ, « Fonds communs de placement », RTD civ., 1980, p. 180 ; T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », RTD civ., 1991, p. 1 ; M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 509-524.

¹²⁴⁹ M. STORCK, art. préc.

¹²⁵⁰ Y. GUYON, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », Rev. Soc., 1999, p. 551 ; M. STORCK, art. préc. ; A. TEHRANI, « Gestion collective d'actifs : le droit des sociétés a-t-il droit de cité ? », RTD com., 2016, p. 617 ; I. RIASSETTO, Lamy Droit du financement, 2020, n° 1706. Cela se justifie essentiellement par des raisons

Déterminer l'intérêt dans lequel doit agir la société de gestion n'est pas difficile, dans la mesure où la loi le précise clairement : il s'agit de l'intérêt exclusif des porteurs de parts.¹²⁵¹ Cette règle est logique puisque les porteurs sont les copropriétaires du patrimoine géré, et révèle le principe que nous voulons démontrer : le gestionnaire doit toujours agir dans l'intérêt du ou des propriétaires. On pourrait penser que l'intérêt des porteurs serait toujours le même, tendu vers une rentabilité de court terme. Le rôle des OPCVM est d'être un instrument d'investissement collectif, il offre à ses souscripteurs un service de gestion professionnel et rentable. La réalité est cependant plus complexe. L'intérêt des porteurs est défini en priorité dans l'acte constitutif du fonds.¹²⁵² En effet, celui-ci indique quelles sont les orientations que le fonds entend suivre lors de ses investissements, et de nombreuses nuances peuvent y être apportées. La nature des actifs composant le fonds, l'intensité des risques qu'il entend prendre, les secteurs dans lesquels il investit peuvent varier et ainsi limiter son action.¹²⁵³ De même, il peut s'engager à respecter une certaine ligne de conduite et tenir compte de l'impact social et environnemental de ses investissements, dans le but d'obtenir un label Investissement socialement responsable (ISR).¹²⁵⁴ En ce sens, le fonds commun fonctionne de la même manière qu'une personne morale, les biens qu'il contient étant affectés à une activité spécifique qui encadre sa gestion. En revanche, les porteurs n'ont aucun rôle à jouer dans cette gestion et n'expriment leur volonté qu'en adhérant à l'acte constitutif du fonds, ce qui se fait lors de l'acquisition d'une part.¹²⁵⁵ Le fonds commun est ainsi une institution spécifique où l'intérêt

pratiques, les porteurs de parts étant potentiellement nombreux et variables, il serait trop contraignant de devoir appliquer les règles classiques du droit des sociétés à chacun d'entre eux, notamment en matière de droit à l'information. Cf. *infra*, n° 359.

¹²⁵¹ Art. L. 214-9 C. mon. fin. I. RIASSETTO, *Lamy Droit du financement*, 2020, n° 1521.

¹²⁵² L'orientation de la gestion est dictée par le règlement constitutif du fonds, qui est rédigé par la société de gestion et agréé par l'Autorité des marchés financiers (art. 411-11 Règ. AMF). Les souscripteurs ne font qu'adhérer à ce règlement, dont la stratégie d'investissement est exposée dans un prospectus qui doit leur être remis (art. 411-113 et s. Règ. AMF ; Position AMF n° 2013-06, 17 et s.). La société de gestion doit contrôler le risque global lié à sa stratégie d'investissement lorsqu'elle prend ses décisions (art. 411-72 et s. Règ. AMF). Cf. *infra*, n° 306.

¹²⁵³ Pour un exemple récent, v. « H2O, filiale de Natixis, suspend des fonds à la demande de l'AMF », *Les Échos*, 28/08/2020 : plusieurs fonds administrés par le gestionnaire d'actifs H2O ont fait face à un risque de liquidité en raison d'une détention trop importante de titres privés dont la valorisation est incertaine. La valeur des titres étant incertaine, celle de la part du fonds l'est également, et elle devient alors illiquide (il devient plus difficile de l'échanger), ce qui peut entraîner une fuite des souscripteurs, et par conséquent une chute du prix de la part, au détriment des souscripteurs restant. L'AMF a donc décidé de suspendre toute nouvelle souscription et toute cession des parts de ces fonds pendant une durée de trois semaines, le temps que la société de gestion cantonne les titres litigieux au sein d'un nouveau fonds et apure la situation. Cet exemple démontre la nécessité pour le fonds de respecter les limites fixées par son règlement en termes de qualité des titres détenus et de maîtrise des risques, sous peine de sanction.

¹²⁵⁴ Sur ce sujet, v. le dossier V. MERCIER (dir.), « L'investissement socialement responsable : quelle crédibilité ? », *BJB*, 2014, n° 9.

¹²⁵⁵ M. STORCK, « Gouvernement d'entreprise et gestion collective », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Béguin*, Paris, Litec, 2005, p. 701-717.

des porteurs se confond avec l'affectation prévue au sein de son acte constitutif. La société de gestion doit simplement respecter cette affectation, sans avoir à interpréter continuellement l'intérêt des porteurs.

189. Articulation entre intérêt du fonds et intérêt social – Le fonds étant composé de valeurs mobilières, celle-ci peuvent être des actions, auxquelles est attribué un droit de vote. Les porteurs de parts ne pouvant réaliser aucune prérogative relative aux biens contenus dans le patrimoine, c'est la société de gestion, représentant le fonds qui a la qualité d'associé, qui doit exercer ce droit. Il s'agit d'une situation de patrimoines imbriqués¹²⁵⁶ dans laquelle un patrimoine secondaire (le fonds commun) contient des parts d'un autre patrimoine secondaire (la société). Il existe un risque de divergence entre l'intérêt des porteurs de part et celui des associés. De nombreux auteurs alertent ainsi sur la place que prennent les OPCVM au sein de la financiarisation des sociétés.¹²⁵⁷ Même si la loi et leurs règlements les empêchent de détenir des parts trop importantes au sein de chaque société pour des raisons de prévention des risques d'investissement, la concentration de capital qu'ils impliquent les rendent très influents auprès des dirigeants. Certains craignent que les sociétés de gestion préfèrent privilégier une rentabilité à court terme, quitte à mettre en péril la pérennité de la société.¹²⁵⁸ D'autant plus que la loi leur impose de prendre part aux votes au nom du fonds commun, et ce faisant d'agir dans l'intérêt exclusif des porteurs de parts, à l'exclusion donc de l'intérêt social. Néanmoins, il semblerait que la pratique soit différente.¹²⁵⁹ D'abord, les sociétés de gestion adaptent leurs décisions à l'activité de la société, la valeur de l'action dépendant au moins en partie de la pérennité de cette dernière.¹²⁶⁰ Ensuite, les fonds communs s'imposent de plus en plus de respecter certaines règles de conduite favorisant l'aspect social de leurs investissements.¹²⁶¹ Enfin, même si la société de gestion est tenue de préférer l'intérêt des porteurs à l'intérêt social, si une décision y est manifestement contraire, elle reste sanctionnable par l'abus de minorité (ou de majorité lorsque le fonds vote avec un associé majoritaire).¹²⁶² Il y a donc peu de risques que l'intérêt des porteurs et l'intérêt social divergent, et même si c'est le cas, des garde-fous existent (mais

¹²⁵⁶ Cf. *supra*, n° 143.

¹²⁵⁷ V. par exemple I. PARACHKEVOVA, « Les obligations des fonds d'investissement au sein des sociétés cotées », *Rev. Soc.*, 2015, p. 75.

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ R. KADDOUCH, « L'obligation de vote du gérant d'OPCVM dans la loi de sécurité financière », *D.* 2004, p. 796 ; M. STORCK, « Gouvernement d'entreprise... », art. préc.

¹²⁶⁰ M. FLEURIET, « Défense et illustration des fonds de pension », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 83, p. 40. Cet argument est cependant contestable, la valeur de l'action étant influencé par de nombreux autres facteurs.

¹²⁶¹ I. PARACHKEVOVA, art. préc.

¹²⁶² N. CUZACQ, « Le vote des gestionnaires d'OPCVM », *Rev. Soc.*, 2006, p. 491. *Contra*, I. PARACHKEVOVA, art. préc.

pourraient être renforcés) afin de faire primer la poursuite de l'activité plutôt que le profit de quelques-uns.

Finalement, la détermination de l'intérêt des groupements ne présente pas de difficulté particulière. De la même manière que pour la gestion des biens d'une personne individuelle, la volonté des propriétaires passe au second plan et le gestionnaire devient l'interprète principal de leur intérêt. Quelle que soit la nature du groupement, le gestionnaire doit toujours chercher à satisfaire l'intérêt des copropriétaires et pas un intérêt supérieur autonome. Lorsque le patrimoine est affecté, des limites objectives orientent l'action du gestionnaire qui doit les respecter tout en s'assurant de l'accomplissement de sa mission principale, la satisfaction de l'intérêt des copropriétaires. La détermination de ce dernier suit le même processus que lorsque le propriétaire est unique : respect des directives énoncées dans l'acte constitutif, orientation générale donnée par la loi, prise en compte de la volonté actuelle des propriétaires et des circonstances objectives, et au besoin, intervention d'un tiers contrôleur.

190. Conclusion du chapitre – La gestion des biens d'autrui se distingue fondamentalement du modèle du propriétaire-gestionnaire pour une raison simple : l'interprète de l'intérêt à satisfaire est dans un cas le titulaire de cet intérêt, dans l'autre, un tiers. L'individualisme libéral postule que la volonté d'une personne est conforme à son intérêt, c'est pourquoi lorsque cette personne décide pour elle-même, cette volonté est suffisante. En revanche, lorsqu'un tiers est intermédiaire, il est nécessaire d'opérer un contrôle supplémentaire pour s'assurer du respect de l'intérêt du propriétaire. En contrepartie, le gestionnaire-tiers devient l'interprète officiel de cet intérêt, parfois même prioritairement à la volonté du propriétaire. Il dispose pour sa mission de plusieurs sources d'informations, lui permettant d'orienter ses décisions. Lorsque les propriétaires sont multiples, le gestionnaire doit satisfaire leur intérêt commun, en recherchant un équilibre entre leurs intérêts individuels au sein du groupement, tout en tenant compte de l'affectation éventuelle du patrimoine. Sans être un intérêt transcendant, l'intérêt commun est toutefois assimilé à chaque intérêt individuel une fois déterminé, ce qui permet de passer outre la volonté exprimée de certains copropriétaires.

191. Conclusion du titre – A ce stade de la démonstration, nous pouvons confirmer une chose : la finalité de la gestion des biens d'autrui, en tant que notion juridique, est de s'assurer du respect de la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. Elle comporte des points communs avec le modèle du propriétaire-gestionnaire puisqu'elle est comme lui soumise aux

contraintes de gestion imposées par la nature ou la finalité de certains biens particuliers ou par l'affectation d'un patrimoine. Sa caractéristique propre se remarque au stade de la détermination de l'intérêt du propriétaire. Alors qu'il l'exprime lui-même lorsqu'il est gestionnaire, le propriétaire se voit imposer l'interprétation qu'en fait le gestionnaire lorsqu'il est un tiers. Cette situation impose l'existence de règles dont le but est de s'assurer que la gestion est bien orientée vers la satisfaction de l'intérêt du propriétaire, et pas un autre but. C'est là la finalité de la notion de gestion des biens d'autrui.

192. Conclusion de la partie – Les développements précédents confirment l'intérêt d'intégrer la notion de gestion des biens d'autrui au sein du système juridique. En tant que catégorie juridique, elle rassemble toutes les situations dans lesquelles une personne accomplit un acte juridique ou matériel sur un bien dont elle n'est pas exclusivement propriétaire. Il a fallu pour cela admettre que propriété et gestion étaient deux notions distinctes, l'une renvoyant à l'usage concret d'un bien et l'autre à l'accomplissement d'actes visant à permettre cet usage. Ce faisant, nous avons pu constater que le fondement de cette situation était le transfert de gestion opéré par une source juridique conventionnelle, judiciaire ou légale, ce qui nous a donné un aperçu de l'étendue des régimes qu'elle recouvrait. Pour justifier son intérêt en droit positif, nous avons ensuite recherché sa fonction au sein du système. En comparant la gestion des biens d'autrui au modèle du propriétaire-gestionnaire, nous avons constaté que des contraintes de gestion s'appliquaient indépendamment de l'identité du gestionnaire, et les avons exclues, pour nous concentrer sur ce qui fait réellement la particularité de la gestion des biens d'autrui : la détermination par le gestionnaire de l'intérêt du propriétaire. Il faut donc en déduire que sa fonction est de satisfaire l'intérêt du propriétaire, et que les effets qui sont attachés à la notion doivent aller en ce sens. Partant de ce point de départ, il convient à présent d'exposer le contenu de la théorie générale de la gestion des biens d'autrui.

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA GESTION DES BIENS D'AUTRUI

193. Renvois fréquents au mandat – Après avoir exposé la notion de gestion des biens d'autrui, notre objectif est à présent de démontrer qu'il est possible d'en dégager une théorie générale. Mais il convient d'abord d'envisager la possibilité d'un droit commun.¹²⁶³ Cela signifierait qu'un corpus de règles communes et subsidiaires constituent la base de tous les régimes de gestion des biens d'autrui.¹²⁶⁴ L'étude des différents régimes pourrait amener l'observateur à conclure à l'existence d'un tel droit commun, incarné par le régime du mandat des articles 1984 et suivants du Code civil.¹²⁶⁵ En effet, de nombreux textes font référence aux règles du mandat pour décrire l'organisation de la relation entre les parties.¹²⁶⁶ Certaines relations juridiques sont qualifiées de mandats pour en souligner la proximité de régime, alors que cette qualification est discutable.¹²⁶⁷ D'autres mécanismes renvoient à des normes qui elles-mêmes s'inspirent du mandat.¹²⁶⁸

La conséquence de ces nombreux renvois est que les régimes de gestion des biens d'autrui comportent souvent des règles proches quant à leurs effets. Le gestionnaire est assimilé au mandataire pour la délimitation de ses pouvoirs, l'effet des actes qu'il accomplit ou l'engagement de sa responsabilité. Le renvoi est un outil intéressant dès lors qu'il est bien utilisé, ce qui est le cas en matière de gestion des biens d'autrui. Pour être efficace, il faut que

¹²⁶³ Sur cette distinction, cf. *supra*, n° 6.

¹²⁶⁴ « Est de droit commun toute disposition dont l'objet ou le domaine d'application est soit indéfini soit défini mais servant de texte de référence à des dispositions à objet plus restreint. » B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, Lille, ANRT, 1987, n° 11. Sur la notion de droit commun et son aspect subsidiaire, cf. N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2016.

¹²⁶⁵ V. par ex. P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2004, VI, qui parle du mandat comme « l'archétype du contrat de gestion, le mode traditionnel de gestion des biens d'autrui » ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 210 et s., qui fonde le mandat sur la notion « d'intermédiaire » et propose de l'étendre à d'autres régimes ; P.-Y. GAUTIER, « Nature et régime juridique du mandat : jeux croisés », in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 89-96, qui considère que le mandat est le prototype du contrat de gestion.

¹²⁶⁶ Liste non-exhaustive : art. 424 C. civ. (responsabilité du mandataire de protection future et de la personne titulaire d'une habilitation judiciaire) ; art. 478 C. civ. (régime du mandat de protection future) ; art. 494-1 C. civ. (régime de l'habilitation familiale) ; art. 812-1-4 C. civ. (régime du mandat à effet posthume) ; art. 1301 C. civ. (obligations du gérant d'affaires)...

¹²⁶⁷ C'est le cas du mandat tacite, du mandat judiciaire, du mandat apparent ou du mandat social. Sur toutes ces qualifications, cf. *supra*, n° 109.

¹²⁶⁸ On peut le constater lorsque le texte renvoie aux règles de la gestion d'affaires. Ex. : art. 219 C. civ. (gestion des biens propres du conjoint) ; art. 815-4 C. civ. (indivisaire qui agit en représentation d'un autre) ; art. 436 C. civ. (gestion des biens d'une personne sous sauvegarde de justice).

la règle visée soit claire, bien connue, et facile d'accès. Or, le régime du mandat est l'un des mieux connus et des plus simples du Code civil. De plus, il est conforme à tous les principes fondamentaux de la gestion des biens d'autrui.

194. Caractéristiques du mandat – Faut-il en déduire que le mandat constitue une sorte de droit commun de la gestion des biens d'autrui ? Ce serait exagérer la portée de ces renvois. Pour le comprendre, il convient de s'intéresser aux caractéristiques essentielles du mandat. Rappelons qu'historiquement, le mandat était en droit romain un contrat gratuit et sans représentation, qui permettait la réalisation d'actes de n'importe quelle nature.¹²⁶⁹ La rémunération du mandataire a progressivement été admise, et la représentation a finalement été présentée comme le critère essentiel du mandat.¹²⁷⁰ Les critères du mandat sont encore discutés aujourd'hui.¹²⁷¹ Il nous semble que deux caractéristiques essentielles permettent de distinguer le mandat des autres mécanismes qui lui sont proches : la nature contractuelle et la représentation.¹²⁷²

Le mandat est un contrat parce que c'est ainsi qu'il est défini au sein du Code civil¹²⁷³, ce qui le distingue des autres types de gestion des biens d'autrui dont la source est judiciaire ou légale, malgré la qualification que la loi leur attribue.¹²⁷⁴ La nature contractuelle du mandat

¹²⁶⁹ M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 8 ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 39 et s. ; F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité : Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 593-630 ; L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité : Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. Dissaux (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, op. cit., p. 1-38. Sur l'Ancien droit et l'évolution du mandat, v. J.-L. GAZZANIGA, « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », *Droits*, 1987, n° 6, p. 21-30.

¹²⁷⁰ Le critère de la représentation s'est imposé au XIX^{ème} siècle sous la plume notamment de J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 4, 1837, n° 270. La jurisprudence a ensuite confirmé cette théorie (Cass. Civ., 14/04/1886 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19/02/1968 ; D. 1968. 393). Le législateur continue cependant à qualifier de mandats des contrats sans représentation, à tel point qu'il existe une contradiction entre la définition étroite qu'applique la jurisprudence et la conception large donnée par la loi (D. TOMASIN, « A la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 203-237). Sur la représentation, cf. *infra*, n° 342 et s.

¹²⁷¹ P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157.

¹²⁷² Dans le même sens, P. LE TOURNEAU, art. préc. ; M. CANTIN CUMYN, op. cit., n° 38 et s. ; S. ASECIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Rev. Soc.*, 2000, p. 683 ; P.-F. CUIF, op. cit., n° 138 et s. Un auteur y ajoute la libre révocabilité (I. NAJJAR, « Mandat et révocabilité », D. 2003, p. 708).

¹²⁷³ L'article 1984 C. civ. parle d'un « acte » (alinéa 1) et d'un « contrat » (alinéa 2). Dans le même sens, D. TOMASIN, art. préc. ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 1.

¹²⁷⁴ Sur cette extension de la qualification de mandat, v. M. CANTIN CUMYN, op. cit., n° 30-31. Le mandat judiciaire, par exemple, n'est pas un mandat au sens strict. De même, les mandataires à la protection des majeurs ou dans le cadre de la procédure collective ne sont pas soumis aux règles du mandat sauf renvoi exprès. Le mandat tacite, en revanche, est bien un mandat, mais ses conditions de formation sont allégées (C. LAZERGES, « Les mandats tacites », *RTD civ.*, 1975, p. 222-247 ; F. BICHERON, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, op. cit., p. 97-113, cf. *supra*, n° 109). Le mandat apparent n'en est pas réellement un (cf. *infra*, n° 373).

emporte un certain nombre de conséquences : son contenu est déterminé par les parties, le mandataire est obligé envers le mandant et c'est à lui qu'il doit rendre des comptes, le mandant dirige l'action du mandataire et contrôle sa mission. Surtout, elle implique que le mandataire doit se référer en priorité au mandant pour déterminer l'intérêt à satisfaire.¹²⁷⁵

Le mandat entraîne une représentation parfaite au sein des actes réalisés par le mandataire au nom du mandant.¹²⁷⁶ On en retire deux conséquences : les contrats qui prévoient une représentation imparfaite ne sont pas des mandats, et ceux qui permettent la réalisation d'actes matériels n'en sont pas non plus. Le mandat a pour unique fonction de permettre la réalisation d'actes juridiques.¹²⁷⁷

195. Exclusion du mandat comme droit commun – Au regard de ces éléments, il paraît clair que le mandat ne peut constituer un droit commun de la gestion des biens d'autrui. Sa nature et ses effets empêchent cette possibilité. En effet, la gestion des biens d'autrui s'exerce *via* de nombreux mécanismes dont certains ne sont pas contractuels et/ou n'engagent pas de représentation parfaite.¹²⁷⁸ D'autres n'ont même aucun rapport avec les règles du mandat et n'effectuent aucun renvoi vers celles-ci.¹²⁷⁹ La raison pour laquelle le mandat occupe une place centrale en matière de gestion des biens d'autrui n'est pas théorique mais pratique. C'est la notoriété et la simplicité de ce régime qui en font un modèle pour tous les mécanismes qui usent de l'outil contractuel ou de la représentation. En réalité, ce n'est pas le mandat qui est visé par les renvois, mais les effets auxquels il donne lieu : l'engagement du mandant à l'acte conclu, la responsabilité du mandataire en cas de faute, la délimitation de ses pouvoirs...¹²⁸⁰

¹²⁷⁵ Cf. *supra*, n° 170.

¹²⁷⁶ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 320 ; M.-L. IZORCHE, « A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, p. 369 ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 28 ; M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, Paris, LexisNexis/Litec, 2000, n° 20 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 66 et s. *Contra*, estimant que le mandat peut exister sans représentation : N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 243 et s. ; S. HEBERT, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », D. 2008, p. 307 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 647 ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2019, n° 654. Cf. *infra*, n° 346 sur cette distinction.

¹²⁷⁷ P.-Y. GAUTIER, « Les fluctuations historiques de la frontière mandat/entreprise, ou à partir de quel moment le produit est considéré comme vendu, dans l'intérêt commun, dans un grand magasin », RTD civ., 2002, p. 323 ; F. LABARTHE, « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, *op. cit.*, p. 39-47 ; C. GRIMALDI, « Mandat et courtage », *ibid.*, p. 79-88. *Contra*, N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 224 et s., qui explique qu'il s'agit d'une solution idéologique libérale et individualiste ; F. LEDUC, art. préc., n° 21, qui considère que le mandat permet d'exercer le droit subjectif du mandant, ce qui peut se faire juridiquement ou matériellement. Cf. *infra*, n° 344.

¹²⁷⁸ Cf. *supra*, n° 113 et s.

¹²⁷⁹ On pense notamment à la fiducie, aux droits sur la chose d'autrui ou aux procédures collectives.

¹²⁸⁰ Un auteur parle de « contrat à tout faire », utilisé comme « instrument technique » servant à la conclusion ou à l'exécution d'autres conventions (P. LE TOURNEAU, art. préc.).

Or, ces effets ne sont pas liés à l'essence du mandat mais soit aux principes issus de la théorie générale de la gestion des biens d'autrui, soit attachés au mode de relations avec les tiers utilisé (la représentation).¹²⁸¹ Il serait tout à fait possible de se passer de tels renvois et de rappeler simplement les règles relatives à la représentation ou à la responsabilité du gestionnaire au sein de chaque régime¹²⁸², mais pour plus de commodité, les textes font référence au plus ancien et mieux connu de ces régimes.

196. Existence d'une théorie générale – Étant entendu que le mandat ne constitue pas un droit commun de la gestion des biens d'autrui, la question se pose de l'existence d'une théorie générale. La théorie générale est une construction doctrinale dont le but est de proposer une articulation cohérente des normes existantes autour de principes communs.¹²⁸³ Son but n'est pas de nier les divergences entre les différents régimes mais d'en faire ressortir les convergences, pour en retirer les principes fondamentaux qui les relient implicitement.¹²⁸⁴ Notre rôle consiste à présenter ces principes transcendants et mettre en lumière leur mise en œuvre au sein des différentes normes.

La théorie générale de la gestion des biens d'autrui doit cependant être scindée en deux corps de règles, qui répondent à deux finalités distinctes. Le premier régit les relations entre le gestionnaire et le propriétaire. Elles visent à orienter la gestion dans le sens de la satisfaction de l'intérêt de ce dernier. Trois principes fondamentaux rejaillissent à toutes les étapes de la gestion pour s'assurer que cette finalité est bien respectée : la loyauté, la diligence et la prudence. Il convient d'analyser en détail ces normes pour le découvrir (Titre 1).

Le second corpus de normes est relatif aux relations que le propriétaire et le gestionnaire entretiennent avec les tiers. Elles visent à assurer le rayonnement de la situation et l'efficacité

¹²⁸¹ A tel point qu'il existait une véritable confusion entre mandat et représentation, à laquelle l'ordonnance n° 2016-131 du 10/07/2016 a mis fin en introduisant un droit commun de la représentation, faisant référence aux différentes sources dont elle peut émaner. P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », JCP G, 2016, n° 20-21, 580 ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », D. 2016, p. 1942. Cf. *infra*, n° 342.

¹²⁸² C'est par exemple ce qui a lieu en matière de fiducie : l'article 2026 C. civ. dispose que le fiduciaire est « responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission », tout comme le mandataire « répond des fautes qu'il commet dans le cadre de sa gestion » (art. 1992 C. civ.). Un renvoi à ce texte aurait très bien pu se faire, mais il n'était pas nécessaire car ce n'est pas le mandat qui fonde cette règle mais le principe de diligence (cf. *infra*, n° 202). Sur la proximité entre mandat et fiducie, v. J. ROCHFELD, « La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses », RTD civ., 2007, p. 412.

¹²⁸³ Cf. *supra*, n° 6.

¹²⁸⁴ « L'expérience montre que le droit s'est formé à partir d'une notion fondamentale et de quelques principes, autour desquels sont venues s'articuler des législations spécifiques. » P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984, chron. 27, p. 97, n° 2. V. aussi G. WICKER, « La notion de patrimoine », in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244, n° 7.

de la gestion opérée auprès de tous. Il est néanmoins nécessaire de tenir compte de l'intérêt des tiers, ce qui affecte l'application des différents mécanismes mis en œuvre. Le droit positif recherche donc un équilibre entre les intérêts et prévoit des mesures pour l'atteindre (Titre 2).

Titre 1 : L'action du gestionnaire dans l'intérêt du propriétaire

197. Principes communs – La théorie générale de la gestion des biens d'autrui est fondée sur des principes essentiels, qui régissent l'ensemble des relations entre propriétaire et gestionnaire. Tout gestionnaire est soumis à des obligations fondamentales.¹²⁸⁵ Celles-ci sont au nombre de trois : la loyauté, la diligence et la prudence. Elles se justifient par la nature de la mission confiée : la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. Cette finalité générale se matérialise par ces devoirs.

Pourquoi se limiter à ces trois principes, et comment les déterminer ? D'autres auteurs adoptent des classifications différentes.¹²⁸⁶ Certains voient dans les régimes de gestion de biens d'autrui une application des devoirs fiduciaires.¹²⁸⁷ Issus de la doctrine anglo-saxonne, les devoirs fiduciaires apparaissent lorsque quatre conditions sont réunies : un pouvoir attribué à une personne, la possibilité de l'exercer pour affecter les intérêts d'une seconde personne, la vulnérabilité de celle-ci et la confiance raisonnablement placée de la seconde envers la

¹²⁸⁵ B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 609.

¹²⁸⁶ Mme Balivet préfère qualifier ces devoirs d'obligations communes à tous les régimes de gestion des biens d'autrui, et distingue celles qui s'appliquent en début et fin de mission (détermination des biens gérés et reddition de compte) et celles qui s'appliquent en cours de mission (obligations de gérer personnellement, avec prudence, diligence et loyauté) (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 610 et s. et 653 et s.). Elle retient donc les principes de loyauté, de diligence et de prudence mais les sépare d'autres obligations autonomes. Dans sa thèse, M. Pétel retient des « devoirs communs à tous les mandataires » quelque peu différents : il ne mentionne pas la prudence et évoque, en plus de la diligence et de la loyauté, « le respect des instructions du mandant » (P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, coll. BDE, p. 28 et s.). L'exclusion de la prudence est causée par sa dilution au sein des différentes obligations du mandataires dans sa thèse. Le choix du respect des instructions du mandant est contestable : d'abord, ces instructions sont facultatives et si cette obligation se justifie dans les situations contractuelles (rappelons que la thèse de M. Pétel ne traite que du mandat), elle n'existe pas dans d'autres situations de gestion des biens d'autrui, comme la gestion d'affaires. Ensuite, le respect des instructions du mandant n'est pas une obligation absolue : il est possible pour le mandataire de s'en défaire dans certains cas (ce qu'admet d'ailleurs l'auteur : *ibid.*, p. 76-77), or les autres sont des principes fondamentaux irrévocables. En réalité, les instructions du mandant servent à déterminer son intérêt, et donc la finalité de la gestion (cf. *supra*, n° 170.), mais leur respect n'est pas une obligation en tant que telle. La violation de ces instructions pourra éventuellement (mais pas nécessairement) être interprétée comme une violation de l'intérêt du propriétaire, et commander une sanction à ce titre, mais il faudra alors prouver en quoi l'acte va à l'encontre de cet intérêt.

¹²⁸⁷ F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Cahors, Litec, coll. BDE, 2004, n° 555 et s. ; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2015, n° 647 et les références citées. La plupart du temps, ces auteurs s'intéressent au pouvoir de direction du dirigeant de société, mais ils étendent ces devoirs à tous les contrats fondés sur la confiance, et notamment aux contrats de gestion. V. J. RIGGS, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux américains », *Gaz. Pal.*, 2000, p. 62 ; J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Paris, LGDJ, 2002, p. 79-85 ; J. MARIA PEREZ, « Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux américains », *Rev. Soc.*, 2003, p. 195 ; L. GODON, « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés », *Rev. Soc.*, 2005, p. 140 ; S. ROUSSEAU, « L'encadrement des conflits d'intérêts dans le droit nord-américain des sociétés : le rôle des règles et des normes de conduite », *RTD com.*, 2013, p. 611.

première.¹²⁸⁸ Ils se composent de deux obligations seulement, la loyauté et la diligence, mais à cette dernière est souvent ajoutée la notion de prudence.¹²⁸⁹

Il nous semble cependant que l'énumération de ces trois principes se justifie pour plusieurs raisons.¹²⁹⁰ D'abord, on en retrouve la trace dans plusieurs textes. Ils sont énumérés le plus clairement à l'article 496 du Code civil, qui dispose dans son deuxième alinéa : « Il (le tuteur) est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée. » Sont spécifiquement visées la prudence et la diligence¹²⁹¹, et la mention du « seul intérêt de la personne protégée » renvoie au devoir de loyauté. Ce texte s'applique uniquement au droit des personnes protégées, néanmoins, on retrouve ces éléments dans l'ensemble des gestions de biens d'autrui, et même dans tous les cas où une personne doit réaliser une mission.¹²⁹² Ensuite, ces trois principes nous semblent être cohérents dans ce contexte. Dans le sens courant, la mission est une « charge donnée à quelqu'un d'accomplir une tâche définie ». ¹²⁹³ En droit, cela signifie qu'une personne est engagée à réaliser certaines obligations juridiques en vue d'une finalité particulière. Or, la logique impose que quelles que soient la finalité visée et les obligations spécifiquement mises à sa charge, le débiteur devra à la fois ne pas accomplir d'acte qui risquerait de mettre en péril la mission (prudence), ne pas agir dans une autre finalité que celle prévue dans l'acte constitutif (loyauté), et accomplir du mieux possible tous les actes nécessaires et utiles à la réalisation de la mission (diligence).

Ces trois principes s'imposent par conséquent par défaut, en dehors de toute prescription de l'acte constitutif. En revanche, leur intensité peut varier selon les situations. Il est bien évident que des parties à un contrat de vente ont un devoir de loyauté moindre par rapport à un tuteur envers la personne protégée, ou un dirigeant de société envers les associés de celle-ci. Il a déjà été démontré que la gestion des biens d'autrui avait pour fonction principale le respect de l'intérêt du propriétaire.¹²⁹⁴ Or, ces trois principes sont les garanties immédiates de ce

¹²⁸⁸ C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 649.

¹²⁸⁹ Sur la distinction entre prudence et diligence, cf. *infra*, n° 204.

¹²⁹⁰ Comp. art. 1309 C. C. Q. : « L'administrateur doit agir avec prudence et diligence. Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie. » De même, art. 2138 C. C. Q. : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence. Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant. »

¹²⁹¹ Le législateur ajoute l'adjectif « avisé », mais les deux termes vont dans le même sens.

¹²⁹² J.-M. PLAZY, « Ouverture », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 39-42, n° 3. L'article 385 C. civ., sur l'administration légale, est rédigé de la même manière. V. également l'article 314-3 Règ. AMF : « Le prestataire de services d'investissement agit d'une manière honnête, loyale et professionnelle, avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, afin de servir au mieux l'intérêt des clients et de favoriser l'intégrité du marché. »

¹²⁹³ Dictionnaire Larousse, v° « Mission ».

¹²⁹⁴ Cf. Chapitre précédent.

respect. A elles trois, elles couvrent le champ de toutes les situations où un gestionnaire viole l'intérêt du propriétaire, soit en mettant en péril la mission (prudence), soit en privilégiant un autre intérêt (loyauté), soit en étant négligent (diligence). C'est ainsi que se matérialise le contenu de la théorie générale de la gestion des biens d'autrui dans les relations entre propriétaire et gestionnaire.

198. Nature juridique – Il convient au préalable de se questionner sur la nature juridique de ces obligations. Même si elles se retrouvent dans tous les régimes de gestion des biens d'autrui, elles ne sont pas nécessairement fixées par des règles légales ou contractuelles. Matériellement, il ne s'agit que de principes abstraits, elles ne peuvent rien imposer. Elles peuvent en revanche fonder et inspirer d'autres règles concrètes. Parler d'obligations au sens strict n'est alors pas juridiquement exact. Le terme de « devoir » est également galvaudé et contesté, mieux vaut donc l'abandonner.¹²⁹⁵ Selon les définitions données par certains auteurs, il est possible de les qualifier de principes juridiques.¹²⁹⁶ Il s'agit de normes directrices, visant à orienter la gestion et à fonder les règles concrètes qui vont s'appliquer au gestionnaire.¹²⁹⁷ Il est donc abusif de parler d'obligations au sens strict, il vaut mieux y voir des principes généraux du droit.¹²⁹⁸ Ils peuvent ainsi être invoqués pour justifier l'application d'une règle particulière, comme une sanction par exemple, mais ne constituent pas des obligations spécifiques. Les

¹²⁹⁵ Le devoir serait, selon certains auteurs, une obligation pesant sur tout individu envers tous les autres. Ainsi, il existerait un devoir de ne pas faire de tort à autrui, qui justifierait l'engagement de la responsabilité civile délictuelle en cas de faute. Il s'agit en quelque sorte d'une obligation légale qui n'a pas de créancier déterminé mais dispose d'une sanction en cas de violation. Elle permettrait d'expliquer comment certaines obligations peuvent être semblables quelle que soit leur source. Cela implique de reconnaître aux devoirs la même nature que des obligations particulières. V. par ex. H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », RTD civ., 1936, p. 1, n° 40 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 2012, n° 257 et s. En matière de gestion des biens d'autrui, le créancier est déterminé puisqu'il s'agit du propriétaire, et il peut en exiger le respect.

¹²⁹⁶ Il convient de préférer le concept de principe à celui de standard, car le premier est normatif et contraignant alors que le second n'est « qu'une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Le standard vise à permettre la mesure de comportements et situations en termes de normalité. » S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, n° 93, p. 120. De même, P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 65, p. 60 ; N. DISSAUX, « Les standards doctrinaux », RDA, 2014, n° 9, p. 36 ; P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts », RTD com., 2005, p. 1, n° 45-46, qui préconise la création d'un principe général du droit pour rendre le standard juridique de la loyauté contraignant.

¹²⁹⁷ M. STATI, *Le standard juridique*, Paris, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, p. 59 : « Le principe juridique désigne une idée générale commune à une certaine catégorie de règles juridiques et dégagée de celles-ci par voie d'induction, en procédant par abstraction logique en éliminant les particularités de chaque règle. »

¹²⁹⁸ M. Aynès parle d'un « devoir absolu » concernant la loyauté, cf. L. AYNES, « L'obligation de loyauté », APD, 2000, p. 195-204.

principes ont toute leur place dans la construction d'une théorie générale puisqu'ils en constituent les fondements.¹²⁹⁹

199. Articulation entre les principes – Puisque ces principes ont vocation à ne rester que des maximes orientant la gestion, et ne créent par eux-mêmes aucun effet juridique direct, ils ne disposent pas de champs d'application précisément délimités. Il est même possible de considérer qu'ils ne sont que des parties d'un même tout : la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. Leur recoupement est donc possible.¹³⁰⁰ La prudence vise à empêcher que la mission soit mise en péril. Elle implique une appréciation objective des effets de l'acte conclu. La loyauté impose de privilégier la finalité de la mission face à une autre. Elle nécessite une appréciation à la fois objective (l'acte porte-t-il atteinte à la finalité ?) et subjective (le gestionnaire a-t-il l'intention d'accomplir la finalité prévue ?). La diligence exige la réalisation optimale de tous les actes nécessaires et utiles à la gestion. Son appréciation est objective (les actes utiles et nécessaires ont-t-ils été réalisés ?) et partiellement subjective (le gestionnaire aurait-il pu mieux faire au regard de sa qualité ?). Il est donc possible d'envisager une règle fondée à la fois sur le devoir de prudence et le devoir de loyauté¹³⁰¹, une autre fondée à la fois sur les devoirs de loyauté et de diligence¹³⁰², et encore une autre fondée sur les devoirs de diligence et de prudence¹³⁰³. Leur souplesse permet d'embrasser toutes les situations, et démontre leur aspect fondamental. Il convient de les présenter successivement pour mieux les appréhender.

200. Notion de loyauté – La loyauté est un élément fondamental de la gestion des biens d'autrui.¹³⁰⁴ On y trouve des références dans la plupart des régimes.¹³⁰⁵ Le terme est issu

¹²⁹⁹ Cf. *supra*, n° 6.

¹³⁰⁰ « A la vérité, il n'y a pas de frontière nette entre ces deux devoirs (de loyauté et de diligence). Quelle différence y a-t-il entre le fait de travailler moins que promis pour le salaire versé (manque de diligence) et celui de se rémunérer plus que convenu pour le travail effectué (manque de loyauté) ? » P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 238. V. aussi C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 651.

¹³⁰¹ Ex : Lorsque la finalité de la gestion implique la conservation d'un bien en nature, la prudence et la loyauté interdisent au gestionnaire d'en faire l'acquisition à son compte.

¹³⁰² Ex : Un dirigeant de société qui omet d'acquiescer un marché au nom de la société dans le but d'en faire profiter une autre société dans laquelle il serait actionnaire viole à la fois le devoir de loyauté et le devoir de diligence.

¹³⁰³ Ex : Une société de gestion qui échangerait tous les actifs d'un fonds contre un actif unique et risqué manquerait aux devoirs de prudence et de diligence.

¹³⁰⁴ F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », RRJ, 2008-3, p. 1323-1338. M. Cuif en fait une obligation principale de son contrat de gestion (P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 631 et s.).

¹³⁰⁵ Pour la représentation en général : P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 224 et s. Pour le droit des personnes protégées : art. 385 et 496 al. 2 C. civ. (« dans le seul intérêt de la

de l'ancien français du Moyen-Âge, rendu populaire dans le milieu de la chevalerie. La loyauté est alors une qualité attribuée à un chevalier se comportant avec honneur, du fait de sa fidélité et du respect de sa parole. Étymologiquement, le mot est dérivé du latin « *legalis* », qui signifie « conforme à la loi ». ¹³⁰⁶ La notion se trouve donc à la croisée entre le droit et la morale. Son appréhension peut être difficile car sans être une réelle obligation juridique, elle irrigue les rapports sociaux et donc juridiques. Un article de référence la définit comme la garantie de la conformité entre le comportement attendu et celui réalisé. ¹³⁰⁷ La loyauté est alors l'inverse de la duplicité. Une personne n'est loyale que si elle respecte le comportement qu'elle est supposée avoir, du fait du rôle qui lui a été confié. La source de ce rôle est indifférente. ¹³⁰⁸

La loyauté peut prendre de nombreuses formes et être plus ou moins intense. Le professeur Aynès distingue plusieurs types de relations qui peuvent impliquer un devoir de loyauté, selon des degrés divers. La gestion des biens d'autrui fait partie de ce qu'il nomme les « relations de confiance ». ¹³⁰⁹ Dans celles-ci, l'exigence de loyauté est très forte car une partie confie ou partage avec l'autre son intérêt, et donc des pouvoirs sur ses droits, ce qui la rend vulnérable. ¹³¹⁰ Ces pouvoirs sont confiés en vue d'une mission, et la loyauté est la garantie que cette mission sera respectée. ¹³¹¹ Il s'agit d'une contrepartie aux pouvoirs conférés. Ce devoir

personne protégée »). Pour le droit des sociétés : H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com., 1999, p. 273 ; M. LATHÉLIZE-BONNEMAIZON, « Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés », LPA, 23/06/2000, n° 7, p. 125 ; B. PETIT, « L'évolution du devoir de loyauté en droit des sociétés », RJDA, 03/2015, p. 243. Pour la gestion d'un OPCVM : art. 314-3 Règ. AMF. Pour le mandat : P. PETEL, *op. cit.*, n° 172 et s. ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2019, n° 639 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 215 (d'une manière générale, pour toutes les gestions contractuelles, le devoir de bonne foi imposé par l'article 1104 C. civ. est une application de la loyauté). Pour la gestion d'affaires : art. 1301-2 C. civ. (le texte mentionne deux fois les actes réalisés « dans son intérêt », en référence à celui du maître d'affaires). Cette liste n'est évidemment pas exhaustive.

¹³⁰⁶ L. AYNES, art. préc.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ A l'inverse de la bonne foi qui est nécessairement contractuelle (*ibid.*). V. M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 289 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 665 et s. ; M. LATHÉLIZE-BONNEMAIZON, art. préc. ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2019, n° 552 et s. sur les relations entre bonne foi et loyauté. La loyauté ne se fonde pas sur la bonne foi dans la mesure où cette dernière a un champ d'application restreint aux relations contractuelles. Or, la loyauté s'impose à tous les régimes de gestion de biens d'autrui, même ceux qui sont extracontractuels.

¹³⁰⁹ L. AYNES, art. préc.

¹³¹⁰ Un article démontre l'importance de la notion de confiance au sein du contrat de mandat. Il voit dans l'obligation de loyauté une des nombreuses manifestations de cette confiance accordée au mandataire (R. LAHER, « Mandat et confiance », RTD civ., 2017, p. 541). Cette constatation peut s'élargir à toutes les situations de gestion des biens d'autrui. V. aussi, en droit anglais : S. SAINTIER, « Représentation, mandat et conflit d'intérêts en droit anglais », in *Les conflits d'intérêts*, Paris, Dalloz, 2013, p. 63-78.

¹³¹¹ Dans le même sens, H. LE NABASQUE, art. préc. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 288 ; H. HOVASSE, « Devoir de loyauté », *Droit des sociétés*, 2004, n° 8-9, comm. 147 ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 817 et s. ; T. DOUVILLE, *Les conflits*

impose à l'administrateur d'agir en vertu de cette finalité et uniquement dans cette optique. La mission du gestionnaire est de satisfaire l'intérêt du propriétaire. Par conséquent, la loyauté lui impose de n'accomplir aucun acte qui irait à l'encontre de cet objectif.¹³¹²

201. Applications de la loyauté – Dans ce contexte, comment délimiter le contenu de l'obligation de loyauté ? Dans sa thèse sur les obligations du mandataire, M. Pétel l'a analysée et en a retiré deux éléments : le respect de la technique de représentation convenue et l'usage légitime des pouvoirs confiés.¹³¹³ Le premier élément nous semble cependant devoir être exclu, car la loyauté implique le respect de l'intérêt du propriétaire dans les décisions prises et sa préférence en cas de conflit d'intérêts. Or, si le mandataire viole la transparence ou l'opacité qu'exigeait le mandat, il ne porte pas nécessairement atteinte à son intérêt. Un tel acte peut lui être reproché et engager des sanctions parce qu'il ne respecte pas les termes de l'acte constitutif de la situation, mais pas parce qu'il viole une obligation de loyauté.¹³¹⁴

En revanche, le second élément est intéressant : agir loyalement, c'est accomplir l'usage prévu dans l'exercice des pouvoirs conférés, c'est-à-dire respecter l'intérêt du propriétaire à chaque moment de la gestion. Dès lors, quel est son champ d'application ? Dans la mesure où le gestionnaire est supposé agir dans l'intérêt du propriétaire de façon permanente, la loyauté ne se manifesterait qu'en réaction à un acte qui n'irait pas dans le sens de ce comportement attendu.¹³¹⁵ Ainsi, à la différence de la diligence, elle n'oblige pas à accomplir certains actes.¹³¹⁶ Elle vise à s'assurer que c'est bien l'intérêt du propriétaire qui oriente la gestion, et pas une autre finalité. Par conséquent, à la différence de la prudence, les actes réalisés ne mettent pas nécessairement en péril la mission.¹³¹⁷ Il suffit que le gestionnaire agisse dans un autre but que celui de satisfaire l'intérêt du propriétaire.

d'intérêts en droit privé, Nanterre, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2014, n° 285 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 667 : « Des prérogatives lui ont été confiées afin qu'il gère les biens d'autrui, toujours au moins partiellement dans un intérêt distinct du sien. Le gérant, quel que soit son degré d'indépendance par rapport au géré, ne doit pas détourner l'exercice de sa prérogative en l'utilisant pour satisfaire ses intérêts personnels. »

¹³¹² Cela ne signifie pas que le gestionnaire ne doit jamais agir dans son propre intérêt. Lorsqu'il dispose d'un droit sur le bien (du fait d'une propriété commune ou d'un transfert d'utilités), les actes qu'il accomplit lui bénéficient directement, mais ils ne doivent pas causer de tort aux autres propriétaires. De même, la gestion d'affaires peut être intéressée (art. 1301-4 C. civ.).

¹³¹³ P. PETEL, *op. cit.*, p. 114 et s.

¹³¹⁴ Ainsi, dans le cadre d'une gestion d'affaires, il n'y a pas d'acte constitutif imposant une technique de représentation particulière, c'est pourquoi le gérant peut au choix agir en son nom ou au nom du maître d'affaires, sans se voir reprocher d'atteinte au principe de loyauté.

¹³¹⁵ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 663.

¹³¹⁶ Elle peut néanmoins fonder l'existence d'obligations de faire, comme une obligation d'information, mais les actes exigés ne sont alors pas utiles à la gestion (cf. *infra*, n° 284).

¹³¹⁷ Il peut même arriver que la mission soit remplie mais qu'une sanction s'applique car l'intérêt du gestionnaire a été préféré à celui du propriétaire.

La loyauté ne sert pas uniquement à fonder des sanctions. Elle comprend également un aspect préventif, puisqu'elle incite à mettre en place des mécanismes s'assurant du respect de l'intérêt du propriétaire par le gestionnaire.¹³¹⁸

En résumé, le principe de loyauté a pour but d'inciter le gestionnaire à agir dans le seul intérêt du propriétaire, à l'exclusion de tout autre, dont le sien. Il ne faut cependant pas s'attendre à ce que l'administrateur soit totalement altruiste ; il est évident qu'il trouve également son compte à la gestion. Le droit positif s'occupe alors de prévoir des mécanismes favorisant la préférence pour l'intérêt du propriétaire.

202. Notion de diligence – Le deuxième principe général applicable à la gestion des biens d'autrui est celui de diligence. La définition qui en est généralement donnée fait référence à la qualité de la gestion réalisée, au soin apporté dans l'exécution de la mission, à l'attention que le débiteur a accordé à sa tâche.¹³¹⁹ Plus clairement, la diligence renvoie à l'obligation pour le gestionnaire de tout mettre en œuvre pour satisfaire l'intérêt du propriétaire, dans la limite de ses pouvoirs, ses moyens et ses compétences. Ce faisant, elle exige du gestionnaire un comportement spécifique. En effet, le gestionnaire sera négligent s'il ne met pas tout en œuvre pour accomplir sa mission. Positivement, cela signifie qu'il devra accomplir tous les actes utiles et nécessaires, et donc que son inaction peut lui être reprochée.¹³²⁰ Négativement, il faut en déduire qu'il peut être sanctionné si le résultat de sa gestion n'est pas celui attendu, ou qu'il est moins bon que prévu. Ces deux éléments expliquent pourquoi la diligence est souvent rapprochée de l'appréciation de la responsabilité du gestionnaire.¹³²¹ En effet, la diligence peut se résumer à l'obligation pour le gestionnaire d'exécuter sa mission¹³²² ; par conséquent, toute faute dans cette exécution peut être qualifiée de négligence.

¹³¹⁸ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 663.

¹³¹⁹ V. notamment : « Soin apporté, avec célérité et efficacité, à l'accomplissement d'une tâche ; qualité d'attention et d'application caractérisant une personne ou attendue d'elle. » Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Diligence ». Des auteurs assimilent la diligence à l'exécution attendue par le débiteur d'une obligation de moyens, et la fonde sur l'aléa qui existe dans cette situation, ce qui explique que soit attendu de lui un comportement et non pas un résultat (H. MAZEAUD, art. préc. ; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », JCP, 1945, I, 449). Cette restriction aux seules obligations comportant un aléa est selon nous excessive, car, comme le reconnaît d'ailleurs Tunc, la diligence est exigée également dans les obligations de résultat, mais elle est secondaire.

¹³²⁰ P. PETEL, *op. cit.*, n° 124 et s.

¹³²¹ L. BOYER, H. ROLAND, « A propos du défaut de diligence », in *Mélanges offerts à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9-27 ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 237 (qui parle de « face inverse de la faute de gestion ») ; F. BARRIERE, *op. cit.*, n° 565. V. en droit anglais H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN, « Les notions de *right reason* et de *reasonable man* en droit anglais », APD, 1979, p. 43-57.

¹³²² F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 638.

203. Manifestations de la diligence – Les références à la diligence sont éparées au sein des régimes de gestion des biens d'autrui. Nombreux sont ceux qui y font mention¹³²³, et il est pertinent d'admettre qu'elle s'impose à tout gestionnaire.¹³²⁴ Il doit exécuter sa mission du mieux possible compte tenu de ses pouvoirs, de ses compétences et de ses moyens. Elle justifie par conséquent le contrôle de son action et l'appréciation de son résultat. Mais évaluer la gestion nécessite dans un premier temps de délimiter les prérogatives dont dispose l'administrateur pour la réaliser. C'est parce que le gestionnaire doit satisfaire le propriétaire qu'il dispose de certains pouvoirs, et son action ne peut être appréciée qu'à l'aune de ceux-ci. Le contrôle de son action intervient dans le cadre d'une phase plus large nommée reddition de comptes. Durant celle-ci, le gestionnaire transmet au propriétaire toutes les informations utiles relatives à sa mission et le résultat de sa gestion. Réciproquement, le propriétaire indemnise le gestionnaire et le rémunère le cas échéant. S'il n'est pas satisfait, il peut engager la responsabilité du gestionnaire pour négligence.

204. Notion de prudence – Le troisième principe essentiel de la théorie générale est la prudence. Le terme renvoie à la connaissance pratique des effets d'une action, à la modération, à la prévision.¹³²⁵ La prudence est le fruit de la raison et de l'expérience, elle permet de prendre une décision réfléchie en ayant une représentation claire et exacte de la réalité.¹³²⁶ En matière de gestion, la prudence consiste à anticiper et éviter les risques d'échec.¹³²⁷ *A contrario*, l'imprudent est celui qui agit avec excès, sans considération des risques, et qui met en péril la mission confiée. En l'occurrence, la fonction du gestionnaire est de satisfaire l'intérêt du propriétaire. La prudence commande donc de ne rien faire qui puisse porter irrémédiablement atteinte à cet intérêt.

Pour la quasi-totalité de la doctrine, diligence et prudence sont confondues, la plupart estimant que la prudence est un aspect de la diligence.¹³²⁸ Cette présentation est

¹³²³ Pour le mandat : F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 638 ; pour le dirigeant de société : E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1998, n° 57 et s. ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 237 ; pour les OPCVM : art. L. 533-4 C. mon. fin. ; pour la fiducie : F. BARRIERE, *op. cit.*, n° 565 ; C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 686. Comp. les articles 322, 1309 et 2138 C. C. Q. : « L'administrateur doit agir avec prudence et diligence. »

¹³²⁴ Dans le même sens : B. BALIVET, *op. cit.*, n° 655 et s. ; C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 686. Pour tous les régimes usant de la représentation : P. DIDIER, *op. cit.*, n° 226 et s. ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 101.

¹³²⁵ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Prudence ».

¹³²⁶ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Pluriel, 2020, p. 203.

¹³²⁷ C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 687.

¹³²⁸ F. BARRIERE, *op. cit.*, n° 565 ; E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n° 25 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 658 ; C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 687.

compréhensible, dans la mesure où la satisfaction du propriétaire implique nécessairement que le gestionnaire fasse en sorte de ne pas la compromettre. De plus, la sanction de la négligence est la même que celle de l'imprudence, et les deux mettent en œuvre une appréciation objective du comportement du gestionnaire au regard du résultat obtenu. Étant des principes généraux, prudence et diligence se recoupent et se confondent sur de nombreux aspects. Il nous semble pourtant qu'il est opportun de les distinguer pour des raisons dialectiques, afin de donner sa pleine autonomie à la notion de prudence. En effet, la diligence exige un comportement spécifique plus important que la simple prudence.¹³²⁹ La diligence sanctionne la passivité et l'erreur manifeste. Elle pousse à l'action raisonnée. La prudence, à l'inverse, a pour but l'empêchement d'une action déraisonnée : elle sanctionne les actes qui mettent en péril la mission de l'agent. La prudence sert à la protection de la mission attribuée au gestionnaire, elle empêche que celle-ci soit sabordée du fait d'une gestion dangereuse. L'appréciation est par conséquent parfaitement objective ici et ne tient pas compte de la qualité du gestionnaire : tout acte qui mettrait en péril la réalisation de la mission doit mener à une sanction. L'autonomie de la notion de prudence nous paraît alors fondamentale, d'autant plus au regard des manifestations qu'elle recouvre.

205. Manifestations de la prudence – La prudence fonde d'abord un certain nombre de règles spéciales à certains régimes de gestion des biens d'autrui. Il s'agit de mécanismes préventifs ayant pour but d'éviter la prise de risques inconsidérés de la part du gestionnaire. Entrent dans cette catégorie les actes interdits ou dont l'accomplissement est soumis à l'intervention d'un organe de contrôle en raison de leur particulière gravité. La prudence impliquant une représentation claire de la réalité, elle oblige également le gestionnaire à s'informer sur l'environnement de son action. L'appréciation de cette obligation dépendra néanmoins de sa qualité. Le comportement imprudent donne lieu à l'engagement de la responsabilité du gestionnaire s'il n'a pas respecté son objectif en n'accomplissant pas les actes nécessaires à la satisfaction du propriétaire, ou en prenant des risques pour la finalité de sa mission.

Mais surtout, la prudence fonde une obligation commune à tous les régimes de gestion de biens d'autrui : l'obligation de conservation des biens gérés. Parce que les biens ont été confiés en vue de leur restitution, le gestionnaire doit les préserver, sans quoi il porterait atteinte

¹³²⁹ Dans un sens proche, F. BARRIERE, *op. cit.*, n ° 566.

à l'intérêt du propriétaire. La mise en œuvre de cette obligation est néanmoins variable selon la situation.

206. Plan – Les trois principes présentés ci-dessus innervent l'ensemble des régimes de gestion des biens d'autrui. Aussi, nous tâcherons de rattacher les règles présentées à chacun d'eux pour le démontrer. Ce faisant, il conviendra de constater la pertinence de la théorie générale que nous proposons. Dans une perspective didactique, nous faisons le choix de présenter ces règles de façon chronologique : celles qui régissent l'ouverture de la gestion (Chapitre 1), celles qui recouvrent l'exercice de la gestion (Chapitre 2), et enfin, celles qui s'appliquent à la fin de la gestion (Chapitre 3).

Chapitre 1 : L'ouverture de la gestion

Au seuil de la gestion, il est nécessaire pour clarifier les relations entre le propriétaire et le gestionnaire de fixer certains éléments. La première chose à faire est évidemment de choisir le gestionnaire à qui confier les biens (Section 1). La seconde est de déterminer l'étendue de sa mission (Section 2). Nous les examinerons successivement.

Section 1 : Le choix du gestionnaire

Le choix du gestionnaire est une étape cruciale pour le propriétaire, car de ce choix dépend sa satisfaction. Il faut rechercher une personne qui donnera la garantie d'une gestion à la fois loyale et compétente, dans l'intérêt exclusif du propriétaire et donnant le meilleur résultat possible, sans prise de risques inconsidérés. La loyauté du gestionnaire est particulièrement importante. Sélectionner une personne qui a de prime abord les mêmes intérêts que le propriétaire permet de lui accorder une confiance plus grande et évite de lui imposer des contraintes supplémentaires. Mais elle ne doit pas occulter la compétence minimale attendue de lui. C'est pourquoi les critères de nomination du gestionnaire sont essentiels (§ 1). C'est également pour cette raison que la personne choisie doit en principe rester la même. La place de l'*intuitus personae* est cependant relative selon le régime considéré (§ 2).

§ 1 : Les critères de nomination du gestionnaire

207. Critères subjectifs et objectifs – Nous avons constaté plus haut que le choix du gestionnaire dépendait de la source du transfert de gestion.¹³³⁰ La personne qui le nomme peut être le propriétaire¹³³¹, le juge ou la loi. Néanmoins, dans chacun de ces cas, les critères de sélection restent les mêmes. Selon un auteur, il existerait deux types de contrats fondés sur la confiance, traduisant des critères de sélection différents, chacun provoquant des effets spécifiques.¹³³² Il définit la confiance subjective comme celle donnée à un individu particulier,

¹³³⁰ Cf. *supra*, n° 103 et s.

¹³³¹ Si le transfert est conventionnel. Toutefois, même dans ce cas, il arrive que le transfert des pouvoirs n'ait lieu qu'après un événement particulier (l'impossibilité d'exprimer sa volonté pour le mandat de protection future et le décès du *de cuius* pour le mandat à effet posthume). Précisons que pour le mandat posthume et le mandat post-mortem, ce ne sont pas les héritiers-propriétaires qui choisissent le gestionnaire mais le défunt, propriétaire antérieur. Cf. *supra*, n° 126.

¹³³² R. LAHER, « Mandat et confiance », RTD civ., 2017, p. 541. Il se concentre sur les contrats et plus particulièrement sur le mandat.

en raison de sa personne et des liens qui unissent les cocontractants. Elle implique un *intuitus personae* fort. A l'inverse, la confiance objective se fonde sur des caractéristiques extrinsèques à la relation entre les cocontractants : statut professionnel, réputation, garanties accordées par le gestionnaire...

Il est possible d'étendre ces remarques à tous les régimes de gestion des biens d'autrui, quelle que soit la nature du transfert de gestion. Les critères pris en compte pour choisir le gestionnaire peuvent être soit d'ordre subjectif, soit d'ordre objectif. Dans le premier cas, la personne choisie l'est en raison de ses liens avec le propriétaire, ou du fait de sa personnalité particulièrement altruiste. Les proches du propriétaire sont ainsi nommés gestionnaires parce qu'on suppose que les relations affectives qu'ils entretiennent les incitera à agir dans son intérêt, ce qui devrait constituer pour eux une satisfaction morale. Dans le second cas, la confiance donnée à l'administrateur est garantie par des éléments objectifs.¹³³³ On présume qu'il agira dans l'intérêt du propriétaire parce que sa déontologie le lui impose, parce qu'il y trouve un intérêt matériel (rémunération, intéressement au résultat...) ou professionnel (amélioration de sa réputation, accroissement de sa clientèle...), ou parce que pèse sur lui un risque de perte en cas de faute. La plupart du temps, plusieurs de ces critères entrent en compte, afin de s'assurer de faire le meilleur choix possible.

208. Choix du tuteur – Le régime de la tutelle¹³³⁴ donne un bon exemple de l'usage de ces critères.¹³³⁵ Le tuteur désigné sera d'abord celui choisi par la personne protégée pour le cas où elle serait placée sous tutelle.¹³³⁶ Ce choix étant guidé par ses « sentiments »¹³³⁷, il est fondé sur des critères subjectifs. Le majeur protégé estime que ses relations affectives avec la personne désignée sont suffisantes pour lui garantir qu'elle se montrera loyale envers lui.¹³³⁸

¹³³³ J.-F. RENUCCI, « L'identité du cocontractant », RTD com., 1993, p. 441.

¹³³⁴ Ces textes s'appliquent à la tutelle et à la curatelle. V. L. POTTIER, « L'encadrement des administrateurs du patrimoine des personnes protégées », Dr. et pat., 2015, n° 252.

¹³³⁵ J. MASSIP, « Le choix du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé », Gaz. Pal., 2009, n° 239, p. 2.

¹³³⁶ Art. 448 C. civ. Il est précisé que ce choix « s'impose au juge », sauf « si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. » Dans la mesure où c'est au juge d'apprécier l'intérêt de la personne protégée, on ne peut pas vraiment dire qu'il soit lié par son choix...

¹³³⁷ Art. 449 al. 3 C. civ. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 05/12/2012, n° 11-26611 ; D. 2012. 2964 ; AJ fam. 2013. 62, obs. T. VERHEYDE ; RTD civ. 2013. 89, obs. J. HAUSER.

¹³³⁸ I. MARIA, « Directives du majeur et gestion du patrimoine », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 85-98.

Mais si le lien qui les lie n'est pas assez fort, le juge supposera qu'il n'est pas dans l'intérêt du majeur qu'une telle personne soit nommée.¹³³⁹

Sera alors désigné à défaut son époux, partenaire pacsé ou concubin.¹³⁴⁰ Le raisonnement est le même : la conjugalité suppose une assistance matérielle et morale fondée sur une relation affective choisie et particulièrement forte. De plus, la plupart des couples vivent sous le même toit et sont copropriétaires de nombreux biens, ce qui rend plus aisée leur gestion. La proximité affective et géographique garantit une certaine loyauté et efficacité dans l'administration. Mais de la même manière, le texte précise que la fin de la vie commune ou « une autre cause » peuvent faire obstacle à cette nomination. On retrouve derrière cette affirmation l'idée que c'est la qualité du lien affectif qui relie les conjoints qui prime.¹³⁴¹ En effet, la fin de la vie commune n'empêche la nomination du conjoint comme tuteur que si elle est synonyme de séparation¹³⁴², et pas si elle est due à une circonstance extérieure.¹³⁴³ A l'inverse, la vie commune n'est pas une garantie pour le conjoint de se voir confier la tutelle s'il existe une contrariété d'intérêts.¹³⁴⁴ Cette règle est donc plus une garantie de loyauté que d'efficacité dans la gestion.

A défaut de gestion par le conjoint, le juge désigne « un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables ». Il doit tenir compte pour cela des sentiments exprimés par celui-ci, des relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et des recommandations éventuelles de l'entourage.¹³⁴⁵ Encore une fois la même idée : présomption que les personnes de la famille du majeur ou résidant avec lui seront plus enclines à agir dans son intérêt¹³⁴⁶, qui tombe si les relations affectives sont finalement

¹³³⁹ Art 448 C. civ. Cass. Civ. 1^{ère}, 11/09/2013 ; AJ fam. 2014. 377, obs. V. MONTOURCY : refus de nommer comme curateur un salarié de la personne protégée malgré les sentiments exprimés. V. J. MASSIP, « De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs », JCP N, 2011, 1244 ; J.-J. LEMOULAND, « La famille du majeur protégé et la gestion de ses biens », in *Le patrimoine de la personne protégée, op. cit.*, p. 101-115

¹³⁴⁰ Art. 449 al. 2 C. civ.

¹³⁴¹ J. MASSIP, « Le choix du tuteur... », art. préc.

¹³⁴² Cass. Civ. 1^{ère}, 28/03/2006 ; D. 2008. 318, J.-J. LEMOULAND ; Dr. fam., 2006, n° 172, note T. FOSSIER : la tutelle originellement exercée par l'État est confiée à l'épouse du fait du retour de la vie commune après une séparation de fait. C'est donc la séparation qui était la cause du refus de l'administration par l'épouse.

¹³⁴³ En cas d'hospitalisation de la personne protégée, le conjoint peut rester tuteur : Cass. Civ. 1^{ère}, 28/05/1991 ; Defrénois, 1991. 680, obs. J. MASSIP ; Cass. Civ. 1^{ère}, 08/12/2016, n° 16-20298 ; D. 2016. 2569, obs. F. VIALLA ; D. 2017. 332, note M. SAULIER ; D. 2017. 1490, note. J.-J. LEMOULAND ; AJ fam. 2017. 68, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; RTD civ. 2017. 97, obs. J. HAUSER ; JCP G, 2017, n° 79, note J. HAUSER ; JCP N, 2017. 1139, note N. PETERKA ; Dr. fam., 2017, n° 48, note I. MARIA.

¹³⁴⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 20/12/2000 ; LPA, 11/06/2001, note J. MASSIP ; Cass., Civ. 1^{ère}, 14/04/2010 ; Dr. fam., 2010, n° 132, obs. I. MARIA.

¹³⁴⁵ Art. 449 al. 2 et 3 C. civ.

¹³⁴⁶ La prépondérance du rôle de la famille est une tendance forte du droit des personnes protégées (N. PETERKA, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs », JCP G, 2015, p. 1160).

évaluées comme étant trop superficielles.¹³⁴⁷ Les liens de parenté sont supposés garantir une certaine proximité affective, mais sont considérés comme étant moins importants que le lien conjugal, dans la mesure où ce dernier est choisi.

Enfin, en dernier lieu, à défaut de tout proche apte à prendre en charge la mesure, le juge désignera un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, autrement dit un professionnel soumis à un statut spécifique garant de ses compétences et de sa probité.¹³⁴⁸ C'est en dernier recours que les critères objectifs prendront le pas sur les critères subjectifs. La confiance accordée aux liens affectifs est donc plus importante que celle accordée aux compétences objectives du gestionnaire, dès lors que la gestion à réaliser est une gestion courante.¹³⁴⁹ Cette idée irrigue l'ensemble du droit de la famille¹³⁵⁰, et s'applique également en matière de gestion d'affaires, où l'altruisme du gérant suffit à lui attribuer des pouvoirs sur les biens du maître d'affaires.¹³⁵¹

209. Statut professionnel – Dans de nombreux régimes, les qualités morales du gestionnaire et ses liens avec le propriétaire n'entreront pas en compte. Lorsque le bien à gérer nécessite des aptitudes particulières, il vaut mieux se fier à un gestionnaire professionnel, ou du

¹³⁴⁷ J. MASSIP, « Le choix du tuteur... », art. préc.

¹³⁴⁸ Art. 450 et 451 C. civ. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM) sont soumis à un statut exposé aux articles L. 471-1 et s. CASF. Ils doivent satisfaire à des conditions de moralité, de formation et d'expérience notamment (art. L. 471-4 CASF), et apporter des garanties financières de solvabilité en cas d'engagement de leur responsabilité (art. L. 472-2 CASF). Ils souhaiteraient cependant aller plus loin et se doter d'une véritable déontologie et d'un ordre professionnel (L. POTTIER, art. préc.).

¹³⁴⁹ La jurisprudence avait posé comme principe sous l'empire de la loi antérieure que la tutelle familiale devait être préférée à la tutelle administrative (Cass. Civ. 1^{ère}, 31/03/1992, Bull. civ. I, n° 99, p. 66 ; Defrénois 1992, art. 35335, n° 97 ; D. 1993, 17, note J. MASSIP). V. J. MASSIP, « L'extension du régime de l'administration légale pour les majeurs en tutelle », LPA, 04/09/1996, n° 107, p. 12 ; « Le choix du tuteur... », art. préc. ; B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 349 ; J.-J. LEMOULAND, art. préc. Il est toutefois possible d'avoir recours à un professionnel pour gérer certains des biens compris dans le patrimoine de la personne protégée (art. 452 C. civ.).

¹³⁵⁰ L'administration légale des biens du mineur est confiée aux parents (art. 382 C. civ.) sauf s'ils sont privés de l'autorité parentale (art. 390 C. civ.). Un tuteur est alors sélectionné par le conseil de famille (l'article 405 C. civ. mentionne « la situation du mineur, les aptitudes des intéressés et la consistance du patrimoine du mineur » qui sont des critères majoritairement objectifs, mais il vise plus particulièrement la pluralité de tuteurs ; tandis que l'article 404 C. civ. ne donne pas d'indications sur les critères de choix à retenir). Les mesures de protection entre époux sont confiées au conjoint prioritairement, et à défaut de garantie de loyauté et de compétence à un tiers (art. 428 C. civ.). L'administration des biens de l'absent est attribuée à « un ou plusieurs parents ou alliés ou, le cas échéant, toutes autres personnes » (art. 113 C. civ.). V. T. FOSSIER, « La famille, gestionnaire naturelle du patrimoine de l'incapable majeur », Dr. et pat., 2000, n° 80 ; A. BROUSSE, S. BRETON, « La protection juridique est avant tout une affaire de famille », AJ fam., 2011, p. 189 ; M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 227-242 ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts : une notion à définir », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 57-83, n° 2. Pour une nuance, v. A. GABRIEL, *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011.

¹³⁵¹ F. GORE, « Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations », D. 1953, chron. n° 7, p. 48 ; R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, LGDJ, 1972.

moins suffisamment compétent. Mais la compétence n'est pas un gage de loyauté, et des garanties supplémentaires sont nécessaires pour que la confiance du propriétaire soit placée dans une personne en particulier. Pour renforcer cette confiance, certaines professions s'imposent une déontologie visant à rassurer leurs clients.¹³⁵² L'existence de contrôles, d'un ordre professionnel chapotant l'action de ses membres ou de garanties matérielles va dans ce sens.¹³⁵³ A défaut ou en addition d'un statut réglementé, la volonté du gestionnaire de se forger une bonne réputation garantit une exécution loyale. Sont pris en compte également la rémunération et l'intéressement au résultat de la gestion.¹³⁵⁴ En bref, lorsque le gestionnaire est choisi selon des critères objectifs, sa loyauté sera assurée par son statut, sa réputation et l'intérêt qu'il retire de la mission.

210. Copropriété et droits sur la chose d'autrui – Certains gestionnaires sont directement intéressés au résultat de la gestion dans la mesure où ils sont également propriétaires ou titulaires de droits sur le bien (c'est d'ailleurs ce qui leur donne la qualification de gestionnaire).¹³⁵⁵ Dans ce cas, la confiance donnée au gestionnaire est limitée.¹³⁵⁶ En effet, ce n'est pas parce qu'il profite également des utilités des biens qu'il souhaite en user de la même manière que le ou les autres propriétaires. Il peut vouloir privilégier son intérêt et celui-ci peut être en contradiction avec celui du propriétaire ou de ses pairs. C'est la raison pour laquelle son action est soumise au respect de l'intérêt commun¹³⁵⁷ (dans le cas de la copropriété) ou limitée à certaines prérogatives (pour le titulaire de droits sur la chose d'autrui).¹³⁵⁸ La copropriété et les droits sur la chose d'autrui n'octroient pas une présomption de confiance semblable à celle dont bénéficient les membres de la famille, et des garanties supplémentaires sont souvent demandées à ces gestionnaires.¹³⁵⁹ Néanmoins, les relations familiales entre copropriétaires permettent d'assouplir les incitations à la loyauté, pour les raisons évoquées au-dessus.¹³⁶⁰ Une

¹³⁵² En dehors des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, on peut citer les administrateurs judiciaires, qui doivent respecter des conditions minimales de probité (ne pas avoir commis de faits pénalement répréhensibles ni avoir été sanctionnés dans le cadre de leur activité) (art. L. 811-5 C. com.). V. S. BERRE, « La responsabilité civile professionnelle », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

¹³⁵³ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 526.

¹³⁵⁴ Cf. *infra*, n° 335.

¹³⁵⁵ Cf. *supra*, n° 85 et 99.

¹³⁵⁶ V. sur ce sujet B. BALIVET, *op. cit.*, n° 352 et s.

¹³⁵⁷ Cf. *supra*, n° 183 et s.

¹³⁵⁸ Cf. *infra*, n° 270.

¹³⁵⁹ Cf. *infra*, n° 312. En matière de copropriété, ce sont plutôt les règles visant à prévenir les conflits d'intérêts qui vont primer.

¹³⁶⁰ C'est le cas dans la communauté conjugale ou dans l'indivision entre partenaires pacsés.

nouvelle fois, la confiance donnée au gestionnaire dépend plus des relations affectives que de critères objectifs comme le fait d'être intéressé à la gestion.

Une fois le gestionnaire choisi, se pose la question de la possibilité de son remplacement.

§ 2 : La place de l'*intuitus personae*

211. Notion d'*intuitus personae* – L'*intuitus personae* est une caractéristique appliquée à une « opération pour laquelle la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc. ». ¹³⁶¹ Il existerait cependant plusieurs degrés d'*intuitus personae*, allant d'une conception subjective, qui s'attache à une personne précise et identifiable, à une conception objective, s'il porte sur des qualités sans que celles-ci ne se rattachent nécessairement à une personne déterminée. ¹³⁶² Ces éléments rejoignent ce que nous avons évoqué à propos des critères de sélection du gestionnaire. Pour plus de clarté, il convient de retenir une définition opérationnelle de l'*intuitus personae*, et ainsi ne pas le confondre avec la confiance accordée dans le cocontractant. ¹³⁶³ En effet, la confiance est fondée sur les critères que nous avons énoncés précédemment, qui permettent de sélectionner le gestionnaire. La confiance est le pendant de la loyauté, elle est nécessaire à la constitution de la situation de gestion des biens d'autrui. Elle peut se transmettre à une autre personne, à travers un report, du fait de la confiance accordée au premier gestionnaire qui choisit ses propres subordonnés et les moyens d'accomplir la mission confiée. L'*intuitus personae* va avoir un rôle plus opérationnel. Au sens le plus strict, il signifie que la personne choisie l'a été pour ses qualités spécifiques. Lorsque la situation de gestion des biens d'autrui comporte un caractère *intuitu personae*, la substitution de

¹³⁶¹ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « *Intuitu personae* ». La plupart des études sur le sujet portent sur les contrats, mais la notion ne se restreint pas à ce domaine (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 675).

¹³⁶² Dans ce sens, F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, thèse de doctorat, 1938 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Paris, thèse de doctorat, 1997 ; D. KRAJESKI, *L'« intuitus personae » dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, n° 408 ; P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019, n° 32 et s. Il existe d'autres classifications, qui visent à préciser les différents degrés ou les qualités auxquelles se rattachent l'*intuitus personae*. Par exemple, certains auteurs parlent d'*intuitus bonorum* lorsque c'est la solvabilité du partenaire qui importe plus que sa personne (P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, *ibid.*, n° 17 et s.). On parle aussi d'*intuitus familiae* pour les « pactes de famille », qui sont des pactes d'actionnaires comportant une clause de préemption limitant la cession de droits sociaux aux seuls membres d'une même famille (*ibid.*, n° 25).

¹³⁶³ P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019, n° 16.

gestionnaire est restreinte voire impossible, en raison des limites posées au report de confiance.¹³⁶⁴ Ainsi, les régimes de gestion des biens d'autrui peuvent avoir un caractère *intuitu personae* plus ou moins marqué, et éventuellement n'en avoir aucun, mais tous nécessitent de faire confiance au gestionnaire choisi. Si un tel caractère est présent, la loyauté attendue de lui sera d'autant plus forte qu'il ne pourra pas être remplacé.

212. *Intuitus personae* et substitution de gestionnaire – La substitution de gestionnaire renvoie à la situation où une autre personne que le gestionnaire originel accomplit des actes de gestion sur les biens du propriétaire à l'initiative du premier gestionnaire. Sont ainsi exclus les actes accomplis par un tiers en raison d'un conflit d'intérêts ou d'une sanction du gestionnaire. Sont en revanche compris dans cette hypothèse la délégation de pouvoirs, la sous-traitance, l'accomplissement d'actes par un subordonné, qui sont des substitutions ponctuelles ; ainsi que la cession de contrat, la fusion du gestionnaire personne morale avec une autre entité, ou la transmission du statut de gestionnaire à cause de mort, que l'on peut qualifier de substitutions définitives.

La question se pose de la qualification à donner à chaque régime de gestion des biens d'autrui. Sont-ils tous caractérisés par l'*intuitus personae* ? Si non, lesquels le sont et comment le déterminer ? Selon Mme Balivet, toutes les situations de gestion des biens d'autrui comportent une obligation pour le gestionnaire d'administrer personnellement les biens du propriétaire, ce qui implique que toutes soient caractérisées par l'*intuitus personae*.¹³⁶⁵ Elle se fonde sur le fait que le propriétaire a placé sa confiance dans le gestionnaire en considération de ses qualités propres, ce qui le rend irremplaçable.¹³⁶⁶ Ce principe peut toutefois être atténué par les textes.¹³⁶⁷ Il a également été limité par la jurisprudence, qui se rapproche d'une conception objective de l'*intuitus personae*, fondée sur les qualités recherchées plutôt que sur

¹³⁶⁴ F. VALLEUR, *op. cit.*, n° 95 (qui distingue les cas où ce qui importe est la réalité de l'exécution, et ceux où l'essentiel est la qualité de l'exécution) ; P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019, n° 69 et s. Pour ces auteurs, le fait que la substitution de gestionnaire soit possible n'empêche pas le contrat d'être *intuitu personae*, mais il le sera sous une forme différente et moins intense.

¹³⁶⁵ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 672. V. aussi M. CANTIN CUMY, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 96, qui est toutefois moins catégorique.

¹³⁶⁶ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 676. M. Cuif considère que le caractère *intuitu personae* est seulement naturel au sein du contrat de gestion qu'il propose, la personnalité du gestionnaire n'étant pas un élément essentiel du contrat. Ce sont ses compétences qui sont primordiales. P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 328 et s.

¹³⁶⁷ Art. 376 et s. C. civ. (administration légale *via* la délégation d'autorité parentale) ; art. 1994 C. civ. (mandat) ; art. L. 811-1 C. com. (administrateur judiciaire dans le cadre d'une procédure collective)...

la personnalité du gestionnaire.¹³⁶⁸ Faut-il par conséquent y voir une règle générale de la gestion des biens d'autrui ? Il convient d'étudier la substitution ponctuelle (I) et la substitution définitive pour y répondre (II).

I La substitution ponctuelle

213. Délégation et sous-traitance – La substitution ponctuelle correspond à la situation où le gestionnaire délègue à un tiers une partie de ses prérogatives sans pour autant s'en dessaisir, afin que ce dernier accomplisse des actes matériels ou juridiques de gestion sur les biens du propriétaire. Une telle substitution est fréquente.¹³⁶⁹

D'abord, lorsque le gestionnaire est une personne morale, il doit passer par la représentation d'une personne physique pour conclure et réaliser les actes de gestion sur les biens du propriétaire. Cette personne est généralement le représentant légal de la personne morale, mais il peut s'agir d'un de ses préposés délégataire.¹³⁷⁰ Dans cette optique, on ne peut pas vraiment parler d'*intuitus personae*, sans quoi il faudrait que le propriétaire autorise chaque organe de la personne morale ou chaque salarié qu'elle emploie qui accomplirait un acte de gestion sur ses biens. Cela vaut également pour les copropriétaires membres de la personne morale, qui ne peuvent s'opposer directement à la délégation qu'en la limitant au sein des statuts.¹³⁷¹

La substitution ponctuelle se retrouve également dans le cadre de la sous-traitance, lorsque le gestionnaire fait appel à une personne plus compétente pour réaliser des actes spécifiques.¹³⁷² Une telle pratique est régulière dès lors qu'il doit administrer l'ensemble du

¹³⁶⁸ B. BEIGNIER, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/1995 ; D. 1995, p. 559, qui parle d'« *intuitus qualitatis* » ; D. KRAJESKI, « L'*intuitus personae* et la cession du contrat », D. 2001, p. 1346 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 680.

¹³⁶⁹ Le droit québécois permet la délégation par principe dès lors qu'il ne s'agit pas d'une délégation générale (art. 1337 C. C. Q.).

¹³⁷⁰ La délégation ne dispose pas d'un véritable régime juridique et est fondée sur les règles du mandat, et désormais du droit commun de la représentation. V. N. FERRIER, *La délégation de pouvoir : technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Litec, 2005 ; A. TARDOS, « La délégation de pouvoirs en droit des sociétés : aspects de droit civil après la réforme du droit civil des contrats », D. 2017, p. 1662.

¹³⁷¹ A. TARDOS, art. préc. Le délégant peut néanmoins engager sa responsabilité envers la personne morale s'il commet une faute dans le choix du délégataire, qu'il ne lui donne pas les moyens suffisants pour accomplir sa mission, ou qu'il ne satisfait pas à son obligation de surveillance (Cass. Com., 11/06/1991, n° 89-20653 ; D. GIBIRELA, « Délégation de pouvoirs », Rép. soc. Dalloz, 2018, n° 2). On peut assimiler ce comportement à de la négligence, voire à de l'imprudence.

¹³⁷² Nous utilisons le terme « sous-traitance » dans une acception large, au sens de délégation d'une mission à une entité indépendante du gestionnaire principal. M. Cuif ne retient pas cette possibilité pour le contrat de gestion qu'il propose, en raison de sa filiation avec le contrat d'entreprise (où la sous-traitance doit être acceptée par le propriétaire lorsqu'elle est permise, v. A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 620). V. P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 639 et s.

patrimoine du propriétaire et que ce dernier comporte des biens dont l'administration est plus complexe. Ainsi, le tuteur peut valablement conclure un contrat de gestion de valeurs mobilières.¹³⁷³ La situation est cependant plus complexe dans d'autres régimes, comme en matière de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières¹³⁷⁴ ou de fiducie.¹³⁷⁵ La règle est cependant plus stricte pour le syndic d'une copropriété, qui ne peut pas se faire substituer sauf accord de l'assemblée des copropriétaires.¹³⁷⁶ Dans tous les cas, il ne faut évidemment pas que cette substitution soit générale et aboutisse finalement à un transfert définitif des prérogatives.¹³⁷⁷

214. Substitution de mandataire – Le régime du mandat est un cas particulier, puisqu'il comprend la possibilité d'une substitution de mandataire.¹³⁷⁸ Elle ne nécessite pas d'accord du mandant et permet au mandataire de charger un tiers de l'exécution d'une partie ou de toute sa mission.¹³⁷⁹ On ne peut donc pas parler de contrat *intuitu personae* au sens strict dans ce domaine.

¹³⁷³ Art. 500 al. 3 C. civ. Il est précisé que le tiers choisi doit l'être « en considération de son expérience professionnelle et de sa solvabilité » : les critères de choix sont objectifs puisqu'il s'agit de biens dont la gestion nécessite une expertise particulière. De manière générale, le tuteur peut demander à un tiers d'accomplir certains actes en respectant la liste fixée par le décret n° 2008-1484 du 22/12/2008 (art. 452 al. 2 C. civ.).

¹³⁷⁴ Cass. Com., 09/04/1996, n° 94-11395 ; D. aff. 1996, p. 671 : « Le contrat de gestion n'est pas un contrat qui, par sa nature, autorise implicitement la substitution du mandat donné à un tiers, alors qu'au contraire le contrat de gestion s'analyse en un contrat *intuitu personae*, dans lequel la personnalité du mandataire choisi constitue un élément essentiel du contrat. » V. cependant Cass. Com., 02/12/1997 ; JCP E 1998, n° 43, 1689, note M. STORCK ; RD bancaire et Bourse 1998, p. 37, note H. HOVASSE ; RTD com. 1998, p. 379, note M. STORCK. Sur la délégation en matière de gestion de portefeuille, v. M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 2210, 2019, n° 69 et s.

¹³⁷⁵ Pour la majorité des auteurs, la substitution ponctuelle de fiduciaire est possible par principe : C. KUHN, « La mission du fiduciaire », Dr. et pat., 2008, n° 171, p. 52 ; B. KAN-BALIVET, « Les clés du contrat de fiducie-gestion », Dr. et pat., 2009, n° 185 ; F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 85 (pour qui seule la substitution définitive doit être prévue au contrat). *Contra*, pour qui la substitution de fiduciaire doit à l'inverse être prévue au contrat : P. CROCQ, « Le cœur du dispositif fiduciaire », RLDC, 2007, n° 40.

¹³⁷⁶ Art. 18, IV L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹³⁷⁷ V. pour la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières : M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 2210, 2019, n° 72.

¹³⁷⁸ Sur la nature de la substitution de mandataire et ses effets, v. B. MALLET-BRICOUT, « Contribution à l'étude de la théorie de la représentation : La substitution de mandataire », LPA, 21/12/1999, n° 253, p. 13. L'auteur considère que la substitution de mandataire est un mode de représentation *sui generis*, qui se distingue du sous-mandat.

¹³⁷⁹ Art. 1994 C. civ. : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. » *In fine*, cela signifie que la substitution peut avoir lieu sans autorisation du mandant.

215. Droit sur la chose d'autrui – Par ailleurs, en matière de droits sur la chose d'autrui, le titulaire du droit est libre de disposer des utilités auxquelles il a accès, et ainsi de confier la gestion du bien à un tiers si ses pouvoirs le lui permettent.¹³⁸⁰ L'usufruitier peut par exemple conclure un bail sur le bien objet du droit¹³⁸¹, et le locataire peut en principe sous-louer le bien.¹³⁸² Dans certains cas cependant, cette possibilité est interdite du fait d'un caractère *intuitu personae* particulièrement important, comme en matière de droit d'usage et d'habitation.¹³⁸³

216. Propriété collective – La propriété collective limite également les possibilités de substitution ponctuelle, qu'elle passe par la représentation ou le transfert d'utilités. Ainsi, le mandat général de gérer les biens indivis et la conclusion d'un bail d'habitation sont soumis à la majorité des deux tiers dans le régime de l'indivision légale.¹³⁸⁴ Celui de la communauté conjugale se concentre plutôt sur la nature des biens à gérer, et protège ceux qui ont le plus de valeur.¹³⁸⁵ Ces restrictions ne sauraient toutefois être érigées en règle générale, puisque dans le cas de l'indivision, le principe est celui de l'interdiction¹³⁸⁶, à l'inverse de la communauté.¹³⁸⁷

On voit mal comment justifier un principe général d'interdiction des substitutions ponctuelles en matière de gestion des biens d'autrui. Les avantages qu'elles permettent sont assez importants, et elles se fondent sur un report de confiance légitime. Il est vrai cependant que dans certains régimes, les considérations subjectives qui justifient le choix d'un

¹³⁸⁰ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 684.

¹³⁸¹ Art. 595 C. civ. Il peut également s'agir d'une location-gérance si le bien est un fonds de commerce (Cass. Civ. 1^{ère}, 25/11/1986, Bull. civ. I, n°282 ; D. 1987, p. 141, note G. MORIN ; J.C.P. 1987, II, 20 866, note A. COHEN ; RTD com. 1987, p. 194, obs. J. DERRUPPE). Cette faculté est limitée par l'exigence d'un accord du nu-proprétaire pour les baux de plus de neuf ans ou qui portent sur un fonds rural ou un immeuble commercial, industriel ou artisanal.

¹³⁸² Art. 1717 C. civ. La possibilité est limitée à un accord du bailleur s'il s'agit d'un bail d'habitation soumis à la loi n° 89-462 du 06/07/1989 (art. 8). V. aussi P.-Y. GAUTIER, « Le locataire ne saurait « prêter » le bien du propriétaire comme il l'entend », RTD civ., 2010, p. 343.

¹³⁸³ Art. 631 et 634 C. civ. Cela vaut également pour le droit viager au logement du conjoint survivant, même s'il est possible pour lui de le louer si le logement n'est plus adapté à ses besoins (art. 764 C. civ.). Dans le même sens, F. JULIENNE, « La dualité des droits de jouissance des biens », Dr. et pat., 2017, n° 273.

¹³⁸⁴ Art. 815-3 C. civ. Les actes de disposition nécessitent l'unanimité des indivisaires. On peut déduire de ce texte qu'*a contrario*, le mandat spécial de gérer un bien spécifique exige l'unanimité, dans la mesure où le mandat spécial permet d'accomplir des actes de disposition si le contrat le prévoit.

¹³⁸⁵ En principe, les époux peuvent accomplir tous les actes sur les biens communs (art. 1421 C. civ.), et donc éventuellement demander à un tiers de le faire pour eux. Cependant, le mandataire ne pouvant pas avoir plus de pouvoirs que le mandant, les mêmes limites s'appliqueront (art. 1422 et s. C. civ.). Le transfert d'utilités est également restreint lorsqu'il porte sur certains biens (art. 1424 et 1425 C. civ.), d'autant plus s'il s'agit du logement de la famille (art. 215 al. 3 C. civ.).

¹³⁸⁶ Art. 815-3 C. civ.

¹³⁸⁷ Art. 1421 C. civ.

gestionnaire particulier en restreignent la possibilité, mais ces situations sont minoritaires et relativement rares.

II La substitution définitive

217. Cession de contrat – Il y a substitution définitive lorsque le gestionnaire transmet sa qualité à un tiers, qui prend sa place, sans l'accord du propriétaire ni intervention d'un organe de contrôle. Lorsque le transfert de gestion est d'origine conventionnelle¹³⁸⁸, il est possible pour le gestionnaire de céder son contrat ou de se faire substituer par un tiers.¹³⁸⁹ La cession de contrat est autorisée par principe dès lors qu'elle fait l'objet d'un écrit et que le cédé y consent¹³⁹⁰, toutefois, même en l'absence d'accord, elle peut être réalisée mais ne libère pas le cédant de son obligation.¹³⁹¹ En matière de gestion des biens d'autrui, la question qui se pose est celle des actes passés par le cessionnaire à défaut d'accord du cédé. S'imposent-ils à lui, alors qu'il n'a pas consenti à ce qu'un tiers ait des prérogatives sur ses propres biens ? Il semblerait que la réponse doive être trouvée dans les règles de l'acte passé sans pouvoir : l'acte est inopposable au propriétaire, sauf erreur légitime du tiers contractant.¹³⁹² Mais ce texte n'est applicable qu'aux situations de représentation. Qu'en est-il en matière de fiducie par exemple ? Il serait excessif d'admettre que le fiduciaire puisse transmettre son contrat à un tiers, et les prérogatives qu'il lui confère, sans que le constituant n'ait donné son accord.¹³⁹³

Le principe des articles 1216 et suivants du Code civil n'est pas d'ordre public, et ne s'applique pas si les parties ont convenu que la personne de leur cocontractant est un élément essentiel du contrat, ce qui signifie que la cession de contrat ne peut s'imposer au cédé s'il est

¹³⁸⁸ S'il est d'origine légale ou judiciaire, le gestionnaire ne peut, de sa propre initiative, déléguer sa mission, et le transfert nécessite une intervention d'un organe de contrôle. V. par ex., pour l'administration légale : art. 376 C. civ. ; pour le remplacement du titulaire d'une charge tutélaire : art. 396 C. civ. Exception : les effets de la gestion d'affaires étant ceux du mandat (art. 1301 C. civ.), il semblerait que la substitution de gérant entraîne les mêmes effets que la substitution de mandataire, et qu'elle soit donc possible sans accord du maître.

¹³⁸⁹ Un auteur (E. JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », D. 1998, p. 356) propose de distinguer les deux termes, le second ne s'appliquant qu'aux contrats *intuitu personae* (ce qui est assez contradictoire si l'on prend ce terme au sens strict). Il convient mieux de constater, comme le fait Mme Balivet, que les deux termes sont en fait confondus en jurisprudence et qu'il n'est pas utile de chercher à les différencier (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 687 ; *contra*, pour qui la substitution est une institution propre au mandat : B. MALLET-BRICOUT, art. préc.).

¹³⁹⁰ Art. 1216 C. civ. La jurisprudence tendait déjà vers cette solution avant la réforme du droit des obligations du 10/02/2016 (v. D. KRAJESKI, art. préc.).

¹³⁹¹ Art. 1216-1 C. civ. La question de la sanction de l'acte de cession n'est pas encore tranchée : s'agit-il d'une inopposabilité ou d'une nullité (L. GRATTON, « Le contrat de cession, instrument de sécurisation de la cession de contrat », RDC, 2017, p. 370) ?

¹³⁹² Art. 1156 C. civ.

¹³⁹³ Dans le même sens, F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 85.

intuitu personae.¹³⁹⁴ Il comporte également des exceptions, pour lesquelles le caractère *intuitu personae* est spécifiquement exclu et la cession de contrat autorisée.¹³⁹⁵ A l'inverse, la location-gérance est un contrat *intuitu personae* à l'égard du gérant, ce qui signifie qu'il ne peut être cédé à un tiers¹³⁹⁶ ni transmis même pour cause d'incapacité, de décès ou d'incompatibilité sans l'accord du gérant.¹³⁹⁷

218. Fusion et absorption – Lorsque le gestionnaire est une personne morale, sa fusion dans une autre entité provoque une substitution définitive, qui est en principe autorisée avec l'accord du cédé.¹³⁹⁸ Néanmoins, dans certains cas, le caractère *intuitu personae* est plus important. Ainsi, la fusion d'un syndic de copropriété avec une autre société entraîne la perte de cette qualité¹³⁹⁹, et la fusion ou l'absorption du fiduciaire met fin au contrat de fiducie, sauf disposition contraire.¹⁴⁰⁰

219. Décès du gestionnaire – En cas de décès du gestionnaire, sa mission peut être transférée à ses héritiers.¹⁴⁰¹ Le propriétaire se voit alors imposer un gestionnaire qu'il n'a pas choisi. Le régime du mandat prévoit qu'en cas de décès du mandant ou du mandataire, le contrat est résilié par principe.¹⁴⁰² Il est toutefois possible d'y déroger, cette règle étant supplétive.¹⁴⁰³ Il faut également ajouter que les héritiers du mandataire doivent pourvoir aux intérêts du

¹³⁹⁴ P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019, n° 97. Ce qui est le cas du contrat de gestion proposé par M. Cuif (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 660).

¹³⁹⁵ En matière de bail (art 1717 C. civ. ; F. PLANCKEEL, « La combinaison de l'usufruit et du bail », RTD civ., 2009, p. 639) ou de procédure collective (P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019, n° 93 et 94). Ces règles sont en général supplétives, mais pas toujours : la loi interdit les clauses qui empêcheraient la cession d'un bail commercial (art. L. 145-16 C. com.).

¹³⁹⁶ CA Colmar, 13/12/2007 ; JurisData n° 2007-356976.

¹³⁹⁷ Cass. Com., 01/12/1969, Bull. civ. IV, 1969, n° 357.

¹³⁹⁸ P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019, n° 83 et les références citées ; M. DUBERTRET, « *L'intuitus personae* dans les fusions », Rev. Soc., 2006, p. 721 (qui est favorable à une transmission automatique, indépendamment du caractère *intuitu personae*) ; B. FAGES, « Intransmissibilité des contrats conclus *intuitu personae* en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif », RTD civ., 2008, p. 478 (*idem*) ; E. GUEGAN, « Transmission universelle de patrimoine : retour sur la portée de l'intransmissibilité des contrats conclu *intuitu personae* », Rev. Soc., 2020, p. 542.

¹³⁹⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 10/11/1998, n° 97-12369 ; JCP G 1999, II, 10051, note A. DJIGO.

¹⁴⁰⁰ Art. 2030 al. 2 C. civ.

¹⁴⁰¹ Concernant le droit commun de la représentation, l'article 1160 C. civ. mentionne simplement que l'incapacité ou l'interdiction qui frappe le représentant met fin à ses pouvoirs. Rien n'est dit quant à son décès et son éventuelle substitution. Il semblerait qu'il faille se référer à chaque régime spécifique dans ce cas. V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2018, n° 397.

¹⁴⁰² Art. 2003 C. civ.

¹⁴⁰³ CA Paris, 12/12/1967 ; D. 1968, p. 269. E. SALLE DE LA MARNIERRE, « Le mandat irrévocable », RTD civ., 1937, p. 241, n° 13.

mandant en attendant de l'informer de la situation.¹⁴⁰⁴ En matière de fiducie, il n'est pas fait mention du décès du fiduciaire dans les causes d'extinction de la fiducie, mais simplement de sa liquidation judiciaire ou de sa dissolution lorsqu'il est une personne morale, et de son interdiction d'exercer, radiation ou omission du tableau s'il est avocat¹⁴⁰⁵, ce qui peut être assimilé à une constatation de décès. Le texte précise également que le contrat peut prévoir une poursuite de la fiducie après un tel événement, il est donc supplétif. A l'inverse, le contrat de prêt à usage est par principe transmis à cause de mort, sauf si les parties y ont intégré un caractère *intuitu personae*.¹⁴⁰⁶ Le bail comprend un régime semblable.¹⁴⁰⁷

220. Propriété collective – En matière de propriété collective, la titularité d'une part donne généralement la qualité de gestionnaire. Afin de s'assurer qu'un tiers en qui l'ensemble des copropriétaires n'a pas donné sa confiance n'acquière de prérogatives sur les biens communs, certains régimes limitent la possibilité de cession de parts.¹⁴⁰⁸ Conventionnellement, les associés d'une société peuvent inclure une clause d'agrément limitant ou interdisant la cession de parts à un tiers.¹⁴⁰⁹ Le décès de l'un des copropriétaires peut entraîner la fin de la propriété commune¹⁴¹⁰ ou au contraire transmettre sa qualité à ses héritiers.¹⁴¹¹

221. Conclusion – L'étude de ce panorama nous montre qu'il n'existe pas de principe selon lequel les situations de gestion de biens d'autrui seraient *intuitu personae*, au sens où le gestionnaire pourrait être substitué de manière ponctuelle (pour réaliser certains actes) ou définitive (en transmettant sa qualité). Tous les régimes ont leur propre logique, et si certains

¹⁴⁰⁴ Art. 2010 C. civ.

¹⁴⁰⁵ Art. 2030 al. 2 C. civ.

¹⁴⁰⁶ Art. 1879 C. civ.

¹⁴⁰⁷ Art. 1742 C. civ. (principe de continuation du contrat) ; Cass. Soc., 04/06/1959, Bull. civ. IV, n° 656, p. 527 ; JCP 1959. IV. 89 (possibilité d'y déroger).

¹⁴⁰⁸ La cession de parts indivises est soumise à un droit de préemption des autres indivisaires (art. 815-14 C. civ.). Les parts de communauté conjugale, de société d'acquêts ou d'indivision entre partenaires pacsés sont indisponibles (cf. *supra*, n° 140).

¹⁴⁰⁹ Cette faculté est traditionnellement reconnue uniquement aux sociétés de personnes et pas aux sociétés de capitaux en raison de la libre cessibilité des actions, corollaire de la responsabilité limitée des associés (la personne et le patrimoine de l'actionnaire n'importent pas) et du principe majoritaire (possibilité de se voir imposer une décision). Cependant, différents moyens pour sélectionner les actionnaires ont été développés par la pratique et la loi : S. HELOT, « La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux », D. 1991, p. 143 ; M. ROUSSEAU, « L'*intuitus personae* dans les sociétés par actions », RJO, 1995, p. 23-52 ; M. HAJJAR, *L'intuitus personae dans les sociétés de capitaux*, Paris, thèse de doctorat, 2012.

¹⁴¹⁰ Par principe, le décès de l'associé d'une SNC entraîne sa dissolution, sauf mention d'une clause d'agrément qui prévoit une transmission des parts à ses héritiers (art. L. 221-15 C. com.). Le décès de l'un des époux entraîne la liquidation de la communauté conjugale (art. 1441 et 1442 C. civ.), cette règle étant d'ordre public, mais elle se poursuit sous une autre forme, l'indivision post-communautaire.

¹⁴¹¹ Les quotes-parts indivises et les actions sont transmissibles à cause de mort.

permettent *a priori* la substitution, d'autres l'interdisent, ou l'autorisent seulement ponctuellement.¹⁴¹² En matière conventionnelle, il est de toute façon possible dans la majorité des cas de suppléer à la règle légale, que celle-ci autorise ou interdise la substitution en principe.¹⁴¹³ Il n'existe par conséquent aucune règle commune à tous les régimes de gestion des biens d'autrui.

Ainsi, les régimes de gestion des biens d'autrui s'appuient sur des critères de sélection plus ou moins stricts pour s'assurer de la loyauté et de la compétence du gestionnaire. C'est pour cette raison que le lien qui unit le gestionnaire et le propriétaire est parfois qualifié d'*intuitu personae*. Néanmoins, il est impossible de déterminer des caractéristiques communes à tous les gestionnaires, ni d'en déduire que tous sont irremplaçables. Chaque situation comporte une logique propre que l'on ne peut étendre à toutes les autres. La même remarque peut être faite pour l'étendue de la mission du gestionnaire.

Section 2 : L'étendue de la mission du gestionnaire

Avant de commencer l'administration des biens, le gestionnaire doit savoir quelle est l'étendue de sa mission afin de ne pas accomplir d'acte qui pourrait en dépasser les limites. Son action est encadrée par deux choses : l'assiette des biens qu'il doit gérer (§ 1) et l'étendue de ses pouvoirs (§ 2).

§ 1 : L'assiette des biens à administrer

Le gestionnaire ne peut accomplir d'actes que sur les biens qui font l'objet de sa mission. Afin de s'assurer du respect de cette limite, l'identification de ces biens est importante. Elle passe souvent par leur autonomisation. L'autonomisation des biens gérés consiste à identifier et isoler les biens qui font l'objet de la gestion. Ce faisant, on s'assure que le gestionnaire ne confonde pas les biens du propriétaire avec les siens propres, et que le principe de loyauté est respecté.¹⁴¹⁴ On retrouve cette autonomisation dans la plupart des régimes de gestion de biens

¹⁴¹² C'est par exemple le cas de la tutelle (art. 452 C. civ.).

¹⁴¹³ P. LE TOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019, n° 34. Selon ces auteurs, il est impossible de recenser l'ensemble des contrats *intuitu personae* dans la mesure où cette caractéristique dépend de la liberté contractuelle et peut être ajoutée ou supprimée selon la volonté des parties.

¹⁴¹⁴ B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 522. Comp. art. 1313 C. C. Q. : « L'administrateur ne doit pas confondre les biens administrés avec ses propres biens. » V. M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 301 et s.

d'autrui avec plus ou moins d'intensité. Le plus simple est d'abord d'établir un inventaire des biens gérés (I), mais certains régimes vont plus loin en exigeant l'ouverture d'un compte dédié à la gestion (II), voire la création d'un patrimoine secondaire (III).

I L'inventaire des biens gérés

222. Identification des biens et évaluation de la gestion – L'inventaire renvoie à la fois à l'action de recenser les biens, dont les droits et éventuellement les dettes dont le gestionnaire doit s'occuper, et à l'*instrumentum* qui décrit cette liste.¹⁴¹⁵ La fonction de l'inventaire est de décrire, à titre de preuve, l'état d'un patrimoine ou d'une masse de biens à un instant T. En matière de gestion des biens d'autrui, le but est essentiellement de limiter les prérogatives du gestionnaire dans l'étendue de leur objet et de donner un point de comparaison afin d'évaluer son action.¹⁴¹⁶ Surtout, il permet d'identifier les biens donnés en gestion et leur état, afin de s'assurer que le gestionnaire ne se les approprie pas. Il aide ainsi à garantir à la fois sa loyauté, sa prudence et sa diligence.

L'inventaire est exigé dans de nombreux régimes de gestion des biens d'autrui. Le droit des personnes protégées¹⁴¹⁷, le droit des régimes matrimoniaux¹⁴¹⁸, le droit des successions¹⁴¹⁹, le droit des entreprises en difficulté¹⁴²⁰, le droit des sociétés commerciales¹⁴²¹, et le régime de l'usufruit¹⁴²² y font référence. Il est par ailleurs possible d'avoir une vision plus large de la question et d'y intégrer également tous les régimes dans lesquels l'acte constitutif mentionne

¹⁴¹⁵ S. CREVEL, « Inventaire », Rép. proc. civ. Dalloz, 2019, n° 2. Pour une description plus exhaustive de l'utilisation de l'inventaire en matière de gestion des biens d'autrui, v. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 614 et s.

¹⁴¹⁶ R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, Dalloz, 1969, n° 158 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 612 ; F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », RRJ, 2008-3, p. 1323-1338.

¹⁴¹⁷ Art. 387-4 (patrimoine du mineur) ; art. 503 (tutelle) ; art. 486 C. civ. (mandat de protection future). Il est cependant facultatif dans le cadre de la gestion des biens du mineur, absent en matière d'habilitation familiale, et souvent très insuffisant dans les autres cas. Ces lacunes poussent à la déjudiciarisation des procédures et à l'externalisation du contrôle par un professionnel (J.-J. LEMOULAND, « Le contrôle de gestion du patrimoine des majeurs protégés », Dr. et pat., 2018, n° 283 ; « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs », D. 2019, p. 827 ; N. PETERKA, « La déjudiciarisation du droit des majeurs protégés par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », JCP G, 2019, 437). Le régime de l'absence renvoie à celui de la tutelle (art. 113 C. civ.).

¹⁴¹⁸ Les articles 1483 et 1572 C. civ. mentionnent un inventaire facultatif établi lors de la dissolution de la communauté ou d'un régime de participation aux acquêts.

¹⁴¹⁹ Art. 1328 C. pr. civ. Il est facultatif mais peut être demandé par de nombreux intéressés (art. 1305 C. pr. civ.).

¹⁴²⁰ Art. L. 622-6 et L. 631-9 C. com.

¹⁴²¹ Art. L. 123-12 et L. 232-1 C. com.

¹⁴²² Art. 600 C. civ. On peut étendre cette règle à tous les cas où il y a un transfert de jouissance (S. CREVEL, « Inventaire », Rép. proc. civ. Dalloz, 2019, n° 106).

les biens objets de la gestion.¹⁴²³ S'y ajoutent alors la fiducie¹⁴²⁴, les sociétés dans leur ensemble¹⁴²⁵, la convention d'indivision¹⁴²⁶, ainsi que tout contrat transférant des prérogatives sur un ou plusieurs biens, ce qui nécessite de les désigner dans l'acte.¹⁴²⁷ En matière de communauté, les dispositions législatives permettent de déterminer quels biens et quelles dettes intègrent le patrimoine commun.¹⁴²⁸

223. Règle commune ? – Bien que les régimes de ces inventaires soient parfois divergents (forme de l'acte, obligatoire ou facultatif, comprenant une estimation des biens ou non, sanction en cas de défaut), ils visent tous le même objectif : éviter le détournement des biens gérés.¹⁴²⁹ En cela, l'inventaire se fonde sur le principe de loyauté applicable au gestionnaire. Peut-on en déduire l'existence d'une règle commune à toutes les situations de gestion de biens d'autrui ? En adoptant une approche large de ce concept, il est possible d'y voir une redondance dans la plupart des régimes, que les biens gérés soient listés au sein d'un acte spécifique, dans l'acte constitutif ou déterminables selon des critères légaux. Toutefois, l'inventaire ne peut avoir lieu dans tous les régimes, et notamment dans ceux où le transfert de gestion a lieu de fait. C'est le cas de la gestion d'affaires et de l'indivision lorsque celle-ci est due à une présomption. Dans le premier cas, les biens sont administrés à l'initiative du gérant selon les besoins de la situation, et il n'est pas possible *a priori* de déterminer lesquels entrent dans sa mission. Dans le second, la qualification indivise des biens est appliquée *a posteriori*, en raison de l'absence de preuve de la propriété exclusive de ces derniers.¹⁴³⁰ La présomption d'indivision n'a d'ailleurs pas pour but d'organiser la gestion mais plutôt la liquidation des

¹⁴²³ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 623.

¹⁴²⁴ Art. 2018, 1° C. civ.

¹⁴²⁵ Les statuts doivent mentionner les apports et le capital social de la société (art. 1835 C. civ.). Cela ne concerne toutefois pas l'ensemble des biens sociaux. L'inventaire de l'article L. 622-6 C. com. est ainsi plus complet, d'autant plus qu'il doit être réalisé chaque année.

¹⁴²⁶ Art. 1873-2 C. civ.

¹⁴²⁷ Cette hypothèse recouvre le mandat et ses dérivés, le dépôt, le prêt, le bail, les sûretés réelles... D'autant plus que le bail d'habitation soumis à la loi du 06/07/1989 exige l'établissement d'un état des lieux, comparable à un inventaire (art. 3-2).

¹⁴²⁸ Art. 1401 et s. C. civ. L'article 1402 dispose par ailleurs qu'établir un inventaire permet de combattre la présomption d'acquêt. Le même mécanisme se retrouve en matière d'indivision entre partenaires pacsés (art. 515-5-1 et s. C. civ.).

¹⁴²⁹ Il permet par exemple de lutter contre le recel successoral (art. 778 C. civ.).

¹⁴³⁰ On retrouve une telle présomption dans les régimes conjugaux séparatistes (art. 515-5 al. 2 ; art. 1538 al. 3 C. civ.). La jurisprudence l'applique également aux concubins (CA Paris, 15/01/1999 ; Dr. fam., 1999, n° 111, note H. LECUYER). On peut l'assimiler également à la présomption d'acquêts de l'article 1402 C. civ. P. SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 461 ; H. FULCHIRON, « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple », Defrénois, 2001, p. 949 ; G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d'indivision dans le Pacs », in *Etudes offerts à J. Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 83-95.

biens en vue d'un partage.¹⁴³¹ La gestion des biens d'autrui a ici lieu en fait mais n'est organisée par le droit qu'*a posteriori*, pour traiter de ses effets. L'inventaire, pris au sens large comme une description des biens faisant l'objet de la gestion, n'est donc pas une technique commune à l'ensemble des situations de gestion des biens d'autrui, mais s'applique dans la majorité d'entre elles.¹⁴³²

224. Effets de l'inventaire – La présence d'un inventaire a pour effet de circonscrire la gestion aux seuls biens désignés. Cela limite l'étendue des prérogatives du gestionnaire. L'acte qui aurait pour objet un autre bien que ceux décrits serait sanctionné pour défaut de pouvoir.¹⁴³³ Il permet également d'évaluer la gestion réalisée, en comparant le contenu et la qualité du patrimoine au début de la gestion avec le compte rendu réalisé en cours ou en fin de mission.¹⁴³⁴ De manière générale, l'inventaire évite la confusion des patrimoines entre gestionnaire et propriétaire et assure une délimitation claire de l'étendue de la gestion.¹⁴³⁵

II L'ouverture d'un compte dédié

225. Fonctionnement et efficacité – Le compte courant bancaire est un mécanisme spécifique. Il se fonde sur une convention entre un déposant, propriétaire des fonds placés, et un dépositaire, établissement bancaire.¹⁴³⁶ Il se matérialise par une ligne de compte représentant un solde débiteur ou créditeur au profit du déposant. Ce solde constitue une monnaie scripturale. Nous avons déjà expliqué que la monnaie n'était pas un bien matériel mais une créance, et le compte bancaire en est l'exemple type.¹⁴³⁷ Par un jeu d'écriture comptable, le déposant peut demander à la banque de modifier le montant inscrit au solde, en transférant une partie à lui-

¹⁴³¹ En effet, les biens concernés sont surtout des biens meubles qui ne font pas l'objet d'une publicité (sans quoi la preuve de la propriété serait aisée), or, ces derniers font l'objet d'une présomption de pouvoir selon les articles 221 et 222, et 515-5 al. 3 C. civ. V. G. YILDIRIM, « Séparation de biens », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 191 et s.

¹⁴³² Précisons également qu'il est souvent facultatif ou minimal (règles légales de détermination des biens gérés) dans les relations familiales (succession, gestion des biens du mineur, gestion des biens du couple), afin de ne pas alourdir les formalités pour les membres de la famille, que l'on suppose plus altruistes que des tiers (cf. *supra*, n° 208). C'est pourquoi il ne sera demandé qu'en cas de doute ou de défaillance. Comp. art. 1324 C. C. Q., qui dispose que l'inventaire est facultatif sauf exigence légale.

¹⁴³³ Cf. *infra*, n° 290 et s.

¹⁴³⁴ Cf. *infra*, n° 329.

¹⁴³⁵ En plus de l'inventaire, il est possible de prévoir une séparation physique des biens gérés de ceux du gestionnaire, ce qui garantit d'autant plus leur identification. C'est par exemple ce qu'impose l'article 2341 C. civ. concernant le gage avec dépossession de choses fongibles.

¹⁴³⁶ Nous évoquons ici plus particulièrement les comptes courants et de dépôt, qui peuvent servir à la fois à l'autonomisation de fonds et à leur utilisation dans une finalité déterminée.

¹⁴³⁷ Cf. *supra*, n° 74. R. BONHOMME, « Dépôt et compte en banque », Rép. com. Dalloz, 2021, n° 8 et s. ; J. STOUFFLET, « Compte courant », Rép. com. Dalloz, 2020, n° 1.

même ou à un tiers ou en recevant de la part d'un tiers ou de lui-même une somme à ajouter. La circulation de la monnaie se réalise ainsi.¹⁴³⁸

La particularité du compte bancaire est qu'il est parfaitement autonome des relations juridiques qui sont à la source des transferts de sommes d'argent. Il est encadré uniquement par sa convention constitutive, et tout autre élément lui est inopposable. Cela signifie que la seule volonté du déposant suffit à en modifier le montant, qu'importe la validité de l'acte qui est le support du transfert. Par conséquent, la propriété des sommes versées ou retirées n'a aucune importance pour le dépositaire, qui se contente d'exécuter les ordres transmis par le déposant.¹⁴³⁹

Le compte bancaire peut alors revêtir une utilité certaine en matière de gestion des biens d'autrui¹⁴⁴⁰, mais il ne sera efficace que s'il existe une adéquation parfaite entre la propriété des sommes versées, la titularité du compte et la finalité des actes de gestion.¹⁴⁴¹ Lorsqu'un compte est exclusivement dédié à la gestion des biens d'une personne ou d'un groupe, que les versements ont pour réel bénéficiaire le ou les titulaires du compte, alors celui-ci permet d'opérer une séparation entre les fonds appartenant au propriétaire et ceux appartenant au gestionnaire, qui n'a pas besoin de les faire transiter dans un compte ouvert à son nom.¹⁴⁴² Cela évite la confusion des biens et incite à la loyauté envers le propriétaire.

A l'inverse, si les versements sur le compte n'ont pas pour bénéficiaire réel son titulaire, cela peut entraîner une confusion au détriment du propriétaire, du fait de la fungibilité de la monnaie. Le dépositaire n'a pas à vérifier la propriété des fonds versés au compte, il ne répond que des ordres du titulaire.¹⁴⁴³ L'ouverture d'un compte dédié n'est garante du principe de

¹⁴³⁸ Le compte est un outil visant au règlement de créances. A partir d'un dépôt initial, les parties peuvent faire entrer des créances au compte qu'elles ont envers un tiers, ce qui va modifier le montant de ce dépôt, et se traduit à travers le solde du compte. Sur le fonctionnement du compte bancaire, v. R. BONHOMME, « Dépôt et compte en banque », Rép. com. Dalloz, 2021, n° 199 et s., spéc. n° 204.

¹⁴³⁹ La propriété du solde provisoire du compte revient à son titulaire (Cass. Com., 13/11/1973 ; RTD com., 1974. 130, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE).

¹⁴⁴⁰ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 498 et s.

¹⁴⁴¹ Ce dernier point a une importance en raison de l'intervention du gestionnaire, qui peut ne pas être l'un des titulaires du compte et aura donc procuration pour agir sur celui-ci. S'il transfère des fonds vers le compte d'un tiers depuis ce compte, il faut que cela soit conforme à l'exercice de sa mission, conformément au principe de loyauté, sous peine d'un détournement de pouvoir. Ex. : Cass. Com., 10/07/2012, n° 11-22146 ; Rev. Soc., 2012. 485, note V. THOMAS (détournement du compte d'une société par son dirigeant) ; Cass. Crim., 03/05/2011, n° 10-84366 (détournement du compte d'une personne âgée par sa « dame de compagnie »). V. R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 159 bis ; A. KARM, « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », Dr. fam., 2007, ét. 18.

¹⁴⁴² P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, coll. BDE, p. 534 ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 304.

¹⁴⁴³ Cette règle se retrouve à l'article 1937 C. civ. et plus spécifiquement pour les régimes matrimoniaux à l'article 221 al. 2 C. civ. Ainsi, une épouse peut déposer un chèque dont les deux époux sont bénéficiaires sur son compte personnel (Cass. Com., 21/11/2000, n° 97-18187 ; D. 2001. 2932, obs. V. BREMOND ; JCP G 2002. I. 103, n° 23, obs. M. STORCK ; Defrénois, 2001. 1127, obs. G. CHAMPENOIS). A l'inverse, le banquier ne peut faire

loyauté que si elle respecte l'adéquation entre la propriété des fonds, la titularité du compte et la finalité de la gestion. C'est pourquoi elle n'est obligatoire que dans certains cas seulement, comme en droit des personnes protégées¹⁴⁴⁴, ainsi que pour certaines propriétés collectives.¹⁴⁴⁵

III La création d'un patrimoine secondaire

226. Autonomie quasi-complète – L'autonomisation extrême des biens aboutit à la création d'un patrimoine secondaire, dont l'actif est composé uniquement des biens gérés et du passif des dettes de la gestion. Ce faisant, il devient bien plus difficile pour le gestionnaire de confondre les biens du propriétaire avec ses propres biens, car les relations entre différents patrimoines sont réglementées et contrôlées.¹⁴⁴⁶ La constitution d'un patrimoine secondaire est nécessaire en cas de propriété collective¹⁴⁴⁷, mais reste rare lorsque le propriétaire est seul. Deux exemples existent en matière de gestion des biens d'autrui. Le premier est la société unipersonnelle dans laquelle l'associé unique et le gérant seraient deux personnes différentes,

droit à la demande d'une conjointe de retrait d'une somme d'argent depuis le compte personnel de son mari sans mandat, quand bien même cet argent serait commun (Cass. Civ. 1^{ère}, 03/07/2001, n° 99-19868 ; D. 2002. 1102, note L. COMANGES ; JCP G, 2002. I. 103, n° 17, obs. P. SIMLER ; JCP N, 2002. 1206, note V. BREMOND ; Defrénois, 2002. 397, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ., 2001. 941, obs. B. VAREILLE). V. E. NAUDIN, « Les comptes bancaires et la famille », AJ fam., 2006, p. 273.

¹⁴⁴⁴ L'article 427 C. civ. dispose que l'administrateur de la personne protégée doit ouvrir un compte ou livret si elle n'en possède pas, et que les opérations bancaires d'encaissement, de paiement et de gestion patrimoniale doivent être réalisées sur un compte ouvert à son nom. Les articles 468 (curatelle), 472 (curatelle renforcée) et 498 C. civ. (tutelle) précisent que les fonds qui lui reviennent doivent être déposés sur ce compte. La loi n° 2007-308 du 05/03/2007 a ainsi introduit une prohibition des comptes pivots, pratique utilisée par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui consistait à rassembler les capitaux de plusieurs majeurs sur un seul compte ouvert au nom de l'organisme de tutelle. Chaque majeur protégé doit ainsi avoir son propre compte bancaire, ce qui devient un véritable « droit fondamental » (T. FOSSIER, L. PECAUT-RIVOLIER, « Réforme des tutelles : la protection des intérêts patrimoniaux », AJ fam., 2007, p. 167 ; M. COUTURIER, « Le compte en banque de la personne vulnérable », JCP N, 2008, 1270 ; G. RAOUL-CORMEIL, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le compte en banque du majeur protégé : Difficultés pratiques soulevées par le droit des personnes protégées et le droit bancaire », RD ban. fin., 2013, 23 ; M. LACENE-VILLEMONTAIX, « Les comptes bancaires du majeur protégé », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 219-231 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Majeur protégé et compte bancaire : analyse critique de l'article 427 du Code civil », RLDC, 2019, n° 175).

¹⁴⁴⁵ Pour le syndicat de copropriété : art. 18, II L. n° 65-557 du 10/07/1965. Le compte doit être ouvert à son nom, et pas au nom du syndic, sous peine de lui être inopposable (Cass. Civ. 3^{ème}, 01/03/2006, n° 03-10383, Bull. civ. III, n° 52). Une dispense est toutefois possible sous certaines conditions. Les sociétés par actions et SARL doivent également ouvrir un compte de dépôt en cas d'apport en numéraire lors de leur formation (art. L. 223-7 C. com.). Ce compte est généralement utilisé pour la gestion de la société après l'immatriculation. La société de gestion d'un fonds commun doit distinguer son compte propre de celui de ses clients (I. RIASSETO, M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille et conflits d'intérêts », BJB, 2008, p. 591, n° 19).

¹⁴⁴⁶ Cf. *supra*, n° 143.

¹⁴⁴⁷ Pour les raisons évoquées *supra*, n° 140

mais cela reste une hypothèse d'école. Le second est la fiducie, dont nous avons déjà évoqué le régime plus haut.¹⁴⁴⁸

Il convient simplement de constater ici que la constitution d'un patrimoine autonome est le stade ultime de l'autonomisation des biens, assurant une gestion d'autant plus loyale que la confusion entre les patrimoines est évitée. Cependant, même ici, le risque existe toujours. D'abord, parce que l'étanchéité du patrimoine secondaire est rarement complète, et la plupart du temps, il est possible pour les créanciers de saisir le patrimoine originaire du propriétaire en cas d'insuffisance du premier.¹⁴⁴⁹ Ensuite, parce que le gestionnaire peut passer outre l'autonomie du patrimoine géré et se servir de son actif pour régler ses propres dettes, ou inversement, et transférer des biens d'un patrimoine à l'autre sans respecter les formalités requises.¹⁴⁵⁰ Des sanctions s'appliquent au gestionnaire qui agirait comme tel.¹⁴⁵¹

L'autonomie des biens gérés est une technique utilisée dans de nombreux régimes de gestion des biens d'autrui, *a minima* à travers l'inventaire, *a maxima* du fait de la constitution d'un patrimoine autonome. Elle ne se retrouve cependant pas dans tous les régimes car il n'est pas toujours possible de prévoir le contenu de l'ensemble à gérer, et elle peut s'avérer inopportune ou inefficace. Elle est pourtant utile pour délimiter l'assiette de la gestion. Mais les limites de l'action du gestionnaire sont surtout dépendantes des pouvoirs qui lui sont conférés pour l'accomplir.

§ 2 : La délimitation des prérogatives du gestionnaire

Il est nécessaire lors du transfert de gestion de déterminer quelles seront les prérogatives du gestionnaire. A l'inverse du propriétaire, ses pouvoirs sont nécessairement limités car seule

¹⁴⁴⁸ Cf. *supra*, n° 91 et s.

¹⁴⁴⁹ Cf. *supra*, n° 152.

¹⁴⁵⁰ J.-J. DAIGRE, « Entreprise en difficulté : Personnes morales et dirigeants », Rép. soc. Dalloz, 2018, n° 91. Des auteurs constatent la porosité qui existe en fait entre la personne physique et la personne morale pour expliquer ces abus : M. DAGOT, C. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus », Rev. Soc., 1988, p. 1.

¹⁴⁵¹ En matière de droit des sociétés, les sanctions en question peuvent être pénales (abus de biens sociaux) ou civiles (action pour insuffisance d'actif). L'extension de la procédure collective a ainsi pour but de rétablir la réalité économique cachée par l'apparence juridique, et intégrer au gage des créanciers le patrimoine qui a été confondu avec celui du débiteur. Elle s'applique en cas de fictivité ou de confusion des patrimoines, aux personnes morales ou à l'EIRL (art. L. 621-2 C. com.). V. J.-L. VALLENS, « Les finalités incertaines de l'extension d'une procédure collective », D. 2020, p. 2416 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 480 et s.

la propriété est absolue.¹⁴⁵² L'étendue de ses prérogatives a une influence sur l'évaluation du résultat de sa gestion, puisqu'il ne peut agir que dans cette limite.¹⁴⁵³ Pour fixer le cadre de la mission du gestionnaire, le droit positif passe d'abord par la qualification de la nature des actes de gestion (I). Par la suite, chaque régime prévoit un partage des pouvoirs entre le gestionnaire et le propriétaire, qu'il convient de respecter (II).

I La nature des actes de gestion

227. Procédés conceptuels et non-conceptuel – Les actes de gestion renvoient ici aux actes que peut réaliser le gestionnaire sur les biens d'autrui. Il s'agit par conséquent nécessairement d'actes patrimoniaux, mais ils peuvent être matériels ou juridiques.¹⁴⁵⁴ Délimiter et classer les actes de gestion permet de déterminer ceux que peut accomplir ou non le gestionnaire, et à quelles conditions.¹⁴⁵⁵ La question est donc de savoir comment les actes de gestion doivent être catégorisés et délimités. Pour cela, il existe deux méthodes possibles.¹⁴⁵⁶

La première, appelée « procédé conceptuel », consiste à définir des catégories d'actes d'après des concepts autonomes.¹⁴⁵⁷ Cette méthode vise à déterminer des catégories d'actes auxquels sont appliqués les mêmes régimes. Les pouvoirs du gestionnaire sont délimités selon la référence à des catégories dans la détermination de ses pouvoirs, sans avoir à préciser quels actes particuliers peuvent ou non être valablement accomplis.¹⁴⁵⁸ L'inconvénient de cette technique est qu'elle demande une définition claire de chaque notion utilisée. En effet, il est

¹⁴⁵² Cf. *supra*, n° 168. V. aussi B. ALIBERT, « La gestion : essai de définition juridique », LPA, 26/02/1997, n° 25, p. 10 : « Quand une personne gère ses biens, il n'est ni utile ni pertinent de distinguer droit d'administrer et droit de gérer, droit de jouir et droit de disposer, mais, en revanche, quand la loi ou la convention reconnaissent la gestion par autrui, une étude s'impose, au juriste, pour déterminer le contenu de la gestion dans les situations créées. »

¹⁴⁵³ Les pouvoirs de gestion sont à la fois le fondement et la limite de l'obligation de gérer du gestionnaire (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 575). V. aussi V. MIALHE, « La délimitation des prérogatives en fonction des techniques », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

¹⁴⁵⁴ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 271-272. Cf. *supra*, n° 37.

¹⁴⁵⁵ Précisons qu'on s'intéresse ici à la relation entre le propriétaire et le gestionnaire. En effet, le dépassement de pouvoir est parfois inopposable envers les tiers de bonne foi, le gestionnaire étant supposé avoir tous les pouvoirs sur les biens gérés comme dans le cadre de la fiducie (art. 2023 C. civ.), des sociétés de capitaux ou à responsabilité limitée (art. L. 223-18, L. 225-56, L. 225-64, L. 226-7 et L. 227-6 C. com.) ou pour certains biens communs (art. 222 C. civ.). Cf. *infra*, n° 374.

¹⁴⁵⁶ F. LEDUC, *L'acte d'administration : Nature et fonction*, Bordeaux, Esther, L'espace juridique, 1992, n° 29 et s.

¹⁴⁵⁷ Le concept comporte deux aspects : la compréhension, c'est-à-dire la détermination des propriétés constitutives de sa substance, et l'extension, c'est-à-dire l'application de cette qualification à l'ensemble de la classe des objets possédant ces propriétés constitutives. F. LEDUC, *L'acte d'administration : Nature et fonction*, Bordeaux, thèse de doctorat, 1991, n° 97.

¹⁴⁵⁸ L'exemple typique de l'utilisation de cette technique est le mandat : l'article 1988 C. civ. fait une référence directe à l'acte d'administration et à l'acte de propriété.

nécessaire de pouvoir déterminer avec précision les propriétés caractéristiques de chaque qualification, afin d'identifier dans toutes les situations la catégorie à laquelle il faut rattacher l'acte. Or, c'est ici que le bât blesse. Non seulement les définitions de chaque catégorie d'actes ne sont pas claires, mais la distinction entre les catégories elles-mêmes n'est pas toujours acceptée. Il existe ainsi plusieurs procédés conceptuels, qui disposent chacun de leurs propres catégories plus ou moins autonomes.

C'est pourquoi l'autre technique, appelée « procédé non-conceptuel », apporte plus de sécurité et est parfois préférée.¹⁴⁵⁹ Plus simplement, elle fait appel à une liste limitative d'actes que le gestionnaire peut accomplir ou pas. Le problème est la rigidité du système : soit l'acte est mentionné dans la liste, et le gestionnaire peut l'appliquer, soit il ne l'est pas et est donc exclu des prérogatives accordées. Or, il peut être opportun, selon les circonstances, de modifier la qualification d'un acte, pour permettre au cas par cas sa réalisation. De plus, les textes ne peuvent pas tout prévoir, et la pratique peut se trouver vite limitée par une liste d'actes trop courte.¹⁴⁶⁰ Ajoutons que le procédé non-conceptuel impliquant une intervention du législateur, il prime sur les procédés conceptuels lorsqu'il est utilisé. Ces derniers nécessitent une qualification opérée soit par le gestionnaire, soit par le juge, qui ne saurait donc inclure des actes pour lesquels la loi a déjà statué.

L'étude du droit positif démontre l'utilisation de toutes ces techniques, parfois même de manière combinée.¹⁴⁶¹ Il convient de s'intéresser plus particulièrement au procédé le plus utilisé, à savoir la classification tripartite (A), avant de présenter les autres procédés conceptuels (B) et enfin le procédé non-conceptuel (C).

A) La classification tripartite des actes de gestion

228. Champ d'application et portée – La classification tripartite des actes de gestion est la technique la plus communément utilisée pour délimiter les pouvoirs du gestionnaire et du propriétaire.¹⁴⁶² Elle intègre la théorie générale de la gestion des biens d'autrui, et peut même être qualifiée de règle de droit commun car à défaut d'utilisation d'un autre système, c'est celui-

¹⁴⁵⁹ On peut citer à ce titre la loi n° 65-557 du 10/07/1965 qui énonce les actes que peut accomplir le syndic et à quelles conditions (art. 18 notamment).

¹⁴⁶⁰ R. VERDOT, « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition », RTD civ., 1967, p. 473 et s.

¹⁴⁶¹ Ainsi du régime de la tutelle, qui utilise la classification tripartite mais comporte également une liste d'actes interdits ou dont la réalisation est conditionnée (art. 508 et 509 C. civ.).

¹⁴⁶² Sur l'historique de cette classification, v. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 433.

ci qui sera utilisé. Elle a d'ailleurs intégré le droit commun de la représentation à la suite de la réforme du droit des obligations de 2016 à l'article 1155 du Code civil.¹⁴⁶³ Cependant, elle est concurrencée par d'autres procédés conceptuels ou non conceptuels, utilisés dans certains cas particuliers, tels que la gestion d'affaires ou le droit des sociétés en général.¹⁴⁶⁴ Elle est principalement utilisée dans le cadre du mandat¹⁴⁶⁵, de l'indivision¹⁴⁶⁶ et du droit des personnes protégées.¹⁴⁶⁷ Par ailleurs, de nombreux régimes font référence à l'acte conservatoire en particulier, sans adopter la classification complète.¹⁴⁶⁸ Elle ne porte que sur des actes juridiques et ne concerne pas les actes matériels.¹⁴⁶⁹

La portée de cette classification est cependant discutée. En effet, le droit des personnes protégées s'est doté de sa propre classification, en établissant des listes d'actes qualifiés d'administration ou de disposition.¹⁴⁷⁰ Même si le texte ne fait référence qu'au droit des personnes protégées, la doctrine se questionne sur son application aux autres domaines.¹⁴⁷¹ Il semblerait que la transposition soit possible, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que c'est la jurisprudence antérieure, qui ne différenciait pas les qualifications selon les matières, qui a inspiré la majorité des classifications du décret du 22 décembre 2008.¹⁴⁷² Ensuite, parce que le droit des personnes protégées a vocation à être le plus protecteur, il est donc pertinent de se fonder sur les qualifications qu'il offre, assurant ainsi une garantie de protection supérieure, au

¹⁴⁶³ « Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration. Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire. »

¹⁴⁶⁴ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 24 et n° 78 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 438 et s.

¹⁴⁶⁵ Art 1988 C. civ. Indirectement, par renvoi aux règles du mandat, elle s'applique également aux gestionnaires ayant le statut de mandataire ou les mêmes pouvoirs, cf. *supra*, n° 193.

¹⁴⁶⁶ Art 784 et 815-3 C. civ. Le droit des régimes matrimoniaux y fait également référence (art. 215, 222, 1422, 1429 C. civ.), parfois par l'intermédiaire des règles du mandat (art. 1431, 1432, 1539 et 1540 C. civ.).

¹⁴⁶⁷ Art 496 C. civ. et décret n° 2008-1484 du 22/12/2008. Ce système s'applique à toutes les personnes protégées, qu'il s'agisse de majeurs ou mineurs.

¹⁴⁶⁸ On peut citer par exemple les cas où le gestionnaire dispose d'une obligation de conservation en nature comme le dépôt, le prêt à usage ou l'usufruit, ou des régimes de gestion plus légers comme la sauvegarde (art. L 622-4 C. com.). Cf. *infra*, n° 327.

¹⁴⁶⁹ Si un acte matériel a été réalisé sur les biens du propriétaire, plusieurs qualifications sont possibles : la gestion d'affaires (cf. *infra*, n° 255), l'accession (art. 555 C. civ., mais il ne s'agit pas à proprement parler d'une gestion des biens d'autrui puisque celui qui réalise de tels actes se comporte comme un propriétaire), ou le contrat d'entreprise.

¹⁴⁷⁰ Cf. décret précité.

¹⁴⁷¹ Ceux qui restreignent son application au droit des personnes protégées : A.-M. LEROYER, « Personnes protégées – Qualification des actes de gestion du patrimoine », RTD civ., 2009, p. 180 (mais critique cette restriction) ; I. MARIA, « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », Dr. Fam., 2009, ét. 31 (en faveur de cette restriction). Ceux qui l'étendent aux autres domaines : T. FOSSIER, « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », JCP G, 2009, act. 20 (mais critique cette extension) ; D. NOGUERO, « La typologie des actes patrimoniaux : Retour sur le décret du 22 décembre 2008 », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 45-56 ; C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 335 (en faveur de cette extension).

¹⁴⁷² T. FOSSIER, art. préc.

risque d'un excès de prudence dans les autres domaines.¹⁴⁷³ Enfin, d'un point de vue pratique, l'application des mêmes qualifications dans tous les régimes utilisant la classification tripartite serait un gage de sécurité juridique. De plus, il convient de préciser que le décret du 22 décembre 2008 comporte une certaine dose de liberté dans la qualification des actes, permettant l'adaptation aux différentes situations.

229. Procédé conceptuel – La classification tripartite est une technique conceptuelle de détermination des actes juridiques. Elle utilise trois catégories d'actes différentes : l'acte de disposition, l'acte d'administration et l'acte conservatoire. La plupart des auteurs ayant écrit sur la question adhèrent à la division tripartite et ne la contestent pas. Pourtant, elle ne va pas de soi et certains auteurs ont préféré la réduire à une classification bipartite, voire ne retenir qu'un seul type d'acte de gestion valide. Ainsi, avant de s'intéresser aux différents actes compris dans la classification (ii.) ainsi que leurs effets (iii.), il convient d'abord de déterminer sa structure (i.).

i. La structure de la classification

230. Conception unitaire – De quelle manière faut-il distinguer les actes que peut prendre le gestionnaire dans le cadre de son administration ? La question est ardue et divise la doctrine depuis le XIX^{ème} siècle. Plusieurs propositions différentes ont été avancées, avant d'aboutir à la division actuelle, majoritairement admise. La première de ces propositions est celle d'Aubry et Rau.¹⁴⁷⁴ Les éminents auteurs de la théorie du patrimoine se sont également penchés sur les actes que l'administrateur dudit patrimoine pouvait accomplir pour l'engager. Constatant les failles de la division tripartite, ils ont proposé un système souple et simplifié, permettant une liberté plus grande dans l'appréciation des actes. Selon eux, l'acte de gestion est en réalité unique, et la distinction à faire n'est pas en son sein : soit l'acte est utile ou nécessaire, et par conséquent valide, soit il n'est ni l'un ni l'autre, et doit être invalidé.

¹⁴⁷³ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 335. C'est la raison pour laquelle un auteur (D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », RTD civ., 1995, p. 43) refuse de voir dans les pouvoirs de l'usufruitier ceux du tuteur.

¹⁴⁷⁴ C. AUBRY, C. RAU, P. EISMEN, *Cours de droit civil français*, Paris, Librairies techniques, t. 1, 7^{ème} éd., 1961, § 113, note 1 : « Nous croyons devoir répudier la distinction entre les actes de disposition et les actes d'administration, à laquelle s'attachent la plupart des commentateurs pour déterminer l'étendue des pouvoirs du tuteur. Cette distinction n'offre point un critérium à l'aide duquel on puisse résoudre avec certitude la question de savoir quels sont les actes que le tuteur peut faire seul, et quels sont ceux, au contraire, pour lesquels il doit se pourvoir de l'autorisation du conseil de famille, et, le cas échéant, de l'homologation de la justice. »

Malgré son évidente simplicité, cette distinction n'est pas applicable en l'état et n'a jamais été suivie. Les auteurs eux-mêmes la désavouent en faisant référence aux autres catégories d'actes.¹⁴⁷⁵ En effet, les textes font régulièrement un renvoi direct à certaines catégories en leur attribuant des conditions et un régime spécifique. Il n'est donc pas possible en l'état actuel du droit positif d'appliquer cette conception, ne serait-ce que pour le droit des personnes protégées.¹⁴⁷⁶

231. Division bipartite – Un nombre plus conséquent d'auteurs a proposé de diviser les actes de gestion en deux catégories, se fondant sur la comparaison entre les catégories proposées par la division tripartite. Leurs solutions partent du constat que certaines de ces catégories se recoupent, ce qui implique qu'elles doivent être repensées et certaines doivent être fusionnées. La plupart de ces auteurs ont travaillé sur l'acte d'administration, ce qui explique que cette catégorie soit au centre de leur réflexion.

Les auteurs favorables à la classification bipartite proposent plusieurs critères de distinction entre les actes. Le premier est celui de l'objet de l'acte, au sens de l'opération économique visée.¹⁴⁷⁷ Les actes de disposition seraient tous les actes d'aliénation non nécessaires à la sauvegarde du patrimoine, et les actes d'administration comprendraient tous les actes qui ne provoqueraient pas d'aliénation, sauf si celle-ci est nécessaire.¹⁴⁷⁸ Il est évident que cette présentation ne correspond pas au droit positif, car certains actes de disposition ne comportent aucune aliénation, comme la constitution d'une hypothèque¹⁴⁷⁹ ou le bail de longue durée¹⁴⁸⁰, et certains actes comportant une aliénation non nécessaire sont reconnus comme des actes d'administration, telle que la vente de valeurs mobilières.¹⁴⁸¹

¹⁴⁷⁵ V. notamment C. AUBRY, C. RAU, P. EISMEN, *Cours de droit civil français*, Paris, Librairies techniques, t. 4, 7^{ème} éd., 1961, p. 164 pour le mandat. Il convient cependant de préciser que leur conception unitaire est exposée au sein du chapitre sur les actes accomplis par le tuteur, et n'avait pas forcément vocation à être étendue à tous les pans du droit civil.

¹⁴⁷⁶ Cf. par exemple l'article 504 du Code civil relatif aux pouvoirs du tuteur, qui fait référence aux actes conservatoires et d'administration, et l'article 505 qui soumet les actes de disposition à l'autorisation du juge ou du conseil de famille.

¹⁴⁷⁷ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, t. 2, 1870, n° 304 et 305.

¹⁴⁷⁸ F. LAURENT, *op. cit.*, n° 425.

¹⁴⁷⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17/11/1981, n° 80-11181, Bull. civ. I, n° 337 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17/12/1991, n° 90-11908, Bull. civ. I, n° 357 ; JCP 1992. I. 3614, obs. G. WIEDERKHER ; Defrénois 1992. 396, obs. G. CHAMPENOIS.

¹⁴⁸⁰ Cass. Civ. 3^e, 16/09/2009, n° 08-16769, Bull. civ. I, n° 191 ; AJDI 2010. 234, obs. S. PRIGENT ; Defrénois 2009, art. 39087, note G. CHAMPENOIS.

¹⁴⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/2006, n° 04-10616, Bull. civ. I, n° 300 ; JCP 2008. I. 108, no 7, obs. Le Guidec ; JCP N 2006. 1359, étude P. BUFFETEAU ; AJ fam. 2006. 380, obs. F. BICHERON ; RTD civ. 2006. 807, obs. M. GRIMALDI.

Le deuxième critère évoqué est économique. Considérant que les actes d'administration et de disposition ont tous deux une fonction économique, à savoir l'échange de valeurs patrimoniales, tandis que l'acte conservatoire a une fonction différente (la conservation des biens en nature), Goldschmidt propose de fusionner les actes d'administration et de disposition en une seule catégorie.¹⁴⁸² Il délimite les contours de cette catégorie en y excluant les « actes de propriété », qui sont ceux que seul le propriétaire peut accomplir en raison de l'importance de l'altération qu'ils réalisent sur le patrimoine.¹⁴⁸³ Cependant, si le propriétaire souffre d'une incapacité, le régime est différent. L'administrateur obtient le pouvoir de passer ces actes mais uniquement s'ils sont utiles, sauf interdiction légale. La catégorie des actes d'administration devient alors extensive et comprend des actes plus graves.¹⁴⁸⁴ Le critère n'est plus le même : est un acte d'administration tout acte utile que peut passer seul l'administrateur. Il existe donc deux systèmes, dont l'application dépend de la capacité du propriétaire.¹⁴⁸⁵ L'avantage de cette thèse est de démontrer que le critère de l'objet de l'acte n'est pas fondé. Néanmoins, elle n'est pas adaptée au droit positif, qui admet la distinction entre actes d'administration et de disposition. Par ailleurs, elle n'apporte pas de solution en cas de propriétaire frappé d'incapacité, puisqu'elle renvoie simplement à ce que dit la loi, alors que le but du procédé conceptuel est de se passer d'une qualification légale. Enfin, elle feint de supprimer les actes de disposition en les assimilant en réalité aux « actes de propriété ». Aucun acte n'est un attribut exclusif de la propriété. Un gestionnaire peut avoir le pouvoir d'altérer gravement la consistance du patrimoine seul, même en cas d'habilitation générale. La fiducie ou la gestion d'un fonds commun en sont des exemples : le fiduciaire et la société de gestion peuvent accomplir des actes présentant un risque important pour le patrimoine, alors même qu'ils sont

¹⁴⁸² « La vie n'est qu'un échange juridique perpétuel ; il sort une certaine valeur du patrimoine, il en entre une autre ; voilà à quoi peuvent se ramener tous les actes juridiques. En se plaçant sur le terrain juridique, il n'existe aucune incompatibilité entre la notion d'administration et celle de disposition ; elles sont au contraire intimement liées l'une à l'autre. Il est juridiquement impossible de concevoir un acte dans lequel ne se retrouvent à la fois et la notion d'administration et la notion de disposition. » P. GOLDSCHMIDT, *Étude sur l'acte d'administration en droit civil français*, Paris, A. Rousseau, 1898, n° 34.

¹⁴⁸³ P. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, n° 34. Il se fonde pour cela sur l'article 1988 C. civ., qui oppose les actes d'administration aux actes de propriété. Il y voit une volonté du législateur de faire de ces actes un attribut du droit de propriété. Cf. R. VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1963, n° 279.

¹⁴⁸⁴ Verdot fait remarquer qu'à ce titre, la théorie de Goldschmidt se rapproche de celle d'Aubry et Rau : R. VERDOT, *op. cit.*, n° 280.

¹⁴⁸⁵ Claude Brenner parle d'une « méthode subjective » concernant cette théorie, car les pouvoirs du gestionnaire dépendent d'une qualité subjective attachée au propriétaire (la capacité d'exercice), cf. C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Paris, LGDJ, coll. BDP, n° 5. Il renvoie également à la définition de Planiol, qui présente la même idée de variation des catégories selon la capacité ou l'incapacité de la personne : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 4^{ème} éd., 1906, n° 2339. Cf. *supra*, n° 103 sur la distinction des régimes de gestion en fonction de la qualité du propriétaire.

titulaires d'une mission générale de gestion. Le critère économique proposé ne peut donc pas être retenu.

Une troisième classification bipartite a été proposée, fondée sur le critère de la normalité de l'acte.¹⁴⁸⁶ L'acte d'administration est celui qui est « normal » au sens où il ne fait pas peser de risque sur le patrimoine et s'accomplit durant la gestion courante, alors que l'acte de disposition est celui qui suppose une utilisation exceptionnelle et risquée. Dans le prolongement de la thèse précédente, celle-ci admet qu'il n'existe pas d'opposition naturelle entre les actes d'administration et de disposition. La solution proposée est assez proche de celle retenue en droit positif : effectivement, l'acte de disposition est celui qui est considéré comme plus risqué et anormal. Cependant, elle exclut volontairement l'acte conservatoire, en l'assimilant à l'acte d'administration.¹⁴⁸⁷ Or, l'acte conservatoire est un concept autonome¹⁴⁸⁸, comportant son régime propre, et il arrive qu'un gestionnaire soit limité dans ses pouvoirs à la simple conservation des biens.¹⁴⁸⁹ Il n'est donc pas possible, en l'état du droit positif, d'exclure l'acte conservatoire de la classification.

232. Classification tripartite – La classification tripartite est adoptée et reconnue par l'ensemble de la doctrine aujourd'hui. Il s'agit de la plus ancienne¹⁴⁹⁰ et la plus communément admise.¹⁴⁹¹ Elle contient trois catégories d'actes différentes : les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition. Le but de cette distinction est de classer les actes selon leur degré de gravité, selon l'importance de leurs effets sur le patrimoine géré. A ces trois

¹⁴⁸⁶ P. LE BARON, *De l'acte d'administration en droit civil français*, Paris, Edouard Duchemin, 1916, p. 131-133 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, M. NAST, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, t. 9, 1927, n° 593-594.

¹⁴⁸⁷ « L'acte d'administration est tout acte juridique quelconque qui tend, soit à conserver la fortune de la femme, soit à la mettre en valeur d'une manière normale, sans en compromettre l'existence et sans en modifier la composition. » M. PLANIOL, G. RIPERT, M. NAST, *op. cit.*, n° 593. « L'acte d'administration est d'abord l'acte dit conservatoire, c'est-à-dire l'acte de précaution indispensable, l'acte constituant le remède préventif d'une perte éventuelle. » P. LE BARON, *op. cit.*, p. 131.

¹⁴⁸⁸ R. VERDOT, *op. cit.*, n° 258 ; C. BRENNER, *op. cit.*, n° 233.

¹⁴⁸⁹ C'est le cas par exemple du dépositaire.

¹⁴⁹⁰ Elle serait apparue au cours du XIX^{ème} siècle sous la plume notamment de Laurent (F. LAURENT, *op. cit.*, n° 304), alors que le Code civil n'utilisait que ponctuellement les expressions d'actes conservatoires, d'administration et de disposition. Les premiers systèmes dualistes distinguant actes de disposition et d'administration (comme celui de Laurent) ont permis le développement des classifications tripartites. La loi n° 68-5 du 03/01/1964 portant réforme du droit des incapables majeurs a consacré cette distinction d'origine doctrinale en droit des personnes protégées. Cf I. MARIA, art. préc.

¹⁴⁹¹ A. TRASBOT, *L'acte d'administration en droit privé français*, Bordeaux, Y. Cadoret, 1921, p. 162 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 4^{ème} éd., 1948, n° 2572 ; R. VERDOT, *op. cit.*, n° 261 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil : Les obligations*, Paris, Sirey, t. 1, 1988, p. 260 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, PUF, coll. Quadrige manuels, t. 1, 2^{ème} éd., 2017, n° 294 ; C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 269 et s.

catégories d'actes correspondent alors trois catégories de pouvoirs : le pouvoir de conserver les biens, c'est-à-dire d'accomplir les actes nécessaires à la sauvegarde du patrimoine ; le pouvoir de les administrer, et donc de réaliser la gestion courante et usuelle du patrimoine ; et le pouvoir d'en disposer, ce qui signifie l'accomplissement d'actes risqués et inhabituels altérant fortement le patrimoine. Dès lors, il est possible de confier à chaque gestionnaire un ou plusieurs de ces pouvoirs selon la mission qui lui est attribuée, suivant une logique de gradation. Ainsi, par exemple, un dépositaire aura uniquement le pouvoir de conserver les biens confiés¹⁴⁹², alors qu'un tuteur aura également le pouvoir de les administrer¹⁴⁹³, et un fiduciaire aura en principe le pouvoir d'en disposer.¹⁴⁹⁴

Il s'agit là d'une présentation sommaire des différents actes de la division tripartite. Dans son esprit, cette classification est claire et cohérente. Cependant, en pratique, sa mise en application pose de nombreux problèmes. En effet, la doctrine se dispute les critères à utiliser pour distinguer les actes entre eux. L'étude des principales thèses en présence le démontre.

233. Critères de la classification – Le premier auteur à avoir présenté un système cohérent et abouti de distinction entre chaque catégorie d'actes est Trasbot.¹⁴⁹⁵ Utilisant la méthode de la libre recherche scientifique de Gén¹⁴⁹⁶, il recense deux principes fondamentaux irriguant le droit positif : la protection de la personne humaine et le choix de la propriété individuelle comme mode de production économique le plus efficace. Il en déduit que le principe est la liberté de gestion de chacun sur son propre patrimoine, sauf lorsque l'exigence de protection de la personne commande la gestion par un tiers, ce qui justifie la répartition des pouvoirs sur le patrimoine selon l'intérêt réel ou présumé du propriétaire.¹⁴⁹⁷ Or, il existe dans le donné réel trois types de pouvoirs selon lui, correspondant à trois finalités différentes : la conservation des biens, leur amélioration et leur disposition. Ces trois pouvoirs peuvent alors

¹⁴⁹² Le pouvoir du dépositaire de conserver les biens est impliqué par son obligation de conservation, elle-même induite de son obligation de restitution (art. 1927 et 1932). Cf. à ce sujet C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Aix-en-Provence, PUAM, n° 432. Cf. *infra*, n° 326.

¹⁴⁹³ Art. 504 C.Civ.

¹⁴⁹⁴ Art. 2018, 6° (possibilité de confier un pouvoir de disposition au fiduciaire) et 2023 C. civ. (présomption des pouvoirs les plus étendus à l'égard des tiers).

¹⁴⁹⁵ A. TRASBOT, *op. cit.*, p. 162.

¹⁴⁹⁶ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1914.

¹⁴⁹⁷ Cf. *supra*, n° 82 sur cette conception.

être distribués, et potentiellement être étendus ou limités par la loi de manière plus précise.¹⁴⁹⁸
Le critère retenu est donc celui de la finalité de l'acte.¹⁴⁹⁹

Une deuxième proposition de classification a été proposée par Verdote.¹⁵⁰⁰ Selon cet auteur, le critère de distinction entre les catégories d'actes est économique. Les actes se distinguent selon leur influence sur le patrimoine : l'acte de disposition est celui qui fait courir un risque économique important et anormal sur le patrimoine¹⁵⁰¹ ; l'acte conservatoire est celui qui ne fait courir aucun risque sur le patrimoine mais n'apporte aucun avantage économique non plus¹⁵⁰² ; et l'acte d'administration est celui qui fait peser un risque normal, minime ou nul sur le patrimoine dans l'espoir d'en récolter un avantage positif immédiat ou à moyen terme.¹⁵⁰³

Enfin, Hauser a présenté un dernier critère apportant une précision pour les deux autres plus qu'une remise en cause. Il s'agit de « l'élément objectif-temps » : l'acte conservatoire est un acte rendu urgent et nécessaire par les circonstances factuelles ; l'acte d'administration est volontaire mais comporte un effet de court terme ; et l'acte de disposition est un acte volontaire engageant le patrimoine sur le long terme.¹⁵⁰⁴ Il introduit comme éléments de qualification la liberté d'initiative et l'inscription de l'engagement dans le temps. L'auteur reconnaît lui-même que cette solution se rapproche du critère économique, en se référant à la gravité de l'acte sur le patrimoine, et qu'elle n'est pas suffisante à créer un système.¹⁵⁰⁵ Elle apporte toutefois des précisions intéressantes.

¹⁴⁹⁸ A. TRASBOT, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴⁹⁹ « Est dit acte d'administration tout acte juridique quelconque lorsque, par rapport à l'ensemble d'un patrimoine donné, ledit acte apparaît comme accompli par son auteur *dans le but* d'assurer à la fois la conservation et la mise en valeur normale de ce patrimoine ou d'un ou plusieurs de ses éléments, dans des conditions légalement déterminées et sous la menace d'une sanction appropriée. Est dit acte conservatoire tout acte juridique quelconque lorsque, par rapport à l'ensemble d'un patrimoine donné, ledit acte apparaît comme accompli par son auteur *dans le but* de sauvegarder l'existence ou la valeur de ce patrimoine ou d'un ou plusieurs de ses éléments en péril, dans des conditions légalement déterminées, et sous la menace d'une sanction appropriée. Est dit acte de disposition tout acte ou abstention juridique quelconque lorsque, par rapport à l'ensemble d'un patrimoine donné, cet acte ou cette abstention apparaissent comme accomplis par leur auteur, *soit dans un but exclusif* de toute mise en valeur, *soit dans le but* d'une mise en valeur anormale dudit patrimoine ou d'un ou plusieurs de ses éléments ; dans ces conditions l'acte de disposition implique pour le disposant l'exercice licite d'une pleine maîtrise et n'entraîne de ce chef aucune responsabilité ni sanction. » A. TRASBOT, *op. cit.*, p. 199-200 (nous soulignons).

¹⁵⁰⁰ R. VERDOT, *op. cit.*, n° 261.

¹⁵⁰¹ « L'acte de disposition est *l'acte de rendement* tendant à obtenir *le bénéfice le plus important possible*, dans des conditions anormales et en courant des *risques sérieux*, ou bien l'acte de la destruction, épuisant en totalité ou en partie le bien ou le droit sur lequel il porte, accompli dans une intention libérale, sous l'empire de la nécessité ou même par négligence. » R. VERDOT, *op. cit.*, n° 352 (nous soulignons).

¹⁵⁰² « L'acte conservatoire est l'acte de sauvegarde, absolument nécessaire ou imposé par la loi, *exclusif de tout risque* pour le bien sur lequel il porte, ne représentant non plus *aucun avantage positif* et sans répercussion sur le patrimoine qui en profite. » R. VERDOT, *op. cit.*, n° 360 (nous soulignons).

¹⁵⁰³ Verdote retient une conception dualiste de l'acte d'administration selon la qualité de celui qui est titulaire du patrimoine protégé, et il en donne donc deux définitions différentes, qui seront étudiées plus loin (cf. *infra*, n° 238).

¹⁵⁰⁴ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, n° 66.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*

La doctrine et le droit positif actuel reprennent l'ensemble de ces éléments pour déterminer les qualifications applicables à chaque acte particulier. Cependant, l'étude de chaque catégorie au cas par cas permet de démontrer que malgré la fixation de critères, la qualification des actes reste un problème épineux.¹⁵⁰⁶

ii. *La qualification des actes de la classification tripartite*

En réalité, les trois catégories d'actes ne sont pas parfaitement définies et peuvent varier selon la situation juridique considérée. En effet, le droit des personnes protégées s'est doté de sa propre classification¹⁵⁰⁷, mais il n'est pas certain qu'elle s'applique aux autres régimes de gestion de biens d'autrui qui utilisent la classification telles que le mandat ou la fiducie. C'est alors à la jurisprudence de déterminer au cas par cas la qualification de l'acte en question. Or, les critères de qualification ne sont pas nécessairement clairs, et il arrive qu'ils se contredisent. L'enjeu est pourtant fondamental, car la qualification des actes entraîne leur validité ou non selon les pouvoirs accordés au gestionnaire.

Pour améliorer cette distinction, la doctrine, la loi et la jurisprudence ont recherché des méthodes plus précises. Il convient de les étudier chacune de manière autonome. La manière la plus simple de les présenter est de faire référence d'abord aux différentes propositions doctrinales qui ont pu être formulées au sujet de chaque catégorie d'actes ; puis au droit positif, dont le point de départ est l'article 496 du Code civil et le décret du 22 décembre 2008 sur les actes de gestion du patrimoine des personnes protégées, qui donnent les définitions générales et communément admises de chacun de ces actes ; enfin à la jurisprudence applicable à chacun selon les situations concernées.

a) L'acte conservatoire

234. Finalité de conservation face à un péril – L'acte conservatoire a été assez peu étudié en doctrine.¹⁵⁰⁸ La plupart des études se concentrent sur l'acte d'administration ou sur la

¹⁵⁰⁶ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 442 et s.

¹⁵⁰⁷ Décret n° 2008-1484 du 22/12/2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle ; cf. A.-M. LEROYER, art. préc. ; D. NOGUERO, D. 2009, p. 2183 ; T. FOSSIER, art. préc. ; I. MARIA, art. préc.

¹⁵⁰⁸ C. BRENNER, *op. cit.*, n° III.

distinction entre l'acte d'administration et celui de disposition. Dès lors, il est difficile de déterminer quels sont les critères de l'acte conservatoire. La doctrine traditionnelle recense ses caractéristiques principales (urgent, nécessaire, exceptionnel, provisoire et peu grave)¹⁵⁰⁹, mais M. Brenner a démontré qu'elles n'étaient pas réellement pertinentes.¹⁵¹⁰

Il est le dernier auteur à avoir brillamment systématisé la notion d'acte conservatoire. Sa définition a le mérite d'être à la fois courte, simple et précise.¹⁵¹¹ Sa thèse part d'une conception élargie de l'acte conservatoire au sens matériel : il peut consister en un acte juridique ou matériel, une mesure active ou une simple abstention, voire une action en justice.¹⁵¹² La particularité de la notion est ailleurs. Il différencie l'acte conservatoire des autres types d'actes du fait de sa finalité, ce qui lui permet de prendre de nombreuses formes.¹⁵¹³ L'acte conservatoire comprend selon lui deux éléments caractéristiques : sa finalité et sa condition. Il a pour but de maintenir un bien en état et est conditionné par l'existence d'un péril.¹⁵¹⁴

Selon M. Brenner, la finalité de l'acte conservatoire est le maintien en l'état d'un bien. Le terme « maintien en l'état » n'est pas juridique et mérite donc des précisions. Pour l'auteur, il s'agit de la préservation des qualités économiques attachées au bien. L'acte conservatoire étant par nature patrimonial, il porte nécessairement sur un bien¹⁵¹⁵, et son but est de préserver

¹⁵⁰⁹ R. VERDOT, *op. cit.*, n° 360, p. 262 ; P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LGDJ, 1968 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 154 ; G. CORNU, *Droit civil : Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 129.

¹⁵¹⁰ C. BRENNER, *op. cit.*, n° 139 et s. Il cite comme contre-exemples des actes conservatoires définitifs (l'inventaire ou l'acte interruptif de prescription), qui ne sont pas urgents (l'interruption de prescription), voire qui sont potentiellement graves et onéreux (le paiement d'une dette en vue d'éviter une saisie ou la conclusion d'un contrat de dépôt). Par ailleurs, concernant la condition d'urgence, la loi n° 2006-728 du 23/06/2006 a ajouté à l'article 815-2 C.Civ. que l'urgence n'était pas une condition à la réalisation des actes conservatoires par un indivisaire.

¹⁵¹¹ C. BRENNER, *op. cit.*, n° 216 et s.

¹⁵¹² *Ibid.*, n° 69 et s.

¹⁵¹³ *Ibid.*, n° 438. Cf également : « Au fond, la notion d'acte conservatoire définit moins une catégorie d'actes qu'une manière d'être, une qualité qui peut affecter les deux autres catégories. Il est des actes d'administration, et même de disposition, qui deviennent conservatoires en raison des circonstances. » J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 297. De même, I. MARIA, art. préc.

¹⁵¹⁴ Un auteur le définit comme une application de l'état de nécessité en droit civil, en ce qu'il requiert une situation de menace sur un droit (P.-A. PAGEAUD, *Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire*, Poitiers, Imp. Moderne Renault et Cie, 1941, n° 196-199). Le parallèle avec le droit pénal n'est pas vraiment opportun, car la logique législative qui s'exprime n'est pas la même. En droit pénal, l'état de nécessité est un fait justificatif autorisant la commission d'une infraction en cas de péril grave et objectif causé par des circonstances extérieures et n'émanant pas d'une personne, sans quoi la qualification de légitime défense est préférée (art. 122-7 C. pén.). L'acte conservatoire n'obéit pas à la même logique : il s'agit d'un acte licite visant à éviter un péril, quelles que soient les caractéristiques de ce dernier. L'acte conservatoire est encouragé car il n'est pas supposé créer un dommage, alors que l'état de nécessité suppose la commission d'une infraction, donc un fait de nature délictuelle et en principe sanctionné. On retrouve cependant la volonté d'empêcher la réalisation d'une menace existante.

¹⁵¹⁵ L'auteur définit rapidement les biens comme les « choses susceptibles d'inclusion dans le commerce juridique », c'est-à-dire les choses pouvant intégrer le patrimoine et les droits patrimoniaux immatériels, à l'exclusion des biens innés et des droits extrapatrimoniaux (C. BRENNER, *op. cit.*, n° 208).

les caractéristiques du bien qui influent sur sa valeur économique. Plus précisément, il se range derrière la conception de Catala, qui définit l'état d'un bien comme « tous les éléments juridiques et matériels qui influent sur l'appréciation de la chose au moment où on y procède ». ¹⁵¹⁶ Ces éléments diffèrent selon les lieux et les époques : les caractéristiques considérées comme économiquement valorisables d'un bien ne sont pas toujours identiques. Elles dépendent essentiellement des mœurs sociales. Cependant, leur dénominateur commun est la monnaie : elles permettent l'évaluation du bien en argent. ¹⁵¹⁷ M. Brenner a donc une approche exclusivement économique de l'objet de l'acte conservatoire, au sens où ce sont les caractéristiques du bien permettant son évaluation monétaire qui doivent être conservées. ¹⁵¹⁸

En revanche, il se réclame lui-même d'une approche stricte de la conservation. Il considère en effet que l'action de conserver nécessite la préservation de la substance du bien au sein du patrimoine, et contredit par conséquent l'aliénation. Il prône donc la conservation en nature du bien, par opposition à la conservation en valeur. ¹⁵¹⁹ Il justifie cette position par le fait que, prise au pied de la lettre, la conservation en valeur implique de considérer toute aliénation au juste prix comme un acte conservatoire. ¹⁵²⁰ Cependant, ce faisant, il occulte le second élément de sa définition de l'acte conservatoire : si celui-ci vise à la conservation d'un bien, il est d'abord conditionné par l'existence d'un péril. Et c'est peut-être cette condition qui permet d'admettre qu'un bien puisse être aliéné dans le but de conserver ce qui importe chez lui, c'est-à-dire sa valeur. En effet, certains biens ont vocation à être aliénés, et les caractéristiques économiques qui y sont rattachées peuvent ne se résumer qu'à la valeur monétaire du bien. ¹⁵²¹ Par conséquent, si les caractéristiques économiques du bien, qui sont selon l'auteur le réel objet de la conservation, n'existent qu'à travers sa valeur monétaire, c'est celle-ci qui sera conservée et non pas le bien dans sa substance.

¹⁵¹⁶ P. CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, Paris, Defrénois, 3^{ème} éd., 1982, n° 28.

¹⁵¹⁷ « Conserver l'état du bien, caractérise exactement l'activité conservatoire. Non seulement, celle-ci n'appréhende que les biens, les richesses patrimoniales, laissant de côté ce qui n'est pas traduisible sous la forme monétaire, mais elle ne les envisage que dans leur réalité économique. Seules les qualités, caractéristiques du bien qui contribuent à sa valeur économique peuvent être objet de soins conservatoires. Partant, toutes les activités qui ne répondent pas à des objectifs proprement économiques demeurent étrangères à notre sujet. [...] En somme, l'acte conservatoire s'inscrit dans la fraction valoriste de la conservation. Mais, parce que la valeur économique des biens est fonction de paramètres multiples, il se dévoile sous des traits variés. » C. BRENNER, *op. cit.*, n° 219.

¹⁵¹⁸ Sur la conception valoriste de la notion de bien, cf. *supra*, n° 30.

¹⁵¹⁹ C. BRENNER, *op. cit.*, n° 224. Par ailleurs, lorsqu'il parle de « conservation juridique », l'auteur fait référence aux éléments purement juridiques attachés à la chose, comme le droit portant sur elle ou les actions en justice permettant de les défendre. Ainsi, l'exercice d'une action pétitoire est par exemple un acte conservatoire visant la conservation du droit de propriété sur un bien. *Ibid*, n° 209, p. 109.

¹⁵²⁰ Cf également J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 294. Dans le même sens, Mme Brunetti-Pons restreint encore plus la conservation puisqu'elle la limite uniquement aux choses corporelles. Il convient cependant de préciser qu'elle n'étudie que l'obligation de conservation, et pas l'acte conservatoire en général. C. BRUNETTI-PONS, *op. cit.*, n° 6.

¹⁵²¹ Cf. *supra*, n° 34.

235. Critique et hypothèse – Il convient alors d’approfondir la thèse de M. Brenner. L’auteur a raison lorsqu’il définit l’acte conservatoire comme un acte de n’importe quelle nature, comprenant deux éléments caractéristiques : une finalité de conservation et la condition d’existence d’un péril. Cependant, on peut critiquer son appréciation de la conservation. L’objet de la conservation qu’il retient est, selon nous, trop économique et trop restrictif. Plutôt que de permettre l’idée d’une conservation en valeur, qui est pourtant la base même de l’analyse « valoriste » qu’il prône, il restreint la conservation du bien à sa substance. Certes, il ne faut pas appliquer la qualification d’acte conservatoire à tous les actes produisant un échange de valeurs équivalentes. Il serait également trop extensif de ne retenir comme condition la simple existence d’un péril, car, comme l’explique M. Brenner, le péril peut être de faible probabilité et de moindre risque, et l’aliénation d’un bien important en raison d’un risque minime pourrait alors être qualifiée de conservatoire.

Il faut donc trouver un critère qui permettrait la conservation en valeur mais seulement dans certains cas déterminés. Il nous semble que le critère finaliste de la réalisation de l’intérêt du propriétaire soit alors le plus adapté. En effet, selon l’orientation donnée à la gestion, l’objet de la conservation va différer. La gestion d’un patrimoine composé de valeurs mobilières nécessitera la conservation de la valeur de ce patrimoine, et non celle de ses actifs, car le but premier de ce patrimoine est le rendement. En revanche, il est évident que la gestion du patrimoine familial nécessite une grande stabilité dans un certain nombre de ses éléments. Les époux n’ont pas intérêt à spéculer à partir de leurs biens communs servant à la vie du ménage. M. Brenner envisage bien la possibilité d’aliénations conservatoires, mais il la limite aux seuls biens périssables.¹⁵²² Nous estimons que la conservation en valeur doit s’appliquer non pas en fonction de la nature du bien, mais en fonction de l’intérêt du propriétaire, et donc de l’orientation donnée à la gestion.¹⁵²³

236. Vérification de l’hypothèse – Il convient de justifier cette solution à l’appui du droit positif. Le point de départ de l’étude de ce dernier est la définition légale donnée dans le décret du 22 décembre 2008 : il s’agit de l’acte « qui permet de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable sans compromettre

¹⁵²² C. BRENNER, *op. cit.*, n° 225-226. De même, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 294.

¹⁵²³ V. appliqué au logement, J.-M. PLAZY, F. GEMIGNANI, « Le logement de la personne vulnérable », JCP N, 2012, 1193.

aucune prérogative du propriétaire. »¹⁵²⁴ Cette définition reprend les caractéristiques considérées comme classiques de l'acte conservatoire : l'exigence d'un péril, qualifié d'imminent, ou d'un risque de dépréciation, qualifiée d'inévitable. Elle inclut également un critère juridique : l'absence d'effet sur les prérogatives du propriétaire, sous-entendant que les actes d'administration et de disposition impliquent en principe une atteinte à ces prérogatives. De même, à l'inverse des actes d'administration et de disposition, aucune liste d'exemples n'est donnée pour orienter la qualification. Cela s'explique par la consécration de la spécificité de l'acte conservatoire au regard des deux autres catégories, son critère finaliste. On peut néanmoins noter que la définition donnée parle d'un acte « qui permet » et non « qui vise », comme si l'acte conservatoire avait d'autres attributions. De plus, l'ajout d'un critère juridique (« sans compromettre aucune prérogative du propriétaire ») peut amener quelques critiques. De quel propriétaire parle-t-on ? Si le propriétaire en question est celui du bien faisant l'objet de la mesure conservatoire, cela signifie que certains actes habituellement considérés comme conservatoires devraient être disqualifiés, comme le séquestre par exemple, dans la mesure où il soustrait le bien à l'usage et empêche son aliénation.¹⁵²⁵ Il paraît plus vraisemblable que le propriétaire visé soit le titulaire du droit à protéger. Ce critère signifie dans ce cas que l'acte conservatoire ne doit pas l'empêcher à l'avenir de réaliser d'autres actes sur son bien, matériels ou juridiques. Il doit uniquement protéger le bien et pas lui porter atteinte.

Se pose alors la question des « aliénations conservatoires. » Peut-on qualifier un acte de conservatoire dès lors qu'il vise à sauvegarder non pas la substance du bien mais sa valeur dans le patrimoine ? La définition du décret précité ne semble pas l'interdire, puisqu'elle emploie les termes « sauvegarder le patrimoine », distinguant par ailleurs cet objectif des autres (« soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable »). On pourrait y voir trois finalités alternatives de la conservation du patrimoine : soit sa conservation en valeur (« sauvegarder le patrimoine »), soit sa conservation en substance (« soustraire un bien à un péril imminent »), soit sa conservation en valeur et en substance (« soustraire un bien à une dépréciation inévitable »). Il n'y a donc pas d'obstacle légal à cette admission.

D'autant plus que l'étude des textes relatifs à l'acte conservatoire, hors du cadre des personnes protégées, laisse penser que la conservation en valeur constitue l'une des finalités de l'acte conservatoire. De manière classique, l'aliénation de biens périssables est classée parmi les actes conservatoires, ce qu'admettait déjà la majorité de la doctrine à titre d'exception, et

¹⁵²⁴ Art. 3 du Décret n° 2008-1484 du 22/12/2008.

¹⁵²⁵ Art. 1955 et s. C. civ.

que l'on retrouve dans les textes.¹⁵²⁶ Mais l'évolution du droit positif a intégré d'autres actes conservatoires pouvant consister en une aliénation. Ainsi, l'article 784 du Code civil classe parmi les actes purement conservatoires portant sur le patrimoine successoral « l'acte destiné à éviter l'aggravation du passif successoral. » En d'autres termes, est consacrée ici la finalité de conservation en valeur du patrimoine, ce qui permet indirectement l'accomplissement d'actes d'aliénation si ceux-ci sont nécessaires pour limiter le passif du patrimoine, et ce même si le risque de saisie n'est que potentiel et concerne le patrimoine dans son ensemble.

L'analyse de la jurisprudence donne des indications supplémentaires sur les critères de qualification des actes conservatoires. M. Brenner s'en sert pour distinguer les actes conservatoires par nature et les actes conservatoires du fait de leur finalité.¹⁵²⁷ Parmi les actes conservatoires par nature, il cite les actes d'administration de soins,¹⁵²⁸ les mesures de vérification¹⁵²⁹, l'accomplissement de formalités nécessaires à la sauvegarde d'un droit¹⁵³⁰, les mesures d'interdiction¹⁵³¹, les mesures de mise en sécurité¹⁵³², et enfin les mesures supplétives.¹⁵³³ Comme l'exprime l'auteur¹⁵³⁴, cette classification n'a qu'une vocation descriptive et n'a pas pour but de proposer des catégories juridiques rigides. Elle permet cependant d'appréhender la diversité des actes conservatoires, et de constater qu'il existe bel et

¹⁵²⁶ Art. 784, 2° C. civ.

¹⁵²⁷ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 279 et s. ; v. également C. BRENNER, *op. cit.*, n° 235 et s.

¹⁵²⁸ Ce sont ceux visent à conserver la substance d'un bien eu égard à sa nature, comme les réparations nécessaires, la récolte de produits agricoles, l'entretien des animaux...

¹⁵²⁹ Elles visent à s'assurer de l'état d'un bien ou d'une masse de bien et à contrôler leur gestion. On y retrouve l'inventaire ou l'état descriptif (Cass. Civ., 19/07/1887, DP 1888.I.49, note H.-F. PONCET ; Cass. Civ., 09/07/1895 ; DP 1896.I.374 ; CA Colmar, 29/05/1964 ; JCP 1965. II. 14301, note P. VOIRIN), les mesures d'instruction *in futurum* (Cass. Civ., 30/11/1881 ; DP 1881.I.132 ; Cass. Req., 17/11/1891 ; DP 1895.I.149 ; Cass. Com., 10/11/1952, Bull. civ. III, n° 346) et les mesures de surveillance spécifiques à chaque matière (ex. : désignation d'un contrôleur tiers pour évaluer l'action du gestionnaire, comme le contrôleur de gestion dans le cadre d'une société : Cass. Com., 18/10/1950 ; JCP 1951. II. 6238 ; CA Lyon, 30/03/1978 ; D. 1978. Somm. 417, obs. M. VASSEUR ; CA Paris, 27/02/1981 ; Rev. Soc. 1981. 109, note A. BOUSQUET ; Cass. Com., 12/10/1989 ; D. 1989. IR 288 ; Rev. Soc. 1990. 78).

¹⁵³⁰ Ex. : la déclaration d'une créance à la procédure collective (Cass. Civ. 1^{re}, 14/03/2012, n° 10-10006 ; Procédures 2012, comm. 153, M. DOUCHY-OUODOT ; RTD civ. 2012, p. 377, obs. R. PERROT ; RTD com. 2013, p. 845, obs. A. MARTIN-SERF), la déclaration d'un sinistre auprès de l'assureur (Cass. Civ. 3^{ème}, 20/01/1993, n° 91-12550), ou les formalités liées à la publication foncière d'une hypothèque (CA Reims, 22/03/1982, Gaz. Pal. 1982. 2, somm. 310).

¹⁵³¹ Elles visent à protéger un bien de l'action des tiers en prohibant certains comportements, voire certaines prérogatives dont disposait le tiers sur le bien en question. Ex. : la saisie conservatoire (Art. L. 521-1 et s. C.pr. exé.), ou l'opposition à partage (Cass. Com., 01/12/2009, n° 08-13551 ; RJDA 5/2010, n° 545).

¹⁵³² Elles permettent de mettre le bien à l'écart pour éviter les actes matériels qui pourraient lui porter atteinte. Il s'agit notamment de la mise sous scellé (Cass. Civ. 1^{ère}, 04/10/2005, n° 02-13645) et du séquestre (Cass. Com., 13/06/1989 ; D. 1989. 379).

¹⁵³³ Il s'agit des mesures servant à substituer un autre gestionnaire en cas d'inaction de la part de l'administrateur désigné, telles que la nomination d'un administrateur provisoire (Cass. Civ. 1^{ère}, 13/11/1984, n° 83-13999, Bull. Civ. I, n° 301) ou, selon l'auteur, l'action oblique (C. BRENNER, *op. cit.*, n° 349 et s.).

¹⁵³⁴ C. BRENNER, *op. cit.*, note 1, p. 125.

bien des actes dont la nature est d'être conservatoire. Néanmoins, il ne faut pas se laisser leurrer par la distinction opérée : ce n'est pas le critère de la nature des actes qui permet leur qualification, c'est toujours celui de leur finalité. Il se trouve simplement que ces actes ont *par nature* vocation à sauvegarder un bien ou un patrimoine face à l'existence d'un péril, et ne peuvent être utilisés à d'autres fins.

C'est ce qui les distingue de la seconde catégorie des actes occasionnellement conservatoires. M. Brenner y inclut deux types d'actes.¹⁵³⁵ D'abord, ceux qui visent au paiement d'une créance du propriétaire, et qui ont pour effet d'interrompre la prescription, ce qui rend ces actes indirectement conservatoires.¹⁵³⁶ En réalité, il est possible de ranger ces actes dans le premier groupe, car c'est un effet accessoire à leur nature qui cause la qualification de conservatoire. Ils ne sont pas « occasionnellement » conservatoires dans la mesure où l'interruption de la prescription est réalisée chaque fois qu'ils sont accomplis. Ensuite, il cite les « actes accomplis dans un but de sauvegarde. » Cette catégorie est plus intéressante car ici, seul le critère de la finalité importe, sans considération de la nature ou de l'effet de l'acte. La qualification d'acte conservatoire est alors mise à nu : elle dépend du but visé par l'auteur de l'acte. Ce but peut éventuellement se déduire de la nature de l'acte, dans la mesure où il a pour unique fonction la sauvegarde d'un bien ou d'un patrimoine, mais il reste autonome. Sont intégrés aux actes conservatoires le paiement d'une dette en vue d'éviter la saisie d'un bien¹⁵³⁷, le bail visant à la conservation d'un bien¹⁵³⁸, ou l'action en justice demandant une mesure conservatoire ainsi que tous les actes de procédure qui y sont liés.¹⁵³⁹

Au regard de ces derniers éléments, il est possible de conclure sur l'admission en tant qu'actes conservatoires des aliénations portant sur d'autres biens que des biens périssables. Si le critère retenu est un critère finaliste, cela signifie que tout acte, quel que soit sa nature, puisse être qualifié de conservatoire. Par conséquent, cette qualification n'est pas par nature incompatible avec l'acte d'aliénation. Il faut cependant vérifier que le fait d'aliéner un bien n'est pas contradictoire avec la fonction de conservation. Cela dépend de la conception que l'on retient de cette notion.¹⁵⁴⁰ Or, retenir une seule des deux conceptions (stricte ou extensive) n'est pas adapté à la réalité de la pratique. Selon les cas, il sera nécessaire d'admettre ou pas

¹⁵³⁵ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 287 et s.

¹⁵³⁶ Rappelons que selon M. Brenner, l'interruption d'une prescription est une finalité qui donne la qualification de conservatoire à un acte (C. BRENNER, *op. cit.*, n° 147). C'est le cas par exemple de la mise en demeure : Cass. Civ. 3^{ème}, 03/07/1996, n° 94-18325, Bull. civ. III, n° 170 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 31/10/2007, n° 06-18338, Bull. civ. III, n° 187 ; JCP G 2008. I. 127, n° 10, obs. H. PERINET-MARQUET.

¹⁵³⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 04/03/1986, Bull. civ. I, n° 51 ; JCP G 1986. II. 20701, note P. SIMLER.

¹⁵³⁸ CA Bordeaux, 07/04/1989, n° 047750.

¹⁵³⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 04/07/2012, n° 10-21967 ; D. 2012, p. 1886.

¹⁵⁴⁰ Cf. *infra*, n° 327.

l'aliénation de certains biens. Cela dépendra de la nature du bien et de la valeur qu'il représente pour le propriétaire. Si c'est la valeur utile du bien qui importe, son aliénation ne pourra pas être un acte conservatoire, car l'intérêt du propriétaire consiste en la sauvegarde du bien en substance. En revanche, si l'utilité du bien repose sur sa valeur financière, son aliénation peut être qualifiée de conservatoire si elle a pour but de sauvegarder cette valeur au sein du patrimoine. Dans les deux cas, on retrouve les conditions classiques de la qualification d'acte conservatoire : l'existence d'un péril (soit pour la substance du bien, soit pour le droit sur le bien, soit pour la valeur qu'il représente) et la finalité de sauvegarde (de la substance, du droit ou de la valeur).

L'acte conservatoire est défini selon sa finalité, la sauvegarde d'un bien ou de sa valeur face à l'existence d'un péril, contrairement aux autres actes dont le critère de qualification est différent.

b) L'acte d'administration

237. Notion imprécise – A l'inverse de l'acte conservatoire, l'acte d'administration est celui qui a donné lieu au plus grand nombre d'études. Plus précisément, c'est le critère de distinction entre l'acte de disposition et d'administration qui a focalisé l'attention de la doctrine. L'enjeu est effectivement important : dans de nombreux cas, l'acte d'administration peut être accompli par le gestionnaire seul, alors que l'acte de disposition nécessite l'intervention du propriétaire ou d'un tiers contrôleur. Il est donc nécessaire de déterminer les critères de qualification de l'un et de l'autre. Or, à l'inverse de la qualification d'acte conservatoire¹⁵⁴¹, ces deux qualités sont exclusives l'une de l'autre : un acte est soit d'administration, soit de disposition, mais ne peut être les deux alternativement.¹⁵⁴²

La doctrine s'est évertuée à résoudre ce problème de qualification, en se concentrant principalement sur l'acte d'administration. Il ressort des définitions classiques qu'il s'agit d'un acte normal, usuel, qui vise à conserver ou améliorer le patrimoine sans prendre de risque ou

¹⁵⁴¹ La qualification d'acte conservatoire dépend des circonstances conditionnant l'acte : l'existence d'un péril. C'est cet élément qui fait que l'acte, qui serait *a priori* soit d'administration, soit de disposition, devient un acte conservatoire. Cf. R. VERDOT, « De l'influence du facteur économique... », art. préc.

¹⁵⁴² I. MARIA, art. préc.

en prenant un risque minime.¹⁵⁴³ La doctrine s'accorde sur l'imprécision de cette qualification, parlant même de standard juridique.¹⁵⁴⁴ Face à ce constat, les réactions des auteurs divergent.

238. Conceptions pluralistes – Une première partie de la doctrine a conclu à une définition pluraliste de l'acte d'administration, signifiant que la définition de la notion dépendait de la matière étudiée. Ainsi, l'acte d'administration ne serait pas le même selon que l'on se réfère au droit des personnes protégées ou au droit de l'indivision. C'est d'abord le point de vue de Bonnecase, qui distingue la notion selon la nature du patrimoine géré.¹⁵⁴⁵ Il existe selon lui plusieurs catégories de patrimoine : les patrimoines de spéculation, les patrimoines de liquidation et les patrimoines familiaux. Les premiers admettent une gestion risquée et de long terme, comme celle d'une entreprise ; les deuxièmes ont une vocation temporaire donc peuvent admettre des actes importants mais pas d'engagement dans l'avenir ; et les troisièmes nécessitent une gestion statique et de long terme. Dans ce cadre, la catégorie des actes d'administration sera bien plus large dans le premier groupe que dans les deux autres. L'idée est intéressante, mais la gestion d'un patrimoine est plus complexe que cette répartition : certains actes peuvent être plus ou moins risqués selon leur objet, même s'ils sont liés à un même patrimoine. De plus, Bonnecase ne donne pas de critère concret permettant de déterminer la qualification d'un acte, il se contente de justifier la diversité de la notion.

D'autres auteurs admettent une conception pluraliste dépendant non pas du patrimoine géré, mais de la qualité du propriétaire et du gestionnaire.¹⁵⁴⁶ Goldschmidt distingue trois sortes d'actes d'administration : l'acte avantageux, l'acte utile et l'acte du bon père de famille.¹⁵⁴⁷ Le premier est l'acte passé par le gestionnaire du patrimoine d'une personne capable, qui a vocation à apporter un avantage au propriétaire et peut être plus risqué dans la mesure où le propriétaire qui a confié la gestion de son patrimoine est conscient du risque créé. Le deuxième est celui passé par le gestionnaire du patrimoine d'une personne protégée. Le risque créé par l'acte doit dans ce cas être moindre, et seuls les actes utiles pourront être pris par le gestionnaire seul. Le troisième est celui passé par le propriétaire frappé d'incapacité sur l'un de ses propres biens. Dans ce cas, le risque doit être quasi-nul et ne sera valide que s'il a concrètement apporté

¹⁵⁴³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 103 ; G. CORNU, *op. cit.* n° 129 ; C. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités*, Paris, PUF, 1985, n° 117.

¹⁵⁴⁴ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 126 et s. et 141 et s. ; C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 325.

¹⁵⁴⁵ J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Paris, Sirey, t. 3, 1924, n° 332-339.

¹⁵⁴⁶ Cf. également M. PLANIOL, *op. cit.*, n° 2339.

¹⁵⁴⁷ P. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, n° 34. Cf sur ce sujet R. VERDOT, *op. cit.*, n° 277 et s., p. 212 et s.

un avantage au propriétaire. L'auteur fait alors référence en réalité aux actes conservatoires, qu'il range parmi les actes d'administration.

Verdot a tenté d'améliorer cette proposition en restructurant ces catégories. D'abord, il renvoie l'acte conservatoire à une catégorie autonome.¹⁵⁴⁸ Selon lui, il se distingue de l'acte d'administration en ce qu'il contient une exigence de nécessité et ne procure aucun avantage positif. Ensuite, il expose une théorie dualiste de l'acte d'administration¹⁵⁴⁹ : celui-ci peut être soit un acte de gestion, soit un acte de simple administration. Dans le premier cas, il s'agit de « l'acte d'exploitation légale, normale et raisonnable, accompli avec le consentement du propriétaire du patrimoine administré, donné préalablement ou postérieurement à son accomplissement ; il procure un revenu moyen, soit immédiatement, soit plus tard, mais sans risque sérieux pour le patrimoine administré. »¹⁵⁵⁰ Il se limite à la gestion du patrimoine d'une personne capable et vise un avantage moyen sans risque sérieux. Dans le second cas, il s'agit de « l'acte de protection accompli sans le consentement du propriétaire du patrimoine administré, ou par ce dernier, étroitement surveillé et contrôlé, dans des conditions sévèrement réglementées ; il présente pour ce patrimoine une utilité certaine et immédiate sans lui faire courir aucun risque. »¹⁵⁵¹ Il s'applique à la gestion du patrimoine d'une personne protégée et apporte un avantage certain et immédiat sans comporter aucun risque, même minime.

Les théories subjectives de Goldschmidt et Verdot font état de la diversité des situations et proposent des solutions souples. Cependant, les catégories qu'elles créent sont trop rigides et ne permettent pas d'apprécier la réalité pratique de la gestion. Les actes accomplis ne sont pas qualifiés en référence à la qualité du propriétaire ou du gestionnaire, mais plutôt selon un critère économique, ce que défend d'ailleurs Verdot.¹⁵⁵² Mais en voulant démontrer que les seuils économiques permettant la qualification sont distincts d'une situation à l'autre, il rigidifie sa conception et empêche d'envisager une gestion dynamique du patrimoine d'une personne protégée, ou à l'inverse une gestion statique du patrimoine d'une personne capable.¹⁵⁵³

¹⁵⁴⁸ R. VERDOT, *op. cit.*, n° 357.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, n° 325. Dans un sens proche, v. A.-V. LE FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », RTD civ. 2004, p. 429, qui propose d'introduire la notion « d'acte d'exploitation » entre ceux d'administration et de disposition.

¹⁵⁵⁰ R. VERDOT, *ibid.*, n° 367.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, n° 374.

¹⁵⁵² R. VERDOT, « De l'influence du facteur économique... », art. préc.

¹⁵⁵³ Cf. *supra*, n° 103. Par ailleurs, au regard de l'évolution du droit positif et de l'entrée en vigueur des lois n° 64-1230 du 14/12/1964 sur le régime applicable aux incapables mineurs et n° 65-570 du 13/07/1965 portant réforme du régime matrimonial légal, Verdot a nuancé la distinction qu'il opérait entre les différents patrimoines, mettant l'accent sur le critère économique. Toutefois, il persiste à considérer qu'en cas de gestion du patrimoine d'une personne vulnérable, les actes d'administration sont soit plus facilement disqualifiés en actes de disposition, soit

Mmes Julienne¹⁵⁵⁴ et Balivet¹⁵⁵⁵ adoptent enfin une conception semblable en se fondant sur le droit québécois.¹⁵⁵⁶ Elles distinguent deux types d'actes d'administration d'après un critère finaliste, selon que le but du gestionnaire est de préserver ou d'accroître la valeur du patrimoine. Leurs solutions ont cependant un fondement différent : pour Mme Balivet (comme pour le droit québécois), c'est la technique de gestion utilisée qui fixe la qualification à retenir, tandis que pour Mme Julienne, c'est la finalité de la gestion qui détermine la technique à utiliser. Le même reproche de rigidité peut être fait à ces propositions.

239. Conceptions unitaires rigides – La seconde réaction de la doctrine a été de proposer une définition unitaire de l'acte d'administration. Mais ses partisans ne s'accordent pas sur la méthode de qualification. Une première partie de la doctrine a prôné un concept rigide d'acte d'administration. Cette méthode vise à lui donner une définition claire et sans nuance. Laurent distingue ainsi les actes de disposition et d'administration selon le critère de l'aliénation.¹⁵⁵⁷ Cette position est unanimement critiquée. Un autre auteur a adopté une méthode différente. Il commence par rejeter les théories utilisées : celle de Laurent, d'abord, car trop rigide. Il constate la porosité entre les qualifications, qui empêche de retenir un critère tel que l'aliénation. Selon lui, tous les actes contiennent une dose d'aliénation, même s'il ne s'agit que de l'aliénation d'une prérogative.¹⁵⁵⁸ A l'inverse, il exclut également les théories qui retiennent un critère souple et factuel (notamment économique) de l'acte d'administration, en ce qu'elles créent de l'insécurité juridique. Il considère que ces théories « érigent en principe l'absence de principe. »¹⁵⁵⁹ La qualification d'un acte ne doit pas, selon lui, dépendre d'éléments extrajuridiques. Il préfère utiliser un critère technique : l'acte d'administration est celui que la loi désigne comme tel.¹⁵⁶⁰ Celle-ci fixe des principes permettant de déterminer les éléments compris dans la notion, ce qui le pousse à définir l'acte d'administration comme « celui qui vise à conserver ou faire valoir un bien. » D'après ces principes généraux, la

transformés afin que leurs effets soient moins importants. R. VERDOT, « De l'influence du facteur économique... », art. préc., spéc. p. 478.

¹⁵⁵⁴ F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », RRJ, 2008-3, p. 1323-1338.

¹⁵⁵⁵ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 447 et s.

¹⁵⁵⁶ Art. 1301 et s. C. C. Q. Cf. *supra*, n° 4.

¹⁵⁵⁷ Cf. *supra*, n° 231.

¹⁵⁵⁸ « Bien habile serait celui qui pourrait diviser les actes : en actes qui conservent, qui augmentent ou qui diminuent le patrimoine ; il y a dans la très grande majorité des actes un peu de tous ces caractères ! » J. PENET, *Des administrateurs et des actes d'administration d'après le Code civil en droit français*, Grenoble, Impr. de F. Allier, 1885, p. 162.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 166.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 161 et s. et spéc. p. 166.

coutume et la jurisprudence permettent ensuite de déterminer les conditions nécessaires à la réalisation de chaque acte. Enfin, il admet que des exceptions légales puissent restreindre la catégorie des actes d'administration, notamment lorsqu'il est question de l'administration du patrimoine d'autrui ou du patrimoine d'une personne protégée, mais ces cas restent limités et ne remettent pas en cause les principes présentés.¹⁵⁶¹

La thèse de Penet présente l'avantage de dénoncer les travers des théories précédentes : la rigidité de celle de Laurent et la porosité du critère économique. Cependant, il tombe lui-même dans la critique qu'il dénonce. Le choix d'un critère légal pourrait éventuellement se justifier, mais il est impossible à mettre en pratique dès lors que le législateur n'a pas fixé de liste d'actes qualifiés d'administration ou de disposition. C'est pourquoi l'auteur fait référence à la coutume, considérant qu'il est très aisé de savoir comment qualifier les actes et à quelles conditions. Or, si la tâche était aussi simple qu'il le dit, sa thèse n'aurait aucun intérêt, ni les autres théories présentées. En réalité, cette solution est encore moins précise et applicable que le critère économique, puisqu'il ne donne aucun élément concret sur lequel fonder le choix de qualification, mis à part l'usage que tout le monde est supposé connaître. Elle doit donc être rejetée.

240. Conceptions unitaires variables – Le dernier groupe de solutions proposées est le choix d'un critère unique et souple. L'idée de ces auteurs est de déterminer un cadre dans lequel des actes pourront être qualifiés d'administration s'ils répondent à certaines conditions. A l'inverse de la thèse précédente, l'acte ne sera pas qualifié *a priori* selon son objet ou sa nature, mais selon les circonstances entourant sa réalisation. La question est alors de fixer les limites de ce cadre.

Le choix s'est d'abord porté sur un critère finaliste. De la même manière que l'acte conservatoire, l'acte serait qualifié d'administration s'il vise un certain but. Or, la finalité d'un tel acte est beaucoup plus difficile à déterminer que pour un acte conservatoire. En effet, ce dernier comporte une condition supplémentaire, qui est l'existence d'un péril, ce qui est aisé à démontrer et rend la qualification plus facile. Mais quelle est la finalité de l'administration, terme extrêmement large ? Les auteurs favorables à cette idée considèrent qu'il s'agit de

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 167 et 222. M. Brenner classe la thèse de M. Penet parmi les théories subjectives en raison de ce constat, or l'auteur défend bel et bien une conception unitaire de l'acte d'administration, il ne fait que relever les exceptions légales aux principes qu'il expose. C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 326.

l'amélioration, la mise en valeur, la bonification.¹⁵⁶² Cependant, ils admettent également que ce simple élément ne suffit pas : il faut également intégrer la condition de normalité. La thèse de Trasbot est, dans cette idée, la plus représentative. Or, la notion de normalité est la plus poreuse qui soit : elle renvoie à l'idée d'une norme, la plupart du temps subjective et extrajuridique, à laquelle tout le monde serait soumis inconsciemment.¹⁵⁶³ Il s'agit donc d'un faux critère, qui n'apporte rien en précision. Le critère finaliste n'en est pas réellement un, il se fonde sur l'idée de normalité, qui donne certes une orientation à la qualification mais s'avère extrêmement imprécis.¹⁵⁶⁴ En réalité, cette méthode est inductive. Elle déduit de la pratique et de la jurisprudence des normes applicables aux cas similaires. Ainsi, on admet que la gestion d'un immeuble puisse « normalement » commander la réfection de la façade, car la plupart des cas connus associent cet acte à la catégorie des actes d'administration. Si cette méthode est efficace pour qualifier des actes fréquents et connus, elle est incapable de donner une solution pour un cas marginal ou inconnu, puisque pour de tels actes, il n'existe pas d'antécédents et donc pas de norme à appliquer. Elle donne une réponse là où il n'y a pas de question et que la solution est évidente et déjà connue, mais ne donne aucun moyen de répondre à de nouveaux problèmes.

A ce titre, la dernière proposition paraît être plus raisonnable. Le critère évoqué par la doctrine majoritaire est un critère économique. Il vient préciser le critère précédent sans le rejeter. Ce qui est évoqué est en fait le risque économique que représente l'acte au regard du patrimoine géré. La proposition la plus récente est celle de Fabrice Leduc. Il part d'un critère finaliste et le relie au critère économique. L'acte d'administration permet la gestion dynamique d'un patrimoine en laissant libre l'administrateur de conclure certains actes.¹⁵⁶⁵ Cependant, l'auteur ne souhaite pas donner une définition rigide de l'acte d'administration. Il considère qu'il s'agit d'un standard juridique descriptif, et souhaite en faire un standard dogmatique. Il

¹⁵⁶² P. LE BARON, *op. cit.*, p. 131-133 ; A. TRASBOT, *op. cit.*, p. 162 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, M. NAST, *op. cit.*, n° 593-594.

¹⁵⁶³ « Chacun d'entre nous a un sens très fin de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas. Le caractère normal ou anormal d'un acte n'est pas une question juridique qui peut ne pas être à la portée de tous, c'est le bon sens ordinaire qui appartient à tout homme. C'est sur ce sentiment inné de la nature humaine que nous basons notre critérium. L'acte normal est celui qui n'éveille ni défiance, ni curiosité, parce qu'il résulte tout naturellement d'une situation donnée. » A. TRASBOT, *op. cit.*, p. 166.

¹⁵⁶⁴ Dans le même sens, un auteur a proposé de circonscrire la catégorie autour des actes pris selon une gestion en bon père de famille, ce qui revient à l'idée d'exploitation normale. Cf. H. HOVASSE, « Incapacités et valeurs mobilières », *Defrénois*, 1995, p. 369, n° 24. V. aussi G. RAOUL-CORMEIL, « Gestion dynamique du patrimoine : éléments de définition », *Dr. et pat.*, 2018, n° 283.

¹⁵⁶⁵ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 9-12.

s'appuie pour cela sur la thèse de Stéphane Rials, qui distingue ces deux types de standards.¹⁵⁶⁶ Le premier est une norme statistique, produite par l'induction, qui permet d'exécuter un raisonnement par analogie. Le second est un jugement de valeur appliqué à un état de fait, permettant d'influer sur une qualification à travers un raisonnement déductif. Il propose donc de créer un concept opératoire, qui permettrait non pas de donner une définition de l'essence de l'acte d'administration, mais de le reconnaître lorsqu'il se présente et de lui appliquer la qualification idoine.¹⁵⁶⁷ Pour cela, il détermine ses caractéristiques principales (la patrimonialité de l'acte et son degré de gravité) pour aboutir à la définition suivante : « l'acte strictement patrimonial non aléatoire, procurant un avantage moyennant un sacrifice fourni au comptant, ne portant pas atteinte à un bien de capitalisation et, à moins de porter sur des fruits en nature, d'une valeur maximale telle que quantifiée par le juge. »¹⁵⁶⁸

Cette solution ne peut cependant pas emporter l'adhésion. D'abord, parce que l'auteur admet lui-même qu'elle ne correspond pas au droit positif, et qu'elle a une vocation prospective.¹⁵⁶⁹ Ensuite, parce qu'elle est trop complexe pour finalement aboutir à une solution simple : c'est au juge qu'appartient le dernier mot dans la qualification de l'acte, en fixant le seuil à partir duquel le risque économique est trop élevé pour que l'acte soit simplement d'administration.

Finalement, l'aboutissement de ces réflexions est résumé par M. Brenner¹⁵⁷⁰ : l'acte d'administration est une notion souple et variable, un standard juridique, dont la qualification dépend de critères flous (la normalité, la fréquence, la finalité de mise en valeur...) mais liés au risque économique que l'acte représente pour le patrimoine. Il rajoute que l'imprécision de cette qualification n'est pas un problème dans la mesure où elle force à plus de prudence de la part du gestionnaire, ce qui n'est pas un désavantage puisque la protection pour le propriétaire n'en est que plus forte. Cette conclusion laisse cependant un goût amer. Certes, il est évident que l'acte d'administration est une notion variable, parce que ses limites fluctuent selon la situation considérée, et pourtant unitaire, car son régime repose sur les mêmes éléments fondamentaux. Il n'empêche qu'une méthode de détermination plus précise serait utile. Il convient d'étudier le droit positif pour envisager d'en appliquer une nouvelle.

¹⁵⁶⁶ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, n° 106.

¹⁵⁶⁷ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 308.

¹⁵⁶⁸ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 292. Précisons que la définition retenue dans sa thèse initiale avant publication était encore plus complexe et faisait référence non pas au juge, mais à un seuil fixé par décret. Cf F. LEDUC, *op. cit.*, 1991, n° 337.

¹⁵⁶⁹ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 357. Il présente par exemple le bail et l'emprunt comme des actes de disposition car, pour le premier, il porte sur un bien de capitalisation, et pour le second, implique un crédit.

¹⁵⁷⁰ C. BRENNER, *op. cit.*, n° 20.

241. Décret du 22 décembre 2008 – L'acte d'administration fait l'objet de deux précisions terminologiques dans la loi. La première se situe à l'article 496 du Code civil. Il ne s'agit pas d'une réelle définition mais plutôt d'une caractéristique générale : il est simplement exposé que l'acte d'administration est « relatif à la gestion courante du patrimoine. » La seconde se trouve dans le décret du 22 décembre 2008, et celle-ci est plus précise : « constituent des actes d'administration les actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal. »¹⁵⁷¹ On y retrouve une référence à la normalité du risque. La nature de ce risque n'est pas précisée, mais en se fondant sur les théories qui ont inspiré cette définition, il est possible de déduire qu'il s'agit d'un risque économique pesant sur la valeur du patrimoine, mais aussi sur la substance des biens les plus importants. En effet, il est admis que l'acte d'administration puisse avoir pour objet une aliénation, mais seulement si celle-ci n'est pas trop grave pour le reste du patrimoine. L'aliénation d'un bien nécessaire à la gestion du patrimoine, même s'il est de faible valeur, pourrait alors être qualifiée d'acte de disposition. La définition fait référence à « l'exploitation » et la « mise en valeur du patrimoine », rappelant là encore l'aspect économique retenu dans la méthode de qualification.

Le décret du 22 décembre 2008 a créé une petite révolution, en établissant des listes d'actes d'administration et de disposition.¹⁵⁷² Il fait suite à la loi du 5 mars 2007.¹⁵⁷³ L'objectif de ces deux textes était de lever les incertitudes sur les pouvoirs du tuteur tout en conservant la classification tripartite traditionnelle.¹⁵⁷⁴ Pour que les problèmes de qualification ne se posent plus, le choix a été fait de fixer des listes d'actes en annexe du décret. Un premier tableau recense les « actes regardés comme actes d'administration ou comme actes de disposition », et un second les « actes regardés comme des actes d'administration ou de disposition sauf circonstances d'espèce. » Autrement dit, le premier tableau donne une liste de qualifications impératives¹⁵⁷⁵, alors que le second ne fixe que des présomptions simples de qualification. Le but de cette présentation est de permettre la personnalisation de la qualification au regard de l'état du patrimoine, de l'opération visée, et d'autres circonstances factuelles qui peuvent orienter la qualification. En cela, le texte est cohérent avec la conception retenue de l'acte d'administration : sa qualification est variable et dépend de critères économiques. Les actes

¹⁵⁷¹ Certains auteurs critiquent la contradiction possible entre ces deux définitions (A.-M. LEROYER, art. préc.).

¹⁵⁷² A.-M. LEROYER, art. préc. ; D. NOGUERO, art. préc. ; T. FOSSIER, art. préc. ; I. MARIA, art. préc.

¹⁵⁷³ Loi n° 2007-308 du 05/03/2007.

¹⁵⁷⁴ T. FOSSIER, art. préc.

¹⁵⁷⁵ La portée impérative de cette liste n'est cependant pas certaine, en particulier pour le juge. Cf. A.-M. LEROYER, art. préc. ; I. MARIA, art. préc. De même, Mme Leroyer et M. Noguéro (D. NOGUERO, « La typologie des actes patrimoniaux... », art. préc.) se questionnent sur l'exhaustivité de cette liste, alors que pour M. Fossier, la forme décrétole permet son évolution et prouve sa non-exhaustivité (T. FOSSIER, art. préc.).

cités donnent une indication sur ce que le législateur désigne comme un risque normal ou non, et fait parfois des choix arbitraires.¹⁵⁷⁶

Néanmoins, cette méthode est surprenante dans la mesure où la classification tripartite est une technique de partage des pouvoirs utilisant un procédé conceptuel. L'intérêt de cette technique est de faire référence à une notion qui renvoie, par sa définition, à tous les actes entrant dans ce cadre. Par principe, il s'oppose au procédé non-conceptuel, qui consiste en la fixation d'une liste d'actes dont la qualification est donnée. Le décret du 22 décembre 2008 propose cependant un procédé mixte, résultant de la difficulté de définir les concepts, et qui réalise des listes d'actes plus ou moins exhaustives donnant des indications sur ce à quoi sont censés renvoyer ces concepts. Car si les actes cités sont supposés être de simples exemples, certains comportent néanmoins des conditions relativement précises, qui laissent peu de place à la liberté d'interprétation. Mais en choisissant un procédé mixte, le législateur désamorce les inconvénients des deux procédés : il résout les problèmes de qualifications qui se posent pour la plupart des actes connus (et qui faisaient potentiellement débat), et laisse la possibilité d'intégrer de nouveaux actes à ces listes en tant qu'indications pour les praticiens. Par ailleurs, la forme réglementaire permet une intégration facile de ces nouveaux actes si besoin est.

242. Étude de la jurisprudence – Lorsqu'il existe un doute, de quelle façon les juges s'emparent-ils des outils qui leur sont proposés pour qualifier les actes qui leur sont exposés ? De manière générale, les actes qualifiés d'administration sont ceux qui entrent dans le cadre fixé par la définition retenue : les actes utiles, usuels, prévisibles, peu risqués... Certains actes ne sont pas par nature qualifiés d'actes d'administration, cette opération demande des critères plus précis. Le problème est de savoir lesquels.¹⁵⁷⁷

Les actes d'aliénation représentent par exemple une catégorie intéressante.¹⁵⁷⁸ Ils sont en principe considérés comme des actes de disposition, car ils impliquent une modification du contenu du patrimoine : un bien disparaît en nature de la masse. Or, cette qualification n'est pas automatique, et certaines aliénations peuvent être de simples actes d'administration. C'est le

¹⁵⁷⁶ Par exemple, le bail est considéré comme étant un acte d'administration si sa durée est inférieure à neuf ans. Le but n'est pas ici d'analyser tous les actes et de questionner la pertinence de leur qualification, les auteurs cités l'ont déjà très bien fait.

¹⁵⁷⁷ Les actes concernés sont ceux qui ne sont pas cités par le décret du 22/12/2008 et dont les critères de qualification ne sont pas unanimement admis même en dehors du droit des personnes protégées.

¹⁵⁷⁸ F. LAURENT, *op. cit.*, n° 304 ; C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 346-349.

cas de l'aliénation des fruits¹⁵⁷⁹, des meubles périssables ou dont l'entretien est difficile¹⁵⁸⁰, des meubles de faible valeur ou dispensables¹⁵⁸¹, et des meubles voués au remplacement du fait de leur état ou de leur nature.¹⁵⁸² Le point commun entre tous ces actes est qu'ils portent sur des biens qui ne sont pas nécessaires à la continuité de la gestion ou qui sont affectés à un rôle simplement financier. En effet, les fruits ne sont que des revenus ayant pour but le emploi, les valeurs mobilières n'ont d'intérêt que du fait de leur valeur financière et des dividendes (donc des fruits) qu'elles peuvent apporter, et les meubles périssables ou dont l'état nécessite le remplacement n'ont plus aucune utilité à part la valeur qu'ils peuvent représenter. Par conséquent, ce n'est pas en soi la nature des biens qui importe, mais leur utilité. Si la seule utilité de ces biens est leur valeur financière (soit *ab initio*, soit parce qu'ils ont perdu leur utilité fonctionnelle), leur aliénation ne constitue pas en soi un acte de disposition.

243. Proposition de solution – Pour tous les actes dont la qualification n'est pas évidente, soit parce qu'elle n'est ni fixée par un texte, ni unanimement admise par la jurisprudence, soit parce qu'elle dépend d'éléments extrajuridiques, un critère doit être adopté. Les références aux caractéristiques traditionnelles (acte usuel, peu risqué, normal...) sont certes utiles mais parfois insuffisantes ou peu claires. De toute façon, la notion d'acte d'administration est vouée à rester un standard juridique.¹⁵⁸³ Néanmoins, il est possible d'apporter une nouvelle pierre à cet édifice, qui peut permettre de préciser le critère. Partant de l'intérêt du propriétaire, il est possible de déterminer si l'acte doit être qualifié d'acte d'administration ou de disposition. En effet, le patrimoine géré l'est dans une finalité particulière, selon la valeur que le propriétaire accorde à chacun de ses biens. Selon les cas, il peut être attaché à l'exploitation d'une entreprise, à l'entretien de la famille, à un objectif de valorisation financière, à l'entretien d'un bien seul...

¹⁵⁷⁹ Cass. Req., 09/08/1881 ; DP 1882.I.365 ; Cass. Req., 07/08/1900 ; DP 1900.I.460 ; Cass. Req., 14/12/1921 ; DP 1922.I.179 ; CA Nancy, 11/12/1909 sous Cass. Civ. 16/12/1912 ; DP 1914.I.115 ; CA Bordeaux, 19/06/1986 ; D. 1987. 295, note D. DENIS.

¹⁵⁸⁰ Les textes de loi rangent ces aliénations dans les actes que le gestionnaire peut accomplir seul : art. 468, 784 et 1873-6 C.Civ.

¹⁵⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 08/12/1987, n° 85-17312, Bull. civ. I, n° 344.

¹⁵⁸² Cass. Civ. 3^{ème}, 08/11/1968, Bull. civ. III, n° 455 (cession d'une parcelle d'un lotissement par le directeur d'une association dont le but social était de céder des parcelles afin de financer d'autres constructions) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 02/06/1993, n° 91-16370, Bull. civ. I n° 204 ; D. 1993. 613, note D.-R. MARTIN ; RTD civ. 1994. 147, obs. J. PATARIN ; RTD civ. 1995. 395, obs. F. ZENATI ; JCP 1994. II. 22206, note J.-P. COUTURIER ; Defrénois 1993. 1274, note P. BUFFETEAU ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12/11/1998, n° 96-18041, Bull. civ. I, n° 315 ; GAJC, 12^e éd., n° 77 ; D. 1999. 167 ; D. 1999. 633, note D. FIORINA ; RTD civ., 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; RTD com., 1999, p. 459, obs. M. STORCK ; JCP N 1999. 351, note H. HOVASSE ; Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/2006, n° 04-10616, Bull. civ. I, n° 300 ; AJ fam. 2006. 380, obs. F. BICHERON ; RTD civ. 2006. 807, obs. M. GRIMALDI (cession de valeurs mobilières au sein d'un portefeuille).

¹⁵⁸³ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 453.

Et ces différentes fonctions peuvent prendre des formes juridiques diverses, dont certaines utilisent la classification tripartite pour déterminer les actes que le gestionnaire peut faire seul. Or, ce n'est pas la forme juridique utilisée qui importe dans cette classification, c'est l'orientation économique visée.¹⁵⁸⁴ L'acte d'administration n'est pas celui qui est « normal » au regard d'une indivision, d'une tutelle ou d'un usufruit, mais selon la fonction économique de ce patrimoine. Ainsi, au sein même de chaque patrimoine, certains actes seront considérés comme étant d'administration parce qu'ils touchent à tel bien, mais comme étant de disposition parce que leur objet sera différent. C'est le cas par exemple des actes d'aliénation. C'est alors l'orientation donnée à la gestion, sa finalité économique, qui va déterminer quelle qualification choisir.¹⁵⁸⁵ Et l'orientation donnée à la gestion dépend de l'intérêt du propriétaire.¹⁵⁸⁶

Ainsi, l'acte d'administration est l'acte qui est considéré comme étant normal au regard de la finalité économique attribuée au patrimoine géré. *A contrario*, l'acte de disposition devrait être qualifié inversement.

c) L'acte de disposition

244. Critères de l'acte de disposition – L'acte de disposition s'oppose à l'acte d'administration, c'est pourquoi il est assez peu étudié en tant que tel.¹⁵⁸⁷ Il est donc facile à définir, une fois que ce dernier l'a été. Il s'agit d'un acte anormal, exceptionnel, risqué, qui engage le patrimoine dans l'avenir. De la même manière que pour l'acte d'administration, c'est un critère économique qui va primer. Malgré tout, plusieurs propositions doctrinales ont émergé pour apporter des critères de qualification. Il convient de les étudier rapidement, car la plupart ont déjà été étudiées plus haut.¹⁵⁸⁸

La première est celle formulée par Laurent.¹⁵⁸⁹ L'auteur assimile l'acte de disposition à l'acte d'aliénation non-nécessaire, utilisant alors un critère juridique. D'autres auteurs ont

¹⁵⁸⁴ Comp. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 455 et s., qui adopte une solution proche mais insiste pour distinguer deux types de gestion.

¹⁵⁸⁵ F. JULIENNE, art. préc.

¹⁵⁸⁶ L'aliénation d'un immeuble, par exemple, n'a pas la même importance pour un promoteur immobilier et pour un particulier personne physique. Dans un cas, il s'agit d'un acte commun dans l'activité du professionnel qui sera qualifié d'administration, et dans l'autre, la décision est importante, d'autant plus si l'immeuble lui sert de résidence principale, ce qui nécessite d'en faire un acte de disposition.

¹⁵⁸⁷ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 368 et les auteurs cités.

¹⁵⁸⁸ Un acte pouvant être soit d'administration, soit de disposition, la qualification du premier permet *a contrario* de déterminer celle du second.

¹⁵⁸⁹ F. LAURENT, *op. cit.*, n° 304 et 425.

adopté la même solution de principe en élargissant la qualification à tous les actes qui entraînent la disparition ou le transfert d'une chose ou d'un droit du patrimoine.¹⁵⁹⁰ Il a déjà été expliqué en quoi cette solution n'est pas applicable. D'une manière générale, l'utilisation d'un critère unitaire lié à la nature de l'acte n'est pas pertinente, dans la mesure où l'acte de disposition peut prendre de nombreuses formes différentes.¹⁵⁹¹

C'est pourquoi d'autres critères ont été proposés, relatifs aux effets économiques de l'acte. Verdot, conservant son critère économique, définit l'acte de disposition comme « l'acte de rendement tendant à obtenir le bénéfice le plus important possible, dans des conditions anormales et en courant des risques sérieux, ou bien l'acte de la destruction, épuisant en totalité ou en partie le bien ou le droit sur lequel il porte, accompli dans une intention libérale, sous l'empire de la nécessité ou même par négligence. »¹⁵⁹² Pour lui, le critère de l'acte de disposition est un critère intentionnel (la recherche du rendement maximum) doublé d'un critère matériel (la disparition du bien ou droit sur lequel il porte).¹⁵⁹³ Pourtant, cette solution utilise le même critère juridique que la thèse de Laurent (idée d'aliénation). De plus, le critère intentionnel n'est pas pertinent dans la mesure où la recherche d'un rendement maximum peut être l'objectif général de la gestion du patrimoine. Chaque acte accompli dans cette optique n'est pas anormal dans ce cas, et peut donc être qualifié d'acte d'administration.¹⁵⁹⁴ L'auteur a alors postérieurement complété sa thèse en se concentrant sur un critère économique objectif.¹⁵⁹⁵ Il constate que la distinction juridique entre les actes de disposition et d'administration suit la distinction entre meubles et immeubles, dans la mesure où la gestion économique de ces biens dépend de considérations différentes. Ainsi, il est nécessaire d'assurer la conservation des immeubles au sein du patrimoine du fait de leur valeur non seulement financière mais également utile, d'où la progressive requalification du bail en acte de

¹⁵⁹⁰ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, Nancy, 1969, p. 93 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 103. M. Berra (*ibid.*, n° 101) a proposé plus spécifiquement d'assimiler l'acte de disposition à l'acte d'appauvrissement susceptible de déclencher une action paulienne (actes entraînant une diminution volontaire de l'actif). Mais utiliser un concept lié à la protection des créanciers pour régler un problème relatif aux pouvoirs du gestionnaire est une réponse inadaptée (cf. C. BRENNER, *op. cit.*, n° 27).

¹⁵⁹¹ Ex. : Cass. Civ. 3^{ème}, 23/05/1995, n° 93-10617, Bull. civ. III, n° 130 ; Defrénois 1996, art. 36278, n° 25, obs. C. ATIAS (résolution d'un contrat) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/995, n° 93-14596, Bull. civ. I, n° 245 ; D. 1995. IR 616 ; RTD civ. 1995. 941, obs. J. PATARIN (transaction) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 03/03/1992, n° 90-11088, Bull. civ. I, n° 73 ; JCP G 1993. II. 21 997, note E. DU RUSQUEC ; RTD civ. 1993. 101, obs. J. HAUSER (acquiescement à un jugement) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17/11/1981, Bull. civ. I, n° 337 (constitution d'une hypothèque conventionnelle).

¹⁵⁹² R. VERDOT, *op. cit.*, n° 352.

¹⁵⁹³ *Ibid.*, n° 353.

¹⁵⁹⁴ C'est le cas par exemple de la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, dont l'objectif est la recherche d'un rendement maximum mais la plupart des actes qui portent sur ces valeurs sont d'administration. Cf Civ. 1^{ère}, 07/06/2006, arrêt précité.

¹⁵⁹⁵ R. VERDOT, « De l'influence du facteur économique... », art. préc.

disposition ; mais à l'inverse, il est faut pouvoir assurer la gestion dynamique de meubles dont la valeur fluctue. C'est alors l'objet de l'acte qui détermine, en principe, sa qualification.¹⁵⁹⁶

M. Brenner adopte une position semblable à celle de Verdot.¹⁵⁹⁷ Selon lui, l'acte de disposition est celui qui porte atteinte directement ou virtuellement (du fait du risque d'atteinte élevé) à un bien considéré comme faisant partie du capital et non comme un simple revenu.¹⁵⁹⁸ Ce critère, variable et économique, permet une grande adaptation de la qualification. Cependant, il ne donne pas d'indication sur la manière de déterminer quel bien est considéré comme faisant partie du capital. En effet, pour savoir si l'acte est de disposition ou non, il convient dans cette optique de déterminer si son objet est indispensable ou pas. Or, la recherche de cette qualité passe par l'analyse de l'intérêt du propriétaire : c'est à travers lui que le gestionnaire peut envisager l'importance du bien et le qualifier de capital (au sens de bien nécessaire à la continuité du patrimoine) ou non.

245. Étude du droit positif – L'article 496 du Code civil en donne une première approche en précisant que les actes de disposition sont ceux qui engagent le patrimoine de manière durable et substantielle. L'article 2 du décret du 22 décembre 2008 les définit ensuite comme ceux « qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire. » Il s'agit d'une transposition exacte du critère économique. Cependant, alors qu'une définition contraire à celle de l'acte d'administration aurait été suffisante (actes qui présentent un risque anormal), celle utilisée comprend plusieurs éléments, à la fois économiques (engagement du patrimoine pour le présent ou l'avenir ; modification importante de son contenu ; dépréciation significative de sa valeur en capital) et juridique (altération durable des prérogatives du propriétaire). Elle ne fait aucune référence au caractère normal de l'acte. La question d'un recoupement des qualifications peut alors se poser : un acte ne présentant pas de risque anormal mais engageant le patrimoine en modifiant sa substance est-il d'administration ou de disposition ? C'est le cas par exemple de

¹⁵⁹⁶ Il ne s'agit pas d'une règle rigide selon l'auteur, qui constate que la loi admet des actes de disposition portant sur des meubles, comme l'aliénation des meubles de valeur ou d'un fonds de commerce par exemple (*ibid.*).

¹⁵⁹⁷ « Par opposition à l'acte d'administration, compris comme un acte de rendement normal, l'acte de disposition s'entend ainsi d'un acte exceptionnel ou anormal, qui peut être accompli dans un esprit spéculatif ou de libéralité, mais suppose en tout cas, à raison de son caractère définitif ou de ses graves conséquences, une liberté de décision dont ne dispose pas un simple administrateur. » C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 373.

¹⁵⁹⁸ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 382. Cette thèse se rapproche sous certains aspects de celle de M. Leduc, cf *supra*, n° 240.

l'aliénation des valeurs mobilières. Certes, la réponse est donnée dans le décret de 2008¹⁵⁹⁹, mais cette solution ne s'applique en théorie qu'au droit des personnes protégées. De plus, cette qualification est susceptible de varier selon les circonstances.

En dehors de la définition du décret de 2008, la jurisprudence doit rechercher elle-même la qualification adéquate. La méthode utilisée est la même que pour l'acte d'administration : selon un critère économique, elle se réfère à la gravité de l'acte. Ce n'est pas la nature de l'acte qui importe, mais son effet sur le patrimoine pris dans sa globalité. Pour être qualifié de disposition, l'acte doit créer un risque pour la continuité de la gestion ou entraîner une perte de valeur importante. Dans le premier cas, le risque est créé par l'objet sur lequel porte l'acte. S'il est nécessaire à la gestion, et que l'acte crée un risque d'atteinte à ce bien (qu'il s'agisse ou non d'une aliénation)¹⁶⁰⁰, il sera qualifié de disposition. Dans le second cas, ce n'est pas nécessairement l'objet de l'acte qui compte mais plutôt son effet sur la valeur de l'ensemble du patrimoine. Ainsi, l'acquisition d'un bien d'une grande valeur peut être qualifiée d'acte de disposition alors qu'elle n'entraîne la perte d'aucun droit, mais implique une perte de valeur.¹⁶⁰¹ La perte de valeur n'a même pas à être certaine : elle peut n'être que virtuelle¹⁶⁰² ou probable.¹⁶⁰³

246. Solution proposée – Finalement, on constate que les deux situations dans lesquelles l'acte peut être qualifié d'acte de disposition sont assez claires : soit le bien objet de l'acte est, de par *sa fonction*, nécessaire à la continuité de la gestion du patrimoine, et il convient d'éviter toute atteinte qui puisse lui être faite ; soit l'acte implique une altération substantielle de la *valeur financière* de l'ensemble du patrimoine, ce qui présente un risque d'insolvabilité

¹⁵⁹⁹ La cession d'instruments financiers (sous réserve de remplacement) est comprise dans les actes étant présumés être d'administration, au sein de l'Annexe 2 du décret.

¹⁶⁰⁰ Cass. Com., 15/05/1990, n° 87-19048 (constitution d'une servitude réelle conventionnelle) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21/03/1966, Bull. civ. I, n° 199 (location-gérance d'un fonds de commerce).

¹⁶⁰¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 16/10/1963 ; D. 1964. 325. Par ailleurs, la perte de valeur peut-être, dans un sens, elle-même perçue comme l'aliénation d'un bien (une somme d'argent) nécessaire à la gestion.

¹⁶⁰² Cass. Civ. 2^{ème}, 03/07/2008, n° 07-17260 (achat d'un véhicule par une personne en surendettement, ce qui n'implique pas nécessairement une perte de valeur).

¹⁶⁰³ Cass. Civ. 1^{ère}, 21/11/1984, Bull. civ. I, n° 317 ; D. 1985. 297, note L. DE LEYSSAC ; D. 1985. Somm. 342, obs. M. VASSEUR ; RTD com. 1985. 544, obs. R. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Gaz. Pal. 1985. 2. 473, note J. MASSIP (ouverture d'un compte bancaire) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 02/12/1997, n° 95-20198, Bull. civ. I, n° 343 ; D. 1998. 469, note J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; D. 1998. Somm. 303, obs. F. VAUVILLE ; *ibid.* 378, obs. S. PIEDELIEVRE ; JCP 1998. I. 149, n° 1, obs. P. SIMLER ; Defrénois 1998. 727, obs. J. MASSIP ; Dr. fam. 1998, n° 31, obs. T. FOSSIER ; JCP N 1998. 1046, étude D. BOULANGER ; RTD civ. 1998. 342, obs. J. HAUSER (constitution d'une hypothèque conventionnelle) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 07/11/2006, n° 04-15799, Bull. civ. I, n° 460 ; D. 2006. 3069, note P. BOUTEILLER ; RLDA févr. 2007, n° 13, p. 50, note E. BAZIN (souscription de parts de SCPI qui peuvent être vues comme un actif risqué).

et donc de saisie des biens nécessaires à la gestion.¹⁶⁰⁴ Or, la manière la plus simple de déterminer si un acte entre ou non dans l'une de ces catégories est de se référer à l'intérêt du propriétaire.¹⁶⁰⁵ A travers ce prisme, le gestionnaire peut savoir si un bien est ou non nécessaire à la gestion patrimoniale, et si oui, si l'acte porte une atteinte ou un risque d'atteinte à ce bien ; et si non, si l'effet de l'acte sur la valeur du patrimoine crée un risque d'insolvabilité.¹⁶⁰⁶

En conclusion, la qualification des actes compris au sein de la classification tripartite doit s'opérer selon un critère finaliste, le but à atteindre étant la réalisation de l'intérêt du propriétaire. Sa détermination permet de donner une orientation à la gestion du patrimoine, qui permet de qualifier les biens selon leur valeur utile ou financière, et ainsi envisager s'ils sont nécessaires à la gestion ou pas. Si un acte a pour vocation de protéger un bien nécessaire à la continuité de la gestion ou la valeur du patrimoine face à un péril, il sera conservatoire. Si son but est de réaliser une opération dont l'effet est de porter atteinte à des biens dispensables, de déprécier la valeur du patrimoine sans porter atteinte à la continuité de la gestion telle que commandée par le propriétaire, ou de ne porter aucune atteinte au patrimoine, il sera d'administration. Enfin, si l'acte envisagé porte atteinte ou risque de porter atteinte à la continuité de la gestion (soit en dépréciant la valeur du patrimoine, soit en limitant les prérogatives sur un bien nécessaire), il sera de disposition. Une telle redéfinition des actes de gestion est ainsi plus pertinente et peut s'appliquer à tous les régimes usant de cette classification.

Ces qualifications n'ont cependant de sens que si elles sont rattachées à un régime. En effet, ce sont les règles applicables à chaque acte considéré qui justifient les différentes catégories. Il convient alors de démontrer que les régimes en question découlent naturellement des critères de qualification choisis.

¹⁶⁰⁴ On retrouve cette idée chez Verdot : « La valeur économique de ces biens, comme leur utilité pour la famille, doivent être, en toutes circonstances, sauvegardées ; c'est pourquoi tout acte susceptible de compromettre *soit cette valeur, soit cette utilité*, doit être interdit à l'administrateur seul, même s'il se présente sous l'aspect traditionnel, au point de vue juridique, d'un acte d'administration. », R. VERDOT, « De l'influence du facteur économique... », art. préc., p. 459.

¹⁶⁰⁵ Dans le même sens, N. PETERKA, « La gestion des biens de la personne protégée », AJ fam., 2016, p. 186.

¹⁶⁰⁶ Cela implique que l'imprudence, qui consiste en un comportement qui risque de porter atteinte à la continuité de la mission, ne peut être juridiquement réalisée que par un acte de disposition. Cf. *supra*, n° 204.

iii. *Les effets de la classification*

247. Confusion qualification / régime – Un premier élément important doit être mentionné. Certains auteurs ont parfois tendance à confondre le régime de l'acte et sa qualification. Par ce biais, la qualification d'un acte serait déduite de l'effet que la loi lui attribue. Ainsi, M. Brenner qualifie « d'acte de disposition déclaratif » le partage d'une masse de biens dont la personne protégée est copropriétaire, du seul fait que l'article 507 du Code civil exige une autorisation du conseil de famille ou du juge des contentieux de la protection pour l'accomplir.¹⁶⁰⁷ L'auteur raisonne alors à l'envers. L'intérêt de la classification tripartite est qu'elle constitue un procédé conceptuel, permettant de qualifier un acte du fait de critères prédéfinis sans avoir à se référer à un texte.¹⁶⁰⁸ Or, l'article 507 du Code civil est une illustration de l'utilisation d'un procédé non-conceptuel, c'est-à-dire un acte auquel la loi attribue directement des conditions et des effets. Il est impossible, dans le cadre du droit des personnes protégées, de dire que le partage est un acte de disposition, car cet acte, du fait de ce texte, n'entre même pas dans la classification. Il se situe hors du système parce que le législateur le place lui-même en dehors.¹⁶⁰⁹ Le but de la classification tripartite est de s'appliquer aux actes que la loi ne mentionne pas, ou dont elle permet la variabilité de qualification, afin de leur faire produire les effets attribués à celle choisie. Il est donc inutile de l'appliquer à un acte dont la loi énonce déjà les effets. En revanche, les effets donnés à un acte dans une matière peuvent renseigner sur l'importance qui lui est accordée, et ainsi orienter sa qualification dans les autres domaines, mais ce n'est pas automatique. Cette précision étant faite, il convient d'étudier les effets respectifs de chaque qualification comprise dans la classification tripartite sur la limite des pouvoirs du gestionnaire.

248. Régime de l'acte conservatoire – L'acte conservatoire vise à sauvegarder un bien ou une valeur au sein d'un patrimoine face à l'existence d'un péril. Cette vocation rend son accomplissement nécessaire à la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. Le droit positif doit donc favoriser la réalisation de tels actes et réduire au maximum leurs conditions de validité. C'est pourquoi en termes de partage des pouvoirs, les actes conservatoires peuvent être

¹⁶⁰⁷ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 376. De même, un autre auteur (D. NOGUERO, « La typologie des actes patrimoniaux... », art. préc.), déduit de l'article 470 al. 2 C. civ. (assistance du curateur pour la donation) qu'il s'agit d'un acte de disposition.

¹⁶⁰⁸ Cf. *supra*, n° 229.

¹⁶⁰⁹ Cela s'explique par le caractère subsidiaire des procédés conceptuels.

réalisés à la fois par le gestionnaire¹⁶¹⁰ et par le propriétaire¹⁶¹¹, quelle que soit la situation et même en cas de gestion déléguée.¹⁶¹² Cette faculté se matérialise parfois par une obligation de conservation expresse, qui implique que le gestionnaire ait le pouvoir de réaliser de tels actes.¹⁶¹³ Enfin, certains textes ne mentionnent pas expressément l'acte conservatoire mais disposent que le gestionnaire a le pouvoir d'accomplir les actes d'administration. On peut en déduire *a fortiori* qu'il a le pouvoir de réaliser les actes conservatoires.¹⁶¹⁴ Ainsi, quelle que soit la situation, dès lors qu'un acte est qualifié de conservatoire et que son auteur a un pouvoir minimum sur ce bien¹⁶¹⁵, il est assurément valide.

249. Régime de l'acte d'administration – L'acte d'administration est considéré comme normal au regard de la fonction économique du patrimoine. Sa gravité est moindre et il ne fait pas peser trop de risques sur l'accomplissement de la mission du gestionnaire. Par ailleurs, cette catégorie représente la grande majorité des actes de gestion courante, visant à réaliser la mission confiée. Le gestionnaire doit pouvoir les conclure facilement. Il s'agit donc de l'acte qu'il peut accomplir seul, sans autorisation ni du propriétaire, ni d'un organe de contrôle.¹⁶¹⁶ Néanmoins, la catégorie des actes d'administration dépend de la fonction économique attribuée aux biens confiés. Dans le cadre d'un patrimoine nécessitant une gestion dynamique, le gestionnaire peut accomplir ces actes seul. Mais si la gestion ne nécessite pas *a priori* l'accomplissement de nombreux actes, la réalisation des actes d'administration peut être limitée.¹⁶¹⁷

250. Régime de l'acte de disposition – L'acte de disposition représente un risque particulier pour la fonction dévolue au patrimoine. C'est la raison pour laquelle sa réalisation

¹⁶¹⁰ Ex. : art. 504 al. 1 C. civ. pour la tutelle ; art. 467 C. civ. pour la curatelle (dans ce cas, le gestionnaire principal du patrimoine reste le propriétaire) ; art. 815-2 C. civ. pour l'indivision.

¹⁶¹¹ Lorsqu'ils sont réalisés par le propriétaire placé sous tutelle, le système de partage des pouvoirs est celui des actes usuels. L'acte est alors qualifié comme tel, cf. *infra*, n° 252 et s. Cela vaut aussi pour les copropriétaires de biens collectifs.

¹⁶¹² C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 304 et s. Cf. *infra*, n° 271 sur cette notion.

¹⁶¹³ Ex. : art. 578 C. civ. pour l'usufruit ; art. 1880 pour le prêt à usage ; art. 1927 C. civ. pour le dépôt. Cf. *infra*, n° 327 et s. concernant l'obligation de conservation.

¹⁶¹⁴ C'est le cas par exemple du mandat (art. 1988 C. civ.).

¹⁶¹⁵ Si l'auteur de l'acte n'a aucun pouvoir sur le bien *a priori*, il s'agit d'une situation de gestion d'affaires, dont le régime est spécifique, cf. *infra*, n° 255.

¹⁶¹⁶ Ex : art. 1988 C. civ. pour le mandat, art. 504 C. civ. pour le droit des personnes protégées.

¹⁶¹⁷ C'est le cas par exemple de l'indivision : l'article 815-3 C. civ. exige que les auteurs de l'acte représentent au moins les deux tiers des droits indivis. Il est possible de contourner cet obstacle par la voie du mandat, exprès ou tacite, comme le prévoit le dernier alinéa du texte.

doit être soumise à un contrôle se matérialisant généralement par une autorisation¹⁶¹⁸ ou une cogestion.¹⁶¹⁹ L'intervention du propriétaire (ou des autres copropriétaires) ou d'un organe de contrôle assure le respect de son intérêt. Il est en revanche exclu que le gestionnaire seul réalise cet acte, car le risque encouru est trop important.

La gradation des actes de la classification tripartite se justifie au regard des conditions de leur réalisation. L'acte conservatoire peut être accompli par tout gestionnaire ou propriétaire, car les conditions à sa conclusion se situent au stade de sa qualification. L'acte d'administration peut être accompli sans trop de difficultés par le gestionnaire principal du patrimoine, mais certaines conditions peuvent être ajoutées légalement lorsque la gestion du patrimoine a vocation à être statique. Enfin, l'acte de disposition nécessite l'intervention soit d'un organe de contrôle, soit du (ou des) propriétaires pour être accompli au regard des risques qu'il fait peser sur le patrimoine.

Malgré les difficultés exposées, ce système peut être considéré comme assez complet. Il est utilisé dans la majorité des situations de gestion des biens d'autrui, notamment du fait des renvois que ces régimes opèrent. Il existe cependant d'autres procédés qui usent de concepts différents.

B) Les autres procédés conceptuels

251. Champ d'application - Le droit positif utilise parfois d'autres systèmes classant les actes de gestion selon des concepts prédéterminés. Ces procédés sont exceptionnels et utilisés dans des cas particuliers qui exigent une adaptation de la distribution des pouvoirs. En effet, les régimes de gestion de biens d'autrui qui utilisent d'autres procédés conceptuels nécessitent un système de détermination des actes de gestion assez souple pour laisser suffisamment de liberté au gestionnaire, mais différent de la classification tripartite, fondée sur la fonction et la gravité de l'acte à l'égard du patrimoine global. Trois situations différentes méritent d'être étudiées : les actes permis par l'usage (i.), l'acte utile (ii.) et les actes accomplis par le mandataire social (iii.).

¹⁶¹⁸ Ex. : art. 505 C. civ. (autorisation du conseil de famille ou du juge des contentieux de la protection) ; art. 1988 C. civ. (mandat spécial nécessaire).

¹⁶¹⁹ Ex. : art. 467 C. civ. (assistance du curateur) ; art. 815-3 al. 3 C. civ. (unanimité des indivisaires).

i. L'acte usuel

252. Intérêt de la catégorie – Les actes permis par l'usage représentent une catégorie particulière d'actes de gestion, car ils sont accomplis par un propriétaire dont les prérogatives sont limitées du fait d'une incapacité juridique. Ils concernent plus particulièrement les mineurs¹⁶²⁰ et les majeurs sous tutelle.¹⁶²¹ Il ne s'agit pas à proprement parler d'une gestion des biens d'autrui dans la mesure où cette catégorie concerne les actes réalisés par un propriétaire frappé d'incapacité sur ses propres biens, mais ils relèvent bien d'un système particulier de classification des actes de gestion. Les textes mentionnent « les cas dans lesquels la loi ou l'usage » les autorise à agir seuls¹⁶²², mais lorsque la loi édicte des actes particuliers, il s'agit d'un procédé non-conceptuel.¹⁶²³ La catégorie des actes autorisés par l'usage est donc intéressante car elle se distingue de la classification tripartite. Le législateur aurait pu autoriser la personne frappée d'incapacité à conclure des actes d'administration¹⁶²⁴, mais c'est un autre choix qui a été réalisé, qu'il convient d'expliquer.

Les actes étudiés sont, juridiquement, ceux qu'un mineur ou un majeur sous tutelle peuvent réaliser seuls, sans assistance ni représentation de la part de l'administrateur de leur patrimoine. Il s'agit du dernier résidu de leur capacité juridique. En pratique, le but de cette disposition est de conforter les actes de faible importance qu'une personne frappée d'incapacité aurait pu conclure avec un tiers. Il s'agit donc d'une mesure favorisant la sécurité juridique. Dès lors, pourquoi ne pas appliquer une classification connue et utilisée dans les autres matières ? Tout simplement parce que le contenu de cette catégorie va énormément varier d'une personne à l'autre et qu'elle ne peut s'appuyer sur un concept abstrait. La classification tripartite est fondée uniquement sur un critère économique abstrait, et malgré les variations que nous proposons liées à l'intérêt du propriétaire, n'est pas adaptée à la situation particulière du propriétaire frappé d'incapacité. L'équilibre à trouver se situe entre la sécurité juridique que réclament les tiers et la protection des intérêts de la personne vulnérable face aux actes qu'elle pourrait conclure seule. Dans le cadre des actes conclus par le gestionnaire, le critère de qualification tient compte uniquement des effets que l'acte aura sur le patrimoine et sa finalité,

¹⁶²⁰ Art. 381-1-1 C. civ.

¹⁶²¹ Art. 473 C. civ. L'article 1148 C. civ. en fait une règle générale à toutes les personnes protégées. On parle également d'actes de la vie courante ou d'actes usuels.

¹⁶²² Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 473 C. civ. se réfère également aux actes que le juge des contentieux de la protection aurait mentionnés.

¹⁶²³ Cf. *supra*, n° 227.

¹⁶²⁴ C'est par exemple le cas dans le cadre de la curatelle, où le législateur renvoie aux actes que le tuteur peut réaliser seul, c'est-à-dire les actes d'administration (art. 467 C. civ.).

mais le gestionnaire est supposé agir de manière rationnelle. Dans le cadre d'un acte conclu par une personne vulnérable, le risque est d'autant plus important que l'acte peut être complètement irrationnel. De plus, le mineur et le majeur sous tutelle ne sont pas censés être les gestionnaires principaux de leurs propres patrimoines, car l'administration de leurs biens a été majoritairement déléguée à un tiers. Les actes qu'ils réaliseront n'auront donc pas nécessairement vocation à accomplir une gestion avisée. Enfin, là où l'acte accompli par un gestionnaire dans le cadre de la classification tripartite sera apprécié selon un modèle abstrait de gestionnaire normalement compétent, l'appréciation de la validité de l'acte passé par un mineur ou un majeur sous tutelle doit tenir compte des facultés particulières de celui-ci, car elles sont extrêmement diverses et varient d'une personne à l'autre. Il convient par ailleurs de distinguer les actes accomplis par le mineur et ceux accomplis par le majeur sous tutelle.

253. Actes accomplis par le mineur – Dans un premier temps, il a été admis que la loi de 1964¹⁶²⁵ limitait les prérogatives du mineur à celles que le tuteur peut exercer seul, c'est-à-dire les actes d'administration, en application du droit antérieur à cette loi.¹⁶²⁶ La doctrine a par la suite préféré considérer que les deux notions étaient distinctes, sans quoi le législateur n'en aurait utilisé qu'une seule.¹⁶²⁷ Par ailleurs, dans un arrêt important de 1972¹⁶²⁸, la Cour de cassation a substitué aux moyens un motif de pur droit mentionnant « les actes de la vie courante autorisés par la loi ou l'usage », plutôt que de retenir l'argumentation traditionnelle des parties qui se référait aux actes que le tuteur peut passer seul. Les auteurs se sont donc focalisés sur la notion d'usage et ont abandonné l'idée d'appliquer la classification tripartite.

¹⁶²⁵ Loi n° 64-1230 du 14/12/1964.

¹⁶²⁶ Cass. Civ., 25/03/1861 qui vise les « actes d'aliénation ». Pour une défense récente de cette idée : A. DEMERY, « La sanction des actes passés par le mineur non-émancipé : bilan et perspectives », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 8, p. 4.

¹⁶²⁷ P. CONTE, J.-C. MONTANIER, « Les actes patrimoniaux du mineur non-émancipé », *JCP N*, 1986, p. 405 ; F. LEDUC, *op. cit.*, n° 64.

¹⁶²⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 09/05/1972, *Pogam*, n° 71-10361, *Bull. civ. I*, n° 122 ; *Gaz. Pal.* 1972. 2. 871.

Néanmoins, le caractère usuel est plus compliqué à définir qu'il y paraît. Plusieurs éléments entrent en compte : la pratique sociologique contemporaine¹⁶²⁹, l'âge du mineur¹⁶³⁰, son discernement, la gravité économique de l'acte.¹⁶³¹ Tous ces éléments aboutissent à une définition complexe. Il convient de la simplifier au regard de la jurisprudence. Il paraît évident que l'acte usuel ne peut pas être assimilé à l'acte d'administration, car ces deux ensembles ne sont pas identiques, pour les raisons déjà citées : l'acte d'administration est un acte de gestion au sens strict (en vue d'une valorisation globale du patrimoine et de ses éléments), alors que l'acte accompli par le mineur peut ne viser que sa satisfaction immédiate. De plus, un acte peut être évalué comme peu grave pour un gestionnaire normalement avisé, mais invraisemblable lorsqu'il est réalisé par un mineur.¹⁶³² Le critère de la gravité de l'acte et de son intégration dans la gestion n'est donc pas applicable en l'état. En revanche, la jurisprudence a rappelé à plusieurs reprises qu'un acte ne peut être usuel que s'il ne crée pas de risques trop importants pour le patrimoine du mineur.¹⁶³³ Le critère économique doit donc être conservé, mais il ne peut demeurer seul.

Une fois le critère économique rempli, le deuxième élément important est la faculté du mineur de comprendre les conséquences de son acte, c'est-à-dire son discernement. Le but est alors d'évaluer si, malgré le coût de l'acte (faible ou important), il ne mérite pas d'être validé en faveur de la sécurité juridique. Le discernement du mineur s'apprécie de manière

¹⁶²⁹ P. CONTE, J.-C. MONTANIER, art. préc. ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 6 ; A. GOUTTENOIRE, « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 163-177. Les actes permis par l'usage seraient ceux que les parents autorisent à leurs enfants mineurs de passer seuls à une époque donnée. Certains parlent d'une « pré-majorité » (M. GRIMALDI, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1990, p. 101-116). D'autres auteurs proposent d'y intégrer également les usages du milieu social dans lequel évolue le mineur et les pratiques familiales : A. GOUTTENOIRE, art. préc. ; P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2014, n° 1053.

¹⁶³⁰ Comp. avec le droit allemand qui fixe une limite d'âge claire (7 ans). G. MASCH, « La représentation des personnes protégées en droit allemand », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 67-74.

¹⁶³¹ « L'acte de la vie courante est l'acte dont l'accomplissement par le mineur non-émancipé est conforme aux habitudes sociales actuelles et admissible compte-tenu de sa gravité économique et de l'âge de l'enfant. » F. LEDUC, *op. cit.*, n° 65. Cf. également C. FAGES, « Un client ayant dissimulé sa minorité est-il tenu de payer à la banque le montant de son débit en compte ? », D. 2000, p. 39, qui mentionne trois critères à la qualification d'acte usuel : un acte adapté aux mœurs de mineurs du même âge, que l'opinion commune admet comme courant et qui ne fasse pas encourir un risque particulier pour le mineur.

¹⁶³² CA Versailles, 14/12/2004, RG n° 2003-04708 ; CA Aix, 07/06/2000. Ces deux arrêts concernent un bail de moins de 9 ans. De même, CA Nancy, 04/06/2009, RG n° 09/1716 : achat d'un cyclomoteur, mais c'est la souscription d'une assurance que cet achat implique qui est qualifié de non-usuelle par la Cour.

¹⁶³³ Cass. Civ. 1^{ère}, 09/05/1972, *Pogam*, arrêt préc. (achat d'une voiture) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12/11/1998, n° 97-13248 ; Dr. fam. 1999. Comm. 35, obs. T. FOISSIER ; JCP 1999. II. 10053, note T. GARE ; RTD civ. 1999. 360, obs. J. HAUSER ; D. 2000. 39, note C. FARGE (ouverture d'un compte bancaire avec autorisation de découvert) ; CA Nancy, 04/06/2009, arrêt préc. (achat d'un cyclomoteur impliquant la souscription d'une assurance). V. E. NAUDIN, art. préc.

particulière, en tenant compte à la fois d'un élément objectif (son âge et la pratique contemporaine) et d'un élément subjectif (sa maturité). En effet, il convient de vérifier si le contractant du mineur pouvait légitimement penser que l'acte conclu était valide au regard de l'âge du mineur et des pratiques sociales. Si tel acte est considéré comme étant normalement réalisable par un mineur de l'âge de l'auteur, on peut envisager sa validité.¹⁶³⁴ Cependant, la protection du mineur étant plus importante que la sécurité juridique de son cocontractant, il est nécessaire de tenir compte dans un troisième temps de sa maturité, définie comme la faculté de compréhension des conséquences de ses actes. Elle s'apprécie en comparaison d'un modèle abstrait de mineur du même âge. Si le mineur semble mature pour son âge (au regard de son comportement général), l'acte pourra être plus facilement validé, même si la pratique contemporaine n'y est pas favorable *a priori*. A l'inverse, s'il est immature, l'acte pourra être invalidé malgré son acceptation par la pratique.

Pour résumer, l'acte accompli par le mineur doit être évalué comme suit : 1) dans quelle mesure fait-il courir un risque pour le patrimoine du mineur ? 2) au regard de l'âge du mineur et de la pratique contemporaine, le cocontractant pouvait-il légitimement penser que l'acte serait valide ? 3) la maturité du mineur concerné peut-elle influencer la réponse à la question précédente ? Un tel enchaînement tiendrait compte de tous les éléments que la doctrine et la jurisprudence considèrent comme importants, permettrait la souplesse et l'évolution permise par l'appréciation objective de la pratique, et protégerait efficacement le mineur en intégrant sa propre personnalité dans le mécanisme.

254. Actes accomplis par le majeur sous tutelle – La situation du majeur sous tutelle est différente de celle du mineur. En effet, le discernement du mineur dépend de sa maturité, qui évolue durant sa croissance, et de son âge. Le discernement du majeur ne comprend qu'un élément subjectif : ses capacités cognitives. Par ailleurs, son état est globalement stable, ou se déprécie en cas de dégénérescence liée à la vieillesse ou à une maladie neurologique. Il est donc inutile, pour apprécier les actes qu'il peut réaliser, de se fonder sur la pratique sociologique, dans la mesure où ses facultés ne dépendent pas de son âge et sont extrêmement variables d'un individu à l'autre. Un cocontractant ne peut pas présumer de la validité d'un acte puisqu'il n'existe aucune norme sociologique à laquelle se fier. M. Montanier a par conséquent considéré que le critère de l'acte usuel variait selon que l'auteur était un majeur

¹⁶³⁴ C. FAGES, art. préc.

sous tutelle ou un mineur.¹⁶³⁵ Le majeur est soumis selon lui à un « principe de pleine incapacité », alors que le mineur fait l'objet d'un « principe de capacité limitée. » Cette distinction expliquerait la différence à opérer entre les deux catégories. D'autant plus que le juge des contentieux de la protection peut dresser une liste d'actes que le majeur pourra adopter, adaptée à la situation particulière de chacun.¹⁶³⁶ Par conséquent, les actes résiduels que le majeur sous tutelle peut passer seul sans qu'ils fassent l'objet d'une autorisation légale ou judiciaire se réduisent à peu de chagrin.¹⁶³⁷ Il semblerait que pour ces actes, la règle soit simplement l'application de l'adage « *de minimis non curat praetor* » : les actes usuels du majeur sous tutelle sont en réalité des actes de très faible importance.¹⁶³⁸

ii. L'acte utile

255. Définition – L'acte utile est un concept utilisé dans le cadre de la gestion d'affaires exclusivement. Ce critère est mentionné à l'article 1301 du Code civil, en plus de son caractère intentionnel. En effet, la gestion d'affaires est caractérisée uniquement lorsqu'une personne « gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui. »¹⁶³⁹ L'intention du gérant n'a pas d'influence sur la qualification de l'acte de gestion, nous nous concentrerons donc ici sur la condition d'utilité.

L'acte utile est un procédé conceptuel distinct de la classification tripartite.¹⁶⁴⁰ Cette différence est justifiée par la particularité de la gestion d'affaires. Cette institution a pour but d'assurer un équilibre entre l'incitation à l'altruisme et la protection des propriétaires contre les immixtions intempestives.¹⁶⁴¹ Certains parlent même de la sanction d'un devoir moral d'entraide.¹⁶⁴² Il s'agit donc d'une technique finalisée, respectant une certaine politique juridique.¹⁶⁴³ Par conséquent, les concepts utilisés dans le cadre de la gestion d'affaires se

¹⁶³⁵ J.-C. MONTANIER, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », JCP N, 1981, p. 459. Néanmoins, il soutient l'idée que les actes usuels accomplis par les mineurs sont les actes conservatoires et d'administration courante, ce qui ne peut être transposé aux majeurs sous tutelle.

¹⁶³⁶ Art. 473 al. 2 C. civ.

¹⁶³⁷ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le contentieux autour de ces actes est quasiment inexistant.

¹⁶³⁸ Il semblerait que ce soit l'application qu'en fait la jurisprudence : Cass. Civ 1^{ère}, 03/06/1980, n° 79-12079, Bull. civ. I, n° 172 ; Defrénois 1981. 32599, obs. J. MASSIP (don de sommes qualifiées de « minimales »).

¹⁶³⁹ Cette définition reprend les critères retenus par Roger Bout dans sa thèse sur le sujet : R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, LGDJ, 1972, n° 18.

¹⁶⁴⁰ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 441.

¹⁶⁴¹ *Ibid.* ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 446.

¹⁶⁴² B. BALIVET, *op. cit.*, n° 387 ; F. GORE, « Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations », D. 1953, chron. n° 7, p. 48.

¹⁶⁴³ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 446 ; R. BOUT, *op. cit.*, n° 387. L'auteur parle d'une tendance à la « socialisation du droit », *ibid.*, n° 12.

doivent d'être adaptés à cet objectif. Le législateur a donc choisi de s'écarter de la classification tripartite et d'adopter une catégorie *sui generis* d'actes de gestion.

Il a été démontré que la classification tripartite ne s'appliquait pas dans le cadre de la gestion d'affaires.¹⁶⁴⁴ L'acte utile peut être un acte conservatoire¹⁶⁴⁵, un acte d'administration¹⁶⁴⁶, voire même un acte de disposition.¹⁶⁴⁷ A l'inverse, un acte d'administration peut ne pas être qualifié d'utile.¹⁶⁴⁸ Ce constat s'explique par la finalité de chacun de ces systèmes. La classification tripartite permet de partager les pouvoirs entre différents gestionnaires selon la gravité des actes accomplis. Elle est déterminée par des critères fixés *a priori* (la fonction attribuée au bien et la gravité de l'acte au regard de cette fonction). Dans le cadre de la gestion d'affaires, il n'y a pas de partage de pouvoirs : le gérant doit accomplir tous les actes nécessaires et utiles, car cette gestion est justifiée par l'impossibilité du maître de l'assurer lui-même. Il faut que le gérant soit en mesure d'appliquer tous les actes que le maître aurait réalisés s'il avait été aux commandes, quelle que soit leur nature.¹⁶⁴⁹ Il n'est donc pas possible de limiter *a priori* ses pouvoirs. La validité de l'acte sera déterminée *a posteriori*, lors de l'appréciation de son utilité.¹⁶⁵⁰

256. Appréciation de l'utilité de l'acte – Il convient d'abord de préciser que l'acte utile peut être de toute nature : juridique ou matériel¹⁶⁵¹, licite ou illicite¹⁶⁵², et avoir pour objet un élément patrimonial ou extrapatrimonial.¹⁶⁵³ Ce n'est ni la nature de l'acte, ni son objet qui le rend valide. Seule son utilité est appréciée. Mais, selon M. Bout, cette appréciation va varier selon que la gestion d'affaires est intéressée ou non.¹⁶⁵⁴ La technique finalisée de la gestion

¹⁶⁴⁴ R. BOUT, *op. cit.*, n° 328 et s. ; F. LEDUC, *op. cit.*, n° 35.

¹⁶⁴⁵ R. BOUT, *op. cit.*, n° 328.

¹⁶⁴⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/1985, n° 84-10097, Bull. civ. I, n° 86 (travaux accomplis sur la résidence familiale).

¹⁶⁴⁷ Cass. Civ., 13/02/1952, Bull. civ. I, n° 64 ; CA Aix-en-Provence, 10/02/1953, n° 1955-603 (concernant une aliénation immobilière). Comp. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil. Contrats*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2014, n° 235, qui considèrent que l'acte de disposition n'est pas du domaine de la gestion et ne saurait être accompli dans le cadre de la gestion d'affaires.

¹⁶⁴⁸ Trib. cantonal de Metz, 05/03/1953 (travaux effectués par le locataire sans prévenir le bailleur) ; Cass. Com., 08/06/1968, Bull. civ. IV, n° 180 (transformation d'un véhicule en un modèle plus récent par un garagiste sans en informer son client).

¹⁶⁴⁹ L'article 1301-1 C. civ. dispose qu'il est « tenu d'apporter à la gestion d'affaires tous les soins d'une personne raisonnable. »

¹⁶⁵⁰ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 36.

¹⁶⁵¹ Art. 1301 C. civ. Cette précision a été introduite par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016. Pour le droit antérieur, cf. R. BOUT, *op. cit.*, n° 323.

¹⁶⁵² *Ibid.*, n° 327.

¹⁶⁵³ R. BOUT, « La convention dite d'assistance », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, t. 1, 1979, p. 157-211 ; M. RIOU, « L'acte de dévouement », RTD civ., 1957, p. 245. Ces éléments renforcent la distinction entre l'acte utile et la classification tripartite.

¹⁶⁵⁴ R. BOUT, *op. cit.*, n° 359.

d'affaires serait détournée pour en faire un outil juridique permettant de donner des solutions fondées sur l'équité.¹⁶⁵⁵ L'intention altruiste n'est donc plus un élément central de l'institution. Or, c'est l'incitation à un comportement moralement favorable qui justifie la faveur accordée par la jurisprudence lors de l'appréciation de l'utilité. En effet, elle considère que l'acte est utile dès lors qu'il était opportun lors de sa conclusion, et réalise alors une appréciation initiale et subjective.¹⁶⁵⁶ A l'inverse, lorsque le gérant a un intérêt à voir l'affaire administrée, l'appréciation de l'acte se fera au terme de la gestion et selon le résultat concret et objectif obtenu, car il faut être certain que la gestion a bien profité au maître.¹⁶⁵⁷

Il est vrai que la réforme du droit des obligations de 2016 a introduit dans la loi la notion de « gestion d'affaires semi-intéressée » : l'intérêt personnel du gérant n'exclut pas l'application de ce régime.¹⁶⁵⁸ Mais en quoi cette règle contredit-elle la finalité morale de la gestion d'affaires ? Une personne intéressée aura certes une intention moins altruiste, mais il n'empêche que savoir que les charges seront partagées l'incitera à administrer une affaire qui en a besoin, alors qu'il ne l'aurait pas nécessairement fait sinon. Et la condition d'un intérêt commun empêche une immixtion intempestive dans le seul intérêt du gérant. La finalité de la gestion d'affaires est donc respectée, et l'application de solutions équitables est favorisée. Car l'exclusion de la gestion d'affaires intéressée, comme le préconise M. Bout¹⁶⁵⁹, aurait eu pour effet de priver de droits le voisin, l'associé ou le concubin qui agissent sur des biens qui ne leur appartiennent pas mais dont ils tirent des bénéfices indirects.

La finalité de la gestion d'affaires étant respectée, il ne nous semble pas nécessaire de différencier l'appréciation de l'utilité selon les cas : l'acte doit être opportun au moment de sa conclusion, selon ce que le gérant pouvait légitimement envisager. Cette appréciation étant subjective, le critère de l'utilité va dépendre des seuls éléments à la disposition du gérant. Quels sont-ils ? Il faut avant tout que son intervention soit nécessaire, que le maître soit dans l'impossibilité d'administrer lui-même son affaire. L'article 1301-1 du Code civil dispose clairement que la gestion d'affaires se termine dès lors que le maître ou son successeur est en mesure d'y pourvoir. Par conséquent, le gérant doit légitimement penser que le maître ne peut

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, n° 394. Par ex. : Cass. Com., 16/11/1976, n° 74-13681, Bull. civ. IV, n° 291.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, n° 344.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, n° 359.

¹⁶⁵⁸ Art. 1301-4 C. civ. Le texte ajoute que dans ce cas, les charges de la gestion se répartissent entre le gérant et le maître à proportion de l'intérêt de chacun dans l'affaire commune.

¹⁶⁵⁹ Il souhaite cependant la création d'une autre technique moins finalisée et plus adaptée : *ibid.*, n° 391.

pas administrer sa propre affaire.¹⁶⁶⁰ En général, cette impossibilité sera justifiée par une absence du maître.¹⁶⁶¹ Il faut néanmoins que le gérant ait tenté d'informer le maître de la situation si cette prévention était possible, sans quoi l'utilité de l'acte est contestable puisque le propriétaire aurait pu agir seul.¹⁶⁶² D'autres facteurs peuvent également entrer en compte. L'urgence de la situation et la nécessité de l'acte sont autant de raisons à son utilité, mais ne sont pas essentiels.¹⁶⁶³ Dans tous les cas, c'est du point de vue du gérant au moment de la conclusion de l'acte qu'il faut se placer pour apprécier son opportunité. Mais appréciation subjective ne signifie pas appréciation *in concreto* : la loi dispose que le gérant doit apporter « tous les soins d'une personne raisonnable. »¹⁶⁶⁴ Cette formule renvoie au modèle abstrait d'un gestionnaire avisé. Or, un tel gestionnaire ne se comporte pas comme un propriétaire qui, lui, a la libre disposition de ses biens. Il doit respecter certaines lignes de conduite et sera sanctionné en cas de faute.¹⁶⁶⁵

Ainsi, le gérant dans le cadre de la gestion d'affaires doit respecter les mêmes règles que n'importe quel gestionnaire des biens d'autrui.¹⁶⁶⁶ La différence est qu'il pourra accomplir tout type d'actes et que leur validité dépendra de l'opportunité de leur réalisation.

iii. *L'acte accompli par le mandataire social*

257. Principe de spécialité – L'acte accompli par un dirigeant au nom de la personne morale n'est pas soumis à la classification tripartite en raison de la fonction particulière du patrimoine social.¹⁶⁶⁷ La personne morale est affectée à une activité spécifique¹⁶⁶⁸, et les actes qui sont réalisés en son nom peuvent être de n'importe quelle nature tant qu'ils le sont dans le cadre de cette activité.¹⁶⁶⁹ Il serait inopportun de désigner à l'avance une catégorie d'actes

¹⁶⁶⁰ Cette impossibilité n'est pas nécessairement due à une absence ou une ignorance de la situation, en témoignent la jurisprudence sur les actes de sauvetage ou la possibilité de passer outre l'opposition du maître : *ibid.*, n° 278 et s.

¹⁶⁶¹ C'était d'ailleurs la première raison d'être de la gestion d'affaires : F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n° 234.

¹⁶⁶² Cf. les arrêts cités en note 385. V. pour la gestion d'un compte-titre : B. BOULOC, « La responsabilité en matière de gestion de titres », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, LexisNexis, 1999, p. 437-447, spéc. p. 443.

¹⁶⁶³ R. BOUT, *op. cit.*, n° 315 et s.

¹⁶⁶⁴ Art. 1301-1 C. civ.

¹⁶⁶⁵ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 421. Cf. *infra*, n° 311 et s.

¹⁶⁶⁶ F. JULIENNE, art. préc.

¹⁶⁶⁷ *Contra* : R. BESNARD-GOUDET, « Objet social – Influence sur les pouvoirs du dirigeant », J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 9-20, 2019, n° 5, qui assimile les actes qui sortent des pouvoirs du dirigeant à des actes de disposition.

¹⁶⁶⁸ Cf. *supra*, n° 20.

¹⁶⁶⁹ Précisons que l'ordonnance du 10/02/2016 avait à l'origine rédigé l'article 1145 alinéa 2 C. civ. comme suit : « La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles. »

pouvant être réalisée ou non puisque cela dépend de l'affectation de la personne morale. Les actes considérés comme dangereux pour la poursuite de l'activité du patrimoine ne sont pas les mêmes dans le cadre d'une association sportive, d'une société civile immobilière ou d'une société anonyme. C'est pourquoi la loi adopte une autre méthode pour qualifier les actes accomplis par le dirigeant. Pour être conforme, l'acte doit respecter à la fois l'objet social et l'intérêt social, sans quoi il sera sanctionné.¹⁶⁷⁰

258. Conformité à l'objet social et à l'intérêt social – L'objet social renvoie à l'affectation de la personne morale.¹⁶⁷¹ Il est nécessairement limité en raison du principe de spécialité qui s'applique à ce type de groupements.¹⁶⁷² Le dirigeant peut accomplir tout acte qui entre dans l'objet social, mais uniquement ceux qui y entrent. Il s'agit donc d'une limite objective aux pouvoirs du dirigeant.¹⁶⁷³ Mais il peut être difficile de connaître les limites exactes de l'objet social, en raison de la rédaction imprécise des statuts et de la complexité à déterminer la finalité exacte d'un acte isolé.¹⁶⁷⁴ Il nous semble cependant que l'objet social n'a pas vocation à imposer une limite trop importante aux actes réalisés par le gestionnaire. Il constitue simplement une limitation négative de ses pouvoirs, en sanctionnant les actes qui iraient manifestement à son encontre.¹⁶⁷⁵ En cela, il est une application du principe de prudence.

Certains y ont vu une limitation excessive de la capacité des personnes morales (v. notamment P. MOUSSERON, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », D. 2016, p. 906), c'est pourquoi la loi de ratification n° 2018-287 du 20/04/2018 a supprimé la référence à l'utilité des actes (M.-H. MONSERIE-BON, « Capacité des personnes morale : *exit* l'utilité des actes à la réalisation de l'objet social », RTD com., 2018, p. 980).

¹⁶⁷⁰ Rappelons que l'acte peut ne pas respecter l'objet ou l'intérêt social et pourtant rester valide à l'égard des tiers, dans la mesure où ils n'ont pas connaissance du dépassement (art. 1844-16 C. civ. et L. 235-12 C. com.). Cf. *infra*, n° 376. Il est question ici d'un acte dépassant les pouvoirs du gestionnaire, qui pourra de toute façon engager sa responsabilité envers les copropriétaires. « L'objet social ne délimite les pouvoirs externes des dirigeants que dans les sociétés à risques illimités. Dans les autres sociétés, c'est uniquement un moyen de contrôle des associés sur les pouvoirs des dirigeants. Ce contrôle existe également dans les sociétés à risque illimité eu égard aux pouvoirs des dirigeants envers les associés. » (R. BESNARD-GOUDET, « Objet social – Influence sur les pouvoirs du dirigeant », J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 9-20, 2019, n° 3).

¹⁶⁷¹ Cf. *supra*, n° 149.

¹⁶⁷² Art. 1145 al. 2 C. civ.

¹⁶⁷³ R. DALMAU, « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier », Rev. Soc., 2018, p. 487.

¹⁶⁷⁴ R. BESNARD-GOUDET, « Objet social – Influence sur les pouvoirs du dirigeant », J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 9-20, 2019, n° 7 ; Y. CHAPUT, « Objet social », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 65. V. concernant une location-gérance : Cass. Com., 08/10/1979 ; D. 1981. IR 37, obs. J.-C. BOUSQUET ; ou la cession d'un immeuble : Cass. Civ. 3^{ème}, 18/12/2001, n° 00-16530 et n° 00-16692 ; Dr. soc. 2002, comm. 57 ; Bull. Joly 2002, § 94, p. 434, note B. SAINTOURENS.

¹⁶⁷⁵ Par exemple, l'aliénation d'un bien nécessaire à la continuité de l'affectation, qu'il soit mentionné expressément dans les statuts (Cass. Com., 12/01/1988, n° 85-12666 ; Bull. civ. IV, n° 24 ; Rev. Soc. 1988, p. 263, note Y. CHAPUT ; RTD civ. 1989, p. 304, note J. MESTRE) ou considéré comme indispensable (Cass. Com., 18/10/1994, n° 92-21485 ; Bull. civ. IV, 302 ; RJDA 1995, n° 161 ; Bull. Joly 1994, p. 1330, § 374, note B. SAINTOURENS : promesse de vente du fonds de commerce). Si l'acte n'est pas manifestement contraire à l'objet

Mais dans la mesure où il se trouve dans les statuts, il peut varier et se soumettre à la volonté des associés s'ils décident de le modifier.

C'est le cas en matière de cautionnement. Lorsqu'il n'est pas interdit ou réglementé par les textes¹⁶⁷⁶, il peut être réalisé alors même qu'il n'entre pas dans l'objet social soit du fait d'une modification antérieure des statuts¹⁶⁷⁷, soit par une autorisation unanime des associés (ce qui revient *in fine* à une modification ponctuelle des statuts)¹⁶⁷⁸, soit du fait de l'existence d'une « communauté d'intérêts entre la société caution et le débiteur »¹⁶⁷⁹, sous réserve d'une collusion frauduleuse avec le créancier garant.¹⁶⁸⁰ La notion d'intérêt social étant confuse, la jurisprudence n'est pas claire quant à l'exigence d'une conformité à cet élément comme condition supplémentaire à la validité du cautionnement.¹⁶⁸¹ L'erreur vient selon nous d'une confusion entre intérêt et objet sociaux.¹⁶⁸² L'objet social est une affectation, un intérêt objectivé au sein de l'acte constitutif de la personne morale. Aucun acte ne peut y être directement contraire, ce qui explique les limites précédemment évoquées. Mais dès lors que l'acte n'empêche pas la continuité de l'activité et qu'il respecte la prudence nécessaire, il y est conforme. La question est ensuite de savoir s'il respecte l'intérêt social, qui renvoie à celui des membres de la personne morale, donc des copropriétaires. Cet intérêt s'exprime partiellement à travers l'objet social, dans la mesure où les membres de la personne morale y ont adhéré en

social sans être expressément permis par les statuts, il s'agit d'un « acte de gestion courante » que le dirigeant peut accomplir (CA Paris, 22/03/1990, JurisData n° 1990-021473 ; R. BESNARD-GOUDET, « Objet social – Influence sur les pouvoirs du dirigeant », J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 9-20, 2019, n° 4). De même, il est possible d'y ajouter une raison d'être qui aura le même effet (cf. *supra*, n° 187).

¹⁶⁷⁶ Le cautionnement envers l'un des associés est interdit dans les SARL (art. L. 223-21 C. com.). Il est réglementé dans les SA : interdiction envers les dirigeants (art. L. 225-43 C. com.) et nécessite une autorisation envers les tiers (art. L. 225-39 C. com.).

¹⁶⁷⁷ Cass. Com., 19/05/1987, n° 84-14855, Bull. civ. I, n° 158 ; Rev. Soc. 1988. 78, note Y. GUYON ; D. 1987. somm. 445, obs. L. AYNES ; Bull. Joly 1987. 792, § 326.

¹⁶⁷⁸ Cass. Com., 14/12/1999, n° 97-15554 ; Defrénois 2000. 505, obs. H. HOVASSE ; Banque et droit 2000, n° 71, p. 37, obs. N. RONTCHEVSKY.

¹⁶⁷⁹ Cass. Com., 15/01/2002, n° 97-22109 ; Dr. soc. 2002, comm. 97, note J. MONNET et D. VIDAL ; RJDA 5/2002, p. 427 ; Bull. Joly 2002, p. 602, § 134, note A. CONSTANTIN ; Defrénois 2002, art. 37635, p. 1543.

¹⁶⁸⁰ Cass. Com., 14/12/1999, arrêt préc.

¹⁶⁸¹ Cela dépend de la forme sociale considérée, mais globalement, la plupart des décisions approuvent cette condition supplémentaire (pour une SA : Cass. Com., 13/11/2007, n° 06-15826 ; Dr. soc. 2008, n° 32, obs. H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, n° 3, obs. J.-J. CAUSSAIN, G. WICKER et F. DEBOISSY ; RJDA 2/2008, n° 137 ; pour une SCI : Cass. Com., 10/02/2015, n° 14-11760 ; BJS, 2015. 234, note F. DANOS ; Dr. Sociétés 2015. comm. 87, note H. HOVASSE ; Cass. Com., 02/11/2016, n° 16-10363), sauf en matière de SARL (Cass. Com., 12/05/2015, n° 13-28504 ; D. 2015. 2427, obs. D. ROBINE ; JCP G 2016, doct. 174, no 5, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. Soc. 2015. 515, note A. VIANDIER ; RTD civ. 2015. 663, obs. P. CROCQ ; Dr. Sociétés 2015. comm. 147, note M. ROUSSILLE). La solution n'est cependant pas figée et certains arrêts refusent par principe la conclusion d'un cautionnement dès lors qu'il est de nature à compromettre l'existence de la société (Cass. Com., 23/09/2014, n° 13-17347, Bull. civ. IV, n° 142). V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 6^{ème} éd., 2018, n° 184 ; Y. CHAPUT, « Objet social », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 93 et s.

¹⁶⁸² Cf. *supra*, n° 187.

connaissance de cette activité, il donne donc un indice sur ce qu'ils veulent. C'est pourquoi une modification de l'objet social confirme qu'il est de l'intérêt des associés de réaliser l'acte. L'expression unanime des associés est également un moyen de déterminer si l'acte va ou non dans leur intérêt. Enfin, la reconnaissance d'une communauté d'intérêts avec le débiteur implique nécessairement que l'acte va dans l'intérêt des copropriétaires. Ces trois solutions renvoient en fait aux modes de détermination de l'intérêt du propriétaire dont use le gestionnaire : les directives inscrites dans l'acte constitutif, l'avis donné par le propriétaire en cours de gestion et la décision du gestionnaire d'après les circonstances.¹⁶⁸³

On comprend dès lors que l'acte doit à la fois ne pas contredire l'affectation des biens sociaux, et être conforme à l'intérêt social.¹⁶⁸⁴ Le dirigeant peut y porter atteinte volontairement, dans le but de privilégier un autre intérêt, et il sera alors question de détournement.¹⁶⁸⁵ Il peut aussi le faire involontairement, et son comportement peut alors s'apparenter à de la négligence, et être sanctionné à ce titre.¹⁶⁸⁶

Ainsi, la qualification des actes réalisés par le mandataire social sont soumis à deux critères. Le premier est celui de la conformité à l'objet social, qui renvoie au principe de prudence : le dirigeant ne peut accomplir aucun acte qui porterait atteinte à la continuité de l'affectation. Le second est celui de la conformité à l'intérêt social, dans la mesure où le dirigeant sera sanctionné s'il accomplit un acte qui ne va pas dans l'intérêt des copropriétaires, ce comportement pouvant être déloyal ou négligent.

¹⁶⁸³ Cf. *supra*, n° 169 et s.

¹⁶⁸⁴ V. notamment Cass. Com. 07/10/1997, n° 94-18553 ; JCP E. 1997. 710, obs. A. VIANDIER. Dans le même sens, G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 84 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 433. Des auteurs critiquent le fait que la conformité à l'intérêt social soit une condition de validité de l'acte (P. SCHULTZ, « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », *in Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Litec/Dalloz, 2006, p. 429-443 ; M. BUCHBERGER, « Pour un abandon de l'intérêt social comme condition de validité des contrats conclus par la société », *Rev. Soc.*, 2020, p. 659). Il est vrai que la sanction de l'acte lui-même est excessive puisqu'elle crée un préjudice envers le tiers qui n'a aucun moyen de connaître cette violation. L'intérêt social n'a en effet pour but que de régir les rapports internes entre dirigeants et associés, sauf collusion frauduleuse avec un tiers (v. aussi Cass. Com., 13/01/2021, n° 18-21860, Bull. civ. IV, n° 43 ; D. 2021. 399, note D. SCHMIDT, qui refuse d'annuler une délibération d'assemblée générale pour contrariété à l'intérêt social). Selon un auteur, la nouvelle rédaction de l'article 1833 C. civ. exclut désormais l'intérêt social comme condition de validité (S. SCHILLER, « Les conséquences de la nouvelle rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire », *JCP N*, 2020, 1034).

¹⁶⁸⁵ Cf. *infra*, n° 294.

¹⁶⁸⁶ P. SCHULTZ, art. préc. ; R. BESNARD-GOUDET, « Objet social – Influence sur les pouvoirs du dirigeant », *J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 9-20, 2019, n° 52 ; Y. CHAPUT, « Objet social », *Rép. soc. Dalloz*, 2021, n° 65. Ce dernier auteur distingue le dépassement de pouvoir « du simple acte de gestion inopportun et critiquable, dû à une mauvaise appréciation de l'intérêt de la société. » Il est vrai que les faits générateurs ne sont pas exactement les mêmes, mais fondamentalement, ils sont assez proches : dans les deux cas, il y a atteinte à l'intérêt social. Cf. *infra*, n° 293.

259. Conclusion sur les procédés conceptuels – Au regard des analyses précédentes, il apparaît que quel que soit le procédé conceptuel utilisé, la qualification de l’acte dépendra systématiquement de l’intérêt du propriétaire et de l’orientation qu’il souhaite donner à la gestion. Selon la nature des biens et leur valeur à ses yeux, les actes dont ils sont l’objet seront qualifiés de conservatoires, d’administration ou de disposition dans le cadre de la classification tripartite. L’acte usuel n’est pas réalisé par le gestionnaire mais par le propriétaire lui-même, mais là encore, on constate que c’est son intérêt qui détermine sa qualification. De même que c’est celui du maître d’affaires qui permet de qualifier l’acte réalisé par le gérant d’utile ou non. Enfin, c’est l’intérêt social, assimilé à celui des copropriétaires, qui justifie majoritairement la validité d’un acte accompli par le mandataire social. Il convient maintenant de s’intéresser au procédé non-conceptuel.

C) Le procédé non-conceptuel

260. Champ d’application – Le procédé non-conceptuel consiste en l’énumération d’actes dont la réalisation est permise, interdite ou soumise à certaines conditions également édictées. On retrouve cette technique dans la quasi-totalité des régimes de gestion des biens d’autrui, ce qui s’explique par la grande adaptabilité qu’elle permet. A chaque situation son régime spécifique, et selon les nécessités de protection ou d’organisation, des listes d’actes sont établies pour préciser le champ d’action du gestionnaire.¹⁶⁸⁷

Selon M. Leduc, le procédé non-conceptuel est utilisé lorsque l’intensité de la gestion est soit forte (dans le cadre d’une gestion déléguée), soit faible (dans le cas d’actes isolément confiés à un gestionnaire).¹⁶⁸⁸ Le but est alors de remplacer l’acte d’administration, qui n’a d’intérêt que lorsque le gestionnaire principal a des pouvoirs de gestion courante uniquement. Cette remarque n’est pas tout à fait vraie. De nombreux régimes de gestion des biens d’autrui qui utilisent la classification tripartite usent plus ou moins ponctuellement du procédé non-conceptuel.¹⁶⁸⁹ Ce constat est dû au fait que les techniques de détermination des actes de gestion sont souvent mixtes : le législateur détermine des concepts abstraits à utiliser dans le cadre

¹⁶⁸⁷ N’est évoqué ici que le procédé non-conceptuel légalement instauré, mais il est tout à fait possible que l’acte constitutif du transfert de gestion prévoie une liste d’actes que peut ou non accomplir le gestionnaire.

¹⁶⁸⁸ F. LEDUC, *op.cit.*, 1991, n° 111.

¹⁶⁸⁹ C’est le cas du droit des personnes protégées (ex. : art. 387-1 et s. et 506 et s. C. civ. pour les actes interdits à l’administrateur légal et au tuteur) ou de la communauté conjugale (art. 1422 et s. C. civ. pour les actes soumis à cogestion). Sans compter les délimitations particulières que les parties ou le juge peuvent introduire au sein de l’acte constitutif du transfert de gestion.

d'une qualification de droit commun, puis liste spécifiquement certains actes interdits ou dont les conditions de réalisation sont fixées légalement.

261. Intérêt du procédé – Le premier intérêt d'une telle technique est la possibilité d'adaptation qu'elle donne au législateur. Chaque régime de gestion des biens d'autrui dispose d'actes plus ou moins difficiles à réaliser, offrant ainsi une protection plus importante du patrimoine. Le second intérêt qu'elle présente est de permettre au gestionnaire et aux tiers de connaître *ab initio* les conditions de réalisation d'un acte particulier, sans devoir passer par une qualification plus ou moins communément admise. La sécurité juridique est alors importante. Cependant, cet avantage ne concerne que les actes énumérés, c'est pourquoi il est utile de prévoir un procédé conceptuel complémentaire. Il n'existe aucun régime de gestion des biens d'autrui qui utilise exclusivement le procédé non-conceptuel. Un tel système n'aurait aucun moyen de s'adapter en cas de qualification d'un acte occulté par la loi, sauf à utiliser un raisonnement par analogie, ce qui porterait atteinte à la sécurité juridique qui est pourtant visée.

262. Fonctionnement du procédé – Pour être efficace, l'intensité du procédé non-conceptuel doit être adaptée. Il ne doit pas freiner l'action du gestionnaire, mais doit en même temps garantir une protection suffisante du patrimoine. Il existe donc différentes utilisations possibles.¹⁶⁹⁰ La première est l'énumération de certains actes interdits. Par ce moyen, le législateur s'assure que des actes potentiellement dangereux ne seront jamais conclus par le gestionnaire. Il faut cependant que la dangerosité de ces actes soit avérée et leur nécessité quasi-inexistante, car cela signifie qu'ils ne pourront jamais être réalisés. Il s'agit en général d'actes instaurant une situation de conflit d'intérêts, assurant un profit certain au gestionnaire et une perte pour le propriétaire sans garantie de son intention altruiste.¹⁶⁹¹

La deuxième possibilité offerte est l'édition de conditions supplémentaires pour la réalisation de certains actes particuliers, du fait là encore de leur dangerosité ou du risque de conflit d'intérêts. Par exemple, l'article 426 du Code civil prévoit que les actes portant sur le logement de la personne protégée sont soumis à autorisation. De même, l'article L. 223-19 du Code de commerce soumet certaines conventions passées par le dirigeant ou un associé avec la

¹⁶⁹⁰ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 440.

¹⁶⁹¹ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 463. Cf. *infra*, n° 285. On retrouve de telles énumérations aux articles 509 C. civ. pour le droit des personnes protégées, 387-2 C. civ. pour les actes de l'administrateur légal, L. 225-43 C. com. pour les conventions passées par le dirigeant ou un associé d'une société anonyme, L. 223-21 C. com. pour les conventions passées par le dirigeant ou un associé de société à responsabilité limitée...

société à responsabilité limitée à une approbation par l'assemblée générale. Enfin, l'article 1415 du Code civil exige l'accord du conjoint pour un cautionnement ou un emprunt engageant les biens de la communauté. Il est intéressant de noter que les exceptions que réalisent ces listes sont justifiées par des causes diverses : il peut s'agir de la nature de l'acte¹⁶⁹², de son objet¹⁶⁹³, ou de la qualité des parties.¹⁶⁹⁴

La troisième utilisation qui est faite du procédé conceptuel est l'énumération de tous les actes que peut réaliser le gestionnaire ainsi que des conditions nécessaires pour chacun. La liste est alors particulièrement longue et fastidieuse, c'est pourquoi on trouve peu de cas semblables dans les textes de lois. A noter toutefois la loi du 10 juillet 1965 relative à la copropriété des immeubles bâtis, qui utilise une telle technique pour déterminer les pouvoirs du syndic.¹⁶⁹⁵ Ce procédé est surtout utilisé en cas de gestion conventionnelle ou judiciaire, car elle permet une adaptation parfaite à la situation concrète du propriétaire.¹⁶⁹⁶ Ainsi, le contrat de fiducie peut par exemple déterminer précisément les actes que le fiduciaire pourra réaliser¹⁶⁹⁷, tout comme le mandat spécial¹⁶⁹⁸, et l'habilitation familiale peut lister les actes que l'administrateur pourra accomplir.¹⁶⁹⁹ De manière générale, lorsque la gestion porte sur certains biens spécifiques, leur énumération est déjà une forme de limitation de l'étendue des pouvoirs du gestionnaire *via* un procédé non-conceptuel.¹⁷⁰⁰

263. Conclusion – Les actes de gestion peuvent prendre des formes sensiblement différentes selon les situations de gestion des biens d'autrui. Si, en principe, la classification tripartite est utilisée, elle est quasiment toujours accompagnée d'une énumération d'actes aux conditions de réalisation particulières, voire remplacée par un autre procédé conceptuel. Dans tous les cas, on constate que la qualification de l'acte dépend essentiellement de l'intérêt du propriétaire et de la valeur qu'il attribue à chacun de ses biens, le gestionnaire ne pouvant agir

¹⁶⁹² Ex : interdiction de réaliser des actes à titre gratuit (art. 387-2 C. civ.).

¹⁶⁹³ Ex : cogestion pour les actes de disposition sur le logement de la famille et les meubles meublants (art. 215 C. civ.).

¹⁶⁹⁴ Ex : convention passée entre la société et son dirigeant ou un associé (Art. L 225-43 et L 223-21 C. com.).

¹⁶⁹⁵ Art. 18 L. n° 65-557 du 10/07/1965. Cela n'empêche pas le texte de renvoyer à certains concepts d'actes en évoquant le pouvoir « d'administrer l'immeuble, de pourvoir à sa conservation, à sa garde et à son entretien et, en cas d'urgence, de faire procéder de sa propre initiative à l'exécution de tous travaux nécessaires à la sauvegarde de celui-ci. » (art. 18 al. 3). Il semblerait que le texte renvoie aux actes d'administration et conservatoires.

¹⁶⁹⁶ Les mesures de crise prises par le juge en cas de blocage ou de mauvaise gestion d'un patrimoine commun impliquent de confier à une personne des pouvoirs de gestion exclusifs (ex. : art. 220-1C. civ. pour les régimes matrimoniaux et 815-6 C. civ. pour l'indivision), qui sont souvent énumérés dans la décision judiciaire. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 438.

¹⁶⁹⁷ Art. 2018 C. civ.

¹⁶⁹⁸ Art. 1988 al. 2 C. civ.

¹⁶⁹⁹ Art. 494-6 C. civ.

¹⁷⁰⁰ Cf. *supra*, n° 222.

seul que si l'acte ne porte manifestement pas atteinte à la continuité de sa mission et à l'intérêt du propriétaire.

Le but de ces qualifications est d'assurer un partage des pouvoirs entre les acteurs de la gestion des biens d'autrui, et notamment entre le propriétaire et le gestionnaire. Ce partage peut prendre différentes formes qu'il convient maintenant d'étudier.

II Le partage des pouvoirs

Les prérogatives sur les biens administrés doivent être réparties entre le ou les propriétaires et le ou les gestionnaires. Mais pour que la gestion soit efficace, elle se doit d'être cohérente. Pour cela, il faut éviter que plusieurs personnes accomplissent des actes contraires sur les mêmes biens. Une certaine coordination est alors nécessaire. Le droit positif met en œuvre différents modes de partage des pouvoirs, qu'il convient de présenter (A) avant de s'intéresser à la source de la répartition (B), qui nous renseigne sur ses possibilités d'aménagement.

A) Les différents modes de partage des pouvoirs

Plusieurs facteurs entrent en compte pour déterminer le mode de partage le plus adapté à chaque régime de gestion des biens d'autrui : l'étendue des biens confiés, l'aptitude du propriétaire à gérer ses propres biens, l'existence d'une copropriété, la volonté du propriétaire... Ils permettent de déterminer le meilleur choix à adopter, qui aura des effets importants sur les prérogatives qui restent dévolues au propriétaire et les modalités de leur exercice. Nous pouvons dénombrer quatre modes de partage différents¹⁷⁰¹ : la gestion concurrente (i.), la gestion conjointe (ii.), la gestion séparée (iii.) et la gestion déléguée (iv.).

i. La gestion concurrente

264. Gestion dynamique – La gestion concurrente est la répartition la plus simple des pouvoirs entre le propriétaire et le gestionnaire ou entre cogestionnaires. Dans la limite des pouvoirs du gestionnaire, ils ont les mêmes prérogatives sur les biens administrés. Plus

¹⁷⁰¹ Sur ces différents modes de partage, v. F. MASSON, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, n° 540 et s.

clairement, les pouvoirs du propriétaire ne sont pas restreints par le transfert de gestion. Tout ce que peut accomplir le gestionnaire, il le peut aussi. L'avantage procuré par ce type de gestion est évidemment son dynamisme.¹⁷⁰² En pratique, un nouveau gestionnaire vient s'ajouter en plus du gestionnaire principal qu'est le propriétaire. Elle supporte néanmoins un important défaut : le risque d'incohérence et d'inefficacité dans la gestion. Pour être optimale, elle nécessite une entente parfaite et une bonne coordination entre propriétaire et gestionnaire. Par ailleurs, pour fonctionner, elle a besoin d'un propriétaire doté de la capacité juridique et apte à gérer les biens confiés.

C'est pourquoi elle est préférée pour les actes simples de gestion courante en matière de copropriété, lorsque les copropriétaires sont également cogestionnaires.¹⁷⁰³ La communauté conjugale en est l'exemple typique.¹⁷⁰⁴ L'article 1421 du Code civil dispose que « chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre. » Par principe, les époux ont des pouvoirs égaux sur les biens, et ils sont illimités. Les textes suivants apportent des restrictions à la gestion concurrente, et la réduisent *in fine* à la réalisation des actes les moins graves. L'indivision comporte une règle semblable¹⁷⁰⁵, tout comme les sociétés qui n'ont pas de gérant désigné.¹⁷⁰⁶

Elle est aussi utilisée lorsque les pouvoirs du gestionnaire sont cantonnés à une mission spécifique. Le mandat et ses dérivés en sont les archétypes.¹⁷⁰⁷ Le mandant étant un propriétaire capable, il transfère ses prérogatives en toute connaissance de cause et peut continuer à contracter de son côté.¹⁷⁰⁸ Il bénéficie ainsi des avantages de la gestion contractuelle.¹⁷⁰⁹ La gestion concurrente peut également faire intervenir plusieurs tiers-gestionnaires ayant des pouvoirs semblables ou qui se recoupent partiellement. Un mandat de vendre peut par exemple être accordé à plusieurs agents immobiliers.

¹⁷⁰² B. BALIVET, *op. cit.*, n° 490 ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 543 et s.

¹⁷⁰³ V. notamment F. VAUVILLE, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Lille, thèse de doctorat, 1991.

¹⁷⁰⁴ Pour un exposé approfondi du droit antérieur et de l'instauration de la gestion concurrente, v. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 484 et s.

¹⁷⁰⁵ Elle est toutefois limitée aux seuls actes conservatoires (art. 815-2 C. civ.).

¹⁷⁰⁶ Il s'agit d'abord des sociétés en participation (art. 1872-1 al. 3 C. civ.). Ce texte renvoie aux règles de l'indivision légale ou conventionnelle, et dans ce dernier cas, dispose que tous les associés sont considérés comme gérants de l'indivision. Entrent également dans cette catégorie les sociétés en nom collectif sans gérant désigné par les statuts (art. L. 221-3 C. com.). V. également pour une société civile, art. 1848 et 1849 C. civ. et N. JULIAN, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 16/01/2020, n° 18-21394, Rev. Soc., 2020, p. 492.

¹⁷⁰⁷ Il convient toutefois d'exclure le mandat social, qui utilise des procédés différents.

¹⁷⁰⁸ La question de son dessaisissement contractuel au sein d'un mandat exclusif fait toutefois l'objet de discussions, cf. *infra*, n° 319.

¹⁷⁰⁹ Cf. *supra*, n° 108.

265. Gestion concurrente et mandat spéciaux – C’est d’ailleurs tout le problème de certains mandats particuliers.¹⁷¹⁰ Le premier est le mandat à effet posthume. Il s’impose aux héritiers et les dessaisit de leur pouvoir d’administration de la succession.¹⁷¹¹ La question s’est posée de la possibilité d’étendre les pouvoirs du mandataire aux actes de disposition.¹⁷¹² Certains auteurs s’y opposent, parce que le texte de l’article 812-4 du Code civil fait de l’aliénation des biens une cause d’extinction du mandat et donc une prérogative exclusive des héritiers¹⁷¹³, mais d’autres n’y voient pas d’obstacle.¹⁷¹⁴ Il nous semble que rien n’interdit cette extension sur le principe, le risque étant limité puisque le mandataire est responsable en cas de faute de gestion et n’engage pas les héritiers du fait de ses actes.¹⁷¹⁵ La question qui se pose est alors de savoir si les héritiers perdent conséquemment leur pouvoir de réaliser de tels actes. Autrement dit, dans cette situation, le pouvoir de disposition est-il concurrent ou délégué ?¹⁷¹⁶ Il semblerait que mis à part le pouvoir d’aliéner les biens, les héritiers soient dessaisis de l’ensemble de leurs prérogatives, y compris de la faculté d’accomplir d’autres actes de disposition, et ce, qu’une clause d’extension des pouvoirs du mandataire soit présente ou non. *A priori*, le mandataire n’a pas le pouvoir d’accomplir des actes de disposition, qui pourraient risquer la perte des biens confiés. Si le *de cuius* a pris la peine de désigner une personne pour les gérer au mieux, il semblerait que son but ait été de les conserver. Rien n’empêche cependant

¹⁷¹⁰ Sur leur qualification, cf. *supra*, n° 109. V. aussi S. HEBERT, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », D. 2008, p. 307. Pour certains auteurs, le mandat irrévocable implique également un dessaisissement du pouvoir de disposition du mandant (E. SALLE DE LA MARNIERRE, « Le mandat irrévocable », RTD civ., 1937, p. 241 ; M. CANTIN CUMYN, *L’administration du bien d’autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 43).

¹⁷¹¹ Cf. *supra*, n° 126. M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », Defrénois, 2007, n° 1, p. 3 ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », D. 2016, p. 1942 ; P. MALAURIE, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018, n° 169 ; G. WICKER, C. ARNAUDIN, « Mandats successoraux : Mandat à effet posthume », J.-Cl. Civil Code, 2021, n° 22.

¹⁷¹² Précisons que les actes de disposition mentionnés ici ne sont pas assimilés aux actes d’aliénation, ces derniers pouvant être qualifiés d’actes d’administration selon l’intérêt du propriétaire. Cf. *supra*, n° 243.

¹⁷¹³ J. LEPROVAUX, « Les pouvoirs du mandataire à effet posthume », LPA, 12/09/2012, n° 183, p. 59 ; A. AYNES, « L’administration de la succession par autrui », JCP N, 2008, p. 1246 ; G. WICKER, C. ARNAUDIN, « Mandats successoraux : Mandat à effet posthume », J.-Cl. Civil Code, 2021, n° 35. Ils se fondent également sur le rapport des députés sur le texte (Rapp. AN n° 2850, 2006, p. 175). La jurisprudence a par ailleurs confirmé que le mandataire ne pouvait pas s’y opposer (Cass. Civ. 1^{ère}, 12/05/2010, n° 09-10556 ; JCP N 2010, n° 46, 1351, J.-G. MAHINGA), mais dans le cas d’espèce, le mandat ne mentionnait pas la possibilité de réaliser des actes de disposition. Les auteurs précédents admettent néanmoins qu’une clause d’inaliénabilité parallèle puisse empêcher la cession des biens par les héritiers.

¹⁷¹⁴ C. BRENNER, « La gestion de la succession », D. 2006, p. 2559 ; F. JOURDAIN-THOMAS, S. SCHILLER, « Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ? », JCP N, 2013, p. 1212 ; J. COMBRET, « Le mandat à effet posthume : un acte manqué ? », JCP N, 2013, 1191.

¹⁷¹⁵ Dans le même sens, F. JOURDAIN-THOMAS, S. SCHILLER, art. préc.

¹⁷¹⁶ En faveur de la première proposition : F. JOURDAIN-THOMAS, S. SCHILLER, art. préc. En faveur de la seconde : J. LEPROVAUX, art. préc.

que le mandat permette l'accomplissement de certains actes de disposition, comme la possibilité de modifier l'activité d'une entreprise, de constituer des sûretés ou de conclure un bail commercial.¹⁷¹⁷ Les héritiers étant déjà dessaisis de ces prérogatives, il ne s'agit pas d'une gestion concurrente.

Le mandat de protection future pose un problème semblable. Sa nature contractuelle¹⁷¹⁸ implique que la personne protégée n'est pas dessaisie de ses pouvoirs.¹⁷¹⁹ La règle a été consacrée par l'article 1159 du Code civil.¹⁷²⁰ Elle s'applique cependant très mal au cas du mandat de protection future. Rappelons en effet que la personne protégée satisfait à l'une des causes citées à l'article 425 du Code civil¹⁷²¹, et que si tel est le cas, elle entre dans la catégorie des personnes incapables de contracter.¹⁷²² D'autres indices vont également en ce sens : tout comme la personne soumise à un régime de protection, le bénéficiaire du mandat de protection future a accès à des sanctions protectrices.¹⁷²³ C'est pourquoi il est rapproché de la sauvegarde de justice¹⁷²⁴, sauf que cette dernière dessaisit bien la personne protégée sur les actes qu'un représentant *ad hoc* peut éventuellement accomplir à sa place.¹⁷²⁵ Par ailleurs, lorsque le mandat est conclu pour autrui, c'est parce que la personne n'est pas apte à s'occuper d'elle-même *ab initio* et est souvent frappée d'incapacité à ce titre.¹⁷²⁶ Il serait inopportun de lui accorder la capacité juridique simplement du fait d'un changement de statut juridique.¹⁷²⁷ Le mandat de protection future serait la seule mesure de protection des majeurs qui n'impliquerait aucun dessaisissement de son bénéficiaire. Or, comme le dit un auteur¹⁷²⁸, la représentation n'est pas

¹⁷¹⁷ J. COMBRET, art. préc.

¹⁷¹⁸ Cf. *supra*, n° 108..

¹⁷¹⁹ Rapp. Sénat n° 212, 2006-2007, p. 183 ; L. TAUDIN, « Mandat de protection future : Itinéraire sinueux d'une représentation », JCP N, 2009, n° 52, 1357 ; L. LEVENEUR, « Intérêts et limites du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 571-582 ; N. PETERKA, « Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées », AJ fam., 2016, p. 533 ; F. SAUVAGE, « Mandat de protection future », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 39. *Contra*, A.-M. LEROYER, « Majeurs – Protection juridique », RTD civ., 2007, p. 394 ; D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », Defrénois, 2009, p. 142.

¹⁷²⁰ Art. 1159 al. 2 C. civ. : « La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits. »

¹⁷²¹ Art. 477 C. civ. : « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. (...) Les parents ou le dernier vivant des père et mère, (...) peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. »

¹⁷²² Art. 1146 C. civ. Dans le même sens, J. HAUSER, « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », AJ fam., 2016, p. 460. *Contra*, N. PETERKA, art. préc.

¹⁷²³ Art. 488 C. civ. Cf. *infra*, n° 290.

¹⁷²⁴ L. LEVENEUR, art. préc.

¹⁷²⁵ Art. 435 al. 1 C. civ.

¹⁷²⁶ Art. 477 al. 3 C. civ.

¹⁷²⁷ L. LEVENEUR, art. préc.

¹⁷²⁸ L. LEVENEUR, art. préc.

en soi une protection. Si elle n'emporte pas de dessaisissement, le mandat de protection future n'a pas beaucoup plus d'intérêt qu'un mandat classique. Il serait par conséquent plus sage de ne pas voir dans cette mesure une gestion concurrente mais plutôt une gestion déléguée pour tous les actes que le mandataire peut accomplir, en se fondant sur la finalité de la mesure plutôt que sur la nature juridique du transfert de gestion.¹⁷²⁹

266. Faille de la gestion concurrente – La gestion concurrente, parce qu'elle implique l'intervention égale de plusieurs cogestionnaires, peut mener à des situations d'incohérence et de blocages en raison du conflit de pouvoirs qu'elle crée.¹⁷³⁰ Ainsi, l'un des gestionnaires peut réserver des fonds à un investissement spécifique et l'autre les utiliser sans informer le premier pour des dépenses courantes. Que faire dans ce type de situations ? Le droit positif apporte une réponse relativement claire : l'acte réalisé en premier par un gestionnaire ayant le pouvoir pour le faire est valide, afin de protéger les intérêts des tiers, sauf si ces derniers avaient connaissance de l'opposition des autres gestionnaires-propriétaires.¹⁷³¹ Mais cette solution n'est pertinente que si le conflit ne porte que sur des stratégies différentes. Elle nuit à l'optimisation de la gestion mais ne sacrifie pas l'intérêt du propriétaire. En revanche, si l'acte réalisé est manifestement contraire à ce dernier, le problème est plus important. C'est pourquoi il est essentiel que chaque gestionnaire ait l'aptitude suffisante pour réaliser une gestion conforme. Ce qui explique le problème du mandat de protection future¹⁷³² et des mesures de crise des régimes matrimoniaux.

Lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté ou si son comportement atteste l'inaptitude ou la fraude, le juge peut autoriser son conjoint à passer des actes sur les biens

¹⁷²⁹ Ce qui impliquerait de prévoir un mécanisme de publicité satisfaisant permettant d'informer les tiers de l'absence de pouvoirs du bénéficiaire : F. SAUVAGE, « Mandat de protection future », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 27. Cf. *infra*, n° 378. La pratique notariale va en ce sens (A. PANDO, « Mandat de protection future : les pistes d'amélioration des notaires », LPA, 27/11/2020, n° 238, p. 3).

¹⁷³⁰ L. GODON, « La protection d'un époux contre les agissements de l'autre en régime légal de communauté », Defrénois 1998, art. 36857 ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 545 ; L. TAUDIN, art. préc. Plus largement, sur les difficultés que soulève la gestion concurrente à l'égard des tiers, v. Cass. Civ. 2^{ème}, 13/12/1989, n° 87-14990, Bull. civ. II, n° 222 ; RTD civ. 1992, p. 444, obs. F. LUCET et B. VAREILLE. Et en matière procédurale : J. SOUHAMI, « Gestion concurrente en régime de communauté et action en justice », JCP N, 2010, 1347. Cette crainte a justifié pendant longtemps le refus d'instaurer une gestion concurrente en matière de communauté conjugale (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 487). C'est pourquoi certains se posent la question d'une obligation d'information entre époux : R. CABRILLAC, « L'information entre époux dans les régimes matrimoniaux », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 129-138.

¹⁷³¹ On retrouve cette solution dans certains textes : art. L. 221-4 al. 2 C. com. (pluralité de gérants d'une SNC) ; art. L. 223-18 al. 7 C. com. (pluralité de gérants d'une SARL). De même en jurisprudence : Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/2000, n° 97-19429, Bull. civ. 2000, I, n° 46 ; JCP N 2000, n° 28, p. 1151 (pluralité de mandataires). V. R. CABRILLAC, art. préc.

¹⁷³² Sur ce sujet, v. ci-dessus et L. TAUDIN, art. préc.

communs ou les biens propres de cet époux.¹⁷³³ La question de son dessaisissement pose question dans certains de ces mécanismes.¹⁷³⁴ L'article 1429 du Code civil le prévoit bien pour les actes d'administration et de jouissance de ses biens propres.¹⁷³⁵ L'article 1426 mentionne la « substitution », le « transfert » et la « restitution » des pouvoirs de l'époux sur les biens communs, sous-entendant qu'un dessaisissement a également bien eu lieu.¹⁷³⁶ Mais l'article 219 du Code civil ne parle que d'une habilitation à représenter l'époux hors d'état de manifester sa volonté. Néanmoins, l'impossibilité de manifester sa volonté implique en théorie qu'il n'est pas capable de contracter. Par ailleurs, la représentation de l'article 219 étant judiciairement établie, elle entraîne un dessaisissement du représenté pour les actes concernés.¹⁷³⁷ Ainsi, quelle que soit la mesure envisagée, elle provoque un dessaisissement des pouvoirs de l'époux pour les actes concernés en raison de son inaptitude à agir dans son intérêt ou celui de la communauté.¹⁷³⁸

La gestion concurrente vise un partage des pouvoirs efficace et dynamique mais nécessite une aptitude minimale de chaque gestionnaire et une bonne coordination entre eux. La cogestion peut donc être préférable dans certains cas.

ii. *La gestion conjointe*

267. Accord de tous les gestionnaires – La gestion conjointe est le mode de partage des pouvoirs le plus contraignant, puisqu'il nécessite l'accord de tous les gestionnaires pour accomplir un acte.¹⁷³⁹ La cogestion est ici entendue au sens large, sans se soucier des effets qu'elle entraîne.¹⁷⁴⁰ L'avantage qu'elle procure est la sécurisation de l'acte et la certitude qu'il est conforme à l'intérêt du propriétaire, soit parce que ce dernier intervient, soit parce qu'un organe de contrôle l'approuve.¹⁷⁴¹ L'inconvénient est évidemment la lourdeur du processus, la

¹⁷³³ F. BICHERON, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in N. Dissaux (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 97-113.

¹⁷³⁴ L'article 217 C. civ. vise l'accomplissement d'un acte particulier soumis à cogestion donc n'est pas concerné ici.

¹⁷³⁵ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2019, n° 525. De même, l'article 220-1 C. civ. peut restreindre les pouvoirs de l'époux et introduire une cogestion pour certains actes.

¹⁷³⁶ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 492.

¹⁷³⁷ D'après l'article 1159 C. civ. N. PETERKA, art. préc.

¹⁷³⁸ Remarquons que les mesures de crise entre époux peuvent se cumuler avec les mesures de protection judiciaires et le mandat de protection future, ce qui implique que même si ce dernier peut s'articuler avec une telle mesure, le bénéficiaire sera nécessairement dessaisi de ses pouvoirs. V. L. TAUDIN, art. préc.

¹⁷³⁹ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 490.

¹⁷⁴⁰ Les effets de la cogestion varient selon que l'accord du gestionnaire est un véritable consentement à l'acte, auquel cas il est engagé avec le propriétaire, ou une simple autorisation.

¹⁷⁴¹ Cf. *infra*, n° 277 et s.

participation de nombreux copropriétaires pouvant être difficile à organiser, de même que l'intervention d'un tiers. Elle est par conséquent principalement utilisée dans des situations spécifiques pour les actes les plus graves et pour lesquels l'avis du propriétaire est important.

La cogestion peut prendre plusieurs formes. Elle se rencontre la plupart du temps au sein des propriétés collectives dans la prise des décisions les plus importantes. La modification des statuts d'une société ou l'augmentation des engagements des associés¹⁷⁴², les actes de disposition ou d'exploitation anormale des biens indivis¹⁷⁴³, l'aliénation des parties communes nécessaires, la modification de la destination et la souscription d'un emprunt au sein d'une copropriété d'immeuble bâti¹⁷⁴⁴, les actes de disposition à titre gratuit, la création de droits réels ou la conclusion d'un bail rural, commercial ou artisanal sur les biens communs¹⁷⁴⁵ en font partie. La cogestion peut également être une mesure de protection des intérêts des tiers, que certains actes pourraient contrarier. Elle est ainsi imposée pour tous les actes de disposition qui touchent au logement de la famille, quel qu'en soit le propriétaire.¹⁷⁴⁶ L'autre époux est alors intégré à la gestion. L'assistance imposée au débiteur dans le cadre d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire a pour but de protéger le gage des tiers.¹⁷⁴⁷ Enfin, la cogestion peut servir à protéger l'intérêt du propriétaire, en faisant intervenir un organe tiers afin qu'il contrôle que les actes accomplis soient bien conformes à son intérêt. C'est tout l'intérêt du mécanisme de l'assistance au sein des régimes de protection comme la curatelle.¹⁷⁴⁸

268. Décision à la majorité – Dans les propriétés collectives, la cogestion peut parfois s'avérer être une procédure lourde et complexe à mettre en œuvre lorsque le nombre de copropriétaires est important. Des nuances sont alors introduites. La première est la comptabilisation restreinte aux votes exprimés, ce qui signifie que ne seront pas pris en compte les votes des copropriétaires absents, afin d'éviter que la décision ne soit bloquée.¹⁷⁴⁹ Mais pour avoir une légitimité suffisante, il faut qu'un nombre minimal de copropriétaires se soit exprimé.

¹⁷⁴² Art. 1836 C. civ.

¹⁷⁴³ Art. 815 al. 3 C. civ.

¹⁷⁴⁴ Art. 26 al. 4 et 26-4 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁷⁴⁵ Art. 1422 et s. C. civ. V. toutefois les nuances liées à l'application de la gestion d'affaires et des mandats tacite et apparent en la matière (R. BERNARD-MENORET, « Les mandats conventionnels entre époux », LPA, 15/10/2004, p. 3 ; G. GOUBEUX, « La cogestion en régime de communauté : le commencement de la fin ? », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 131-148).

¹⁷⁴⁶ Art. 215 al. 3 C. civ.

¹⁷⁴⁷ Art. L. 622-1 et L. 631-12 C. com.

¹⁷⁴⁸ Art. 467 et s. C. civ.

¹⁷⁴⁹ A. COURET, « Le désintéret social », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 63-77.

C'est pourquoi un *quorum* est exigé dans cette situation.¹⁷⁵⁰ Ainsi, dans les sociétés anonymes, l'assemblée générale ordinaire ne peut statuer que si les associés présents ou représentés détiennent au moins un cinquième des parts totales auxquelles est attaché un droit de vote, et ne sont comptabilisés que les votes exprimés.¹⁷⁵¹

La seconde nuance apportée à la cogestion est la possibilité de passer outre l'avis de certains copropriétaires, par le biais du mécanisme du vote à la majorité.¹⁷⁵² Celui-ci reste un outil de gestion conjointe, puisqu'il nécessite l'intervention de plusieurs copropriétaires pour agir, mais l'ensemble est unifié au sein d'un organe, l'assemblée générale, dont l'expression est supposée être celle du tout alors qu'elle peut n'émaner que d'une partie.¹⁷⁵³ La majorité requise pour prendre une décision varie selon l'importance de cette dernière et le régime concerné. Par exemple, l'assemblée générale du syndicat de copropriété peut prendre certaines décisions de gestion courante à la majorité absolue des votes exprimés¹⁷⁵⁴, d'autres considérés comme étant plus importantes seront prises à la majorité absolue des voix de tous les copropriétaires¹⁷⁵⁵ et d'autres, encore plus graves, seront prises à la majorité des deux-tiers des voix de tous les copropriétaires.¹⁷⁵⁶ Le vote à la majorité peut même remplacer complètement la règle de l'unanimité, comme en matière de modification des statuts d'une société anonyme où la seule majorité des deux-tiers des votes exprimés est exigée, alors qu'il s'agit d'une décision d'une extrême importance.¹⁷⁵⁷

Pour plus de facilité dans la gestion, le partage des pouvoirs réserve la gestion conjointe aux décisions les plus graves. Un troisième type de gestion diffère complètement des deux premiers présentés : la gestion séparée.

iii. La gestion séparée

269. Partage strict des pouvoirs – La gestion séparée est un mode spécifique de partage des pouvoirs dans lequel propriétaire et gestionnaire(s) ont des prérogatives strictement

¹⁷⁵⁰ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 490.

¹⁷⁵¹ Art. L. 225-98 C. com. Sont exclus les abstentions et votes blancs ou nuls. Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 156 et s.

¹⁷⁵² F. MASSON, *op. cit.*, n° 566 et s. Le régime de droit commun québécois prévoit également le principe de la décision à la majorité en cas de pluralité d'administrateur (art. 1332 C. C. Q.), mais il ne s'applique pas aux personnes morales.

¹⁷⁵³ Cf. *supra*, n° 187.

¹⁷⁵⁴ Art. 24 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁷⁵⁵ Art. 25 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁷⁵⁶ Art. 26 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁷⁵⁷ Art. L. 225-96 C. com.

distinctes, qui ne se recoupent pas. Ce type de partage demande une organisation avancée pour être efficace, afin que la gestion reste cohérente. La plupart du temps, le partage est prévu par la loi, ce qui apporte l'avantage de la clarté de la situation pour les tiers, qui savent en principe qui a le pouvoir de passer quel acte.

Les personnes morales usent très souvent d'un tel outil, en raison justement de l'organisation complexe qu'elles peuvent mettre en œuvre.¹⁷⁵⁸ Le partage se réalise généralement comme suit : les copropriétaires prennent les décisions les plus importantes et orientent la gestion des dirigeants, qui se chargent de l'administration courante et de la mise en œuvre des décisions prises. Ainsi, le syndic est chargé de l'exécution des décisions prises par l'assemblée générale des copropriétaires¹⁷⁵⁹ et d'assurer la gestion courante de l'immeuble (conservation, organisation du syndicat de copropriété, représentation auprès des tiers, gestion comptable et financière).¹⁷⁶⁰

270. Gestion séparée et droits sur les biens d'autrui – La gestion séparée est particulièrement importante en matière de droits sur la chose d'autrui.¹⁷⁶¹ Ce constat est plutôt logique dans la mesure où le gestionnaire peut également jouir de certaines utilités du bien, et dispose à ce titre d'un pouvoir exclusif dans l'exercice de son droit. A l'inverse, ses prérogatives sont limitées et il ne peut pas accomplir d'actes qui feraient obstacle aux utilités dont il ne bénéficie pas. L'usufruitier peut accomplir les actes de gestion relatifs à la jouissance du bien, mais pas ceux qui pourraient en altérer la substance.¹⁷⁶² Inversement, le nu-propiétaire n'a que très peu de pouvoirs sur le bien lui-même dans la mesure où il ne doit pas gêner la jouissance de l'usufruitier.¹⁷⁶³ La gestion séparée s'exprime particulièrement en matière d'usufruit lorsqu'il porte sur des parts sociales. L'exercice du droit de vote est alors strictement divisé

¹⁷⁵⁸ P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 273-288. On trouve également des traces de gestion séparée au sein de la communauté conjugale pour les compétences exclusives d'un époux sur les biens professionnels ou les gains et salaires non-économisés (F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 464 et s.).

¹⁷⁵⁹ Art. 17 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁷⁶⁰ Art. 18 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁷⁶¹ B. BALIVET, op. cit., n° 497.

¹⁷⁶² A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Usufruit », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 212 et s. (qui parle « d'actes de gestion courante ») ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, n° 222. Selon cet auteur, il aurait le pouvoir d'accomplir tous les actes qui améliorent l'utilité du bien (*ibid.*, n° 228).

¹⁷⁶³ Art. 599 al. 1 C. civ. Il peut toutefois exercer des actes conservatoires si la situation l'exige.

selon l'objet du vote : s'il concerne l'affectation des bénéfices, il est réservé à l'usufruitier, mais pour toutes les autres questions, il est exercé par le propriétaire.¹⁷⁶⁴

Le problème qui peut survenir est celui de la mauvaise gestion du bien due à une absence de collaboration entre propriétaire et gestionnaire. Longtemps, la doctrine a considéré qu'usufruitier et nu-propiétaire étaient complètement séparés et n'avaient aucun rapport, malgré leurs droits complémentaires sur le même bien. Ils sont supposés avoir des intérêts divergents, ce qui exclut toute coopération entre eux.¹⁷⁶⁵ Ce constat est déduit du fait qu'il n'existe aucune indivision entre eux.¹⁷⁶⁶ Pourtant, l'indivision n'est pas la seule manifestation de l'existence d'un intérêt commun. En soi, la situation de l'usufruitier et du nu-propiétaire n'est pas vraiment différente de celle d'un bailleur et d'un locataire, seule l'étendue des prérogatives de chacun varie. Or, personne ne parle de « l'autonomie » du locataire à l'égard du bailleur, ni de la nécessité d'une communauté d'intérêts entre eux pour justifier leurs relations, simplement parce qu'ils sont liés par un contrat. La particularité de l'usufruit est qu'il peut être d'origine légale et s'imposer aux parties. Le fait que la loi ne prévoie pas d'action de l'usufruitier envers le nu-propiétaire pour faire respecter son obligation d'accomplir les grosses réparations est également un défaut qui laisse penser à une autonomie de chaque droit. La doctrine moderne tend aujourd'hui à remettre en cause cette indépendance et à reconnaître l'existence d'un intérêt commun entre usufruitier et nu-propiétaire, justifiant des obligations réciproques de l'un envers l'autre.¹⁷⁶⁷ Toujours est-il que les actes accomplis par l'un d'eux dans le cadre de ses prérogatives sont opposables à l'autre, quand bien même ils n'iraient pas

¹⁷⁶⁴ Art. 1844 al. 3 C. civ. Cette règle peut être aménagée mais uniquement de manière limitée : le nu-propiétaire peut être privé de son droit de vote sur l'affectation des bénéfices mais pas de son droit de participer aux décisions (Cass. Com., 04/01/1994, n° 91-20256 ; Rev. Soc. 1994. 278, note M. LECENE-MARENAUD ; Defrénois 1994. 556, note P. LE CANNU ; Dr. soc. 1994, n° 45, note T. BONNEAU), mais l'usufruitier ne peut être privé de son droit de vote sur l'affectation des bénéfices car il s'agit d'une prérogative essentielle de son droit (Cass. Com., 31/03/2004, n° 03-16694, Bull. civ. IV, n° 70 ; Defrénois 2005, art. 38132, p. 505, note D. FIORINA ; Defrénois 2005, art. 38166, p. 896, obs. H. HONORAT ; Dr. et patr., 2004, p. 110 s., obs. D. PORACCHIA ; Dr. soc., juin 2004, p. 26, note H. HOVASSE ; JCP E 2004. 1290, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; RJDA 2004. 859, note A. VIANDIER ; Rev. Soc. 2004. 317, note P. LE CANNU ; D. 2004. Somm. 2925, obs. J.-C. HALLOUIN ; D. 2004. 1167, obs. A. LIENHARD).

¹⁷⁶⁵ F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 779 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Usufruit », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 4.

¹⁷⁶⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 13/12/1989, n° 87-17323, Bull. civ. I, n° 392 ; D. 1990. 214, note G. MORIN ; RTD civ. 1990. 523, obs. F. ZENATI. C'est également la raison pour laquelle la licitation du bien en pleine propriété ne peut être imposée à l'usufruitier sans son accord (v. récemment Cass. Civ. 1^{ère}, 13/06/2019, n° 18-17347 ; JCP N 2019. 576, note Q. PRIM).

¹⁷⁶⁷ D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », RTD civ., 1995, p. 43 ; B. BALIVET, « L'émergence de l'usufruit en tant que mode d'administration autonome du bien d'autrui », Dr. et patr., 2015, n° 252 ; F. JULIENNE, « Les conventions entre usufruitier et nu-propiétaire », in *L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 779.

dans son intérêt.¹⁷⁶⁸ Il devrait alors être possible pour eux d'engager la responsabilité de l'autre partie.¹⁷⁶⁹

La gestion séparée apporte une certaine sécurité dans les relations entre gestionnaire et propriétaire et avec les tiers. Elle ne permet toutefois pas nécessairement une véritable collaboration et peut entraîner des conflits et des incohérences dans la gestion. Cela n'arrive pas en cas de gestion déléguée.

iv. *La gestion déléguée*

271. Gestion efficace et compétente – Le dernier mode de partage des pouvoirs possible est la gestion déléguée. Dans cette situation, le principe de libre disposition est inversé : le gestionnaire détient la quasi-totalité des pouvoirs de gestion et le propriétaire ne peut exercer que quelques prérogatives limitées, voire aucune. A la différence de la gestion séparée, les prérogatives que conservent le propriétaire sont la plupart du temps soumises à gestion concurrente et le gestionnaire peut lui aussi les accomplir. Elle permet d'assurer une gestion efficace et optimale, en la confiant à un gestionnaire supposé être plus compétent que le propriétaire.¹⁷⁷⁰ A l'égard des tiers, le gestionnaire est présumé avoir les pouvoirs les plus larges, ce qui garantit la sécurité juridique de leurs transactions. Le défaut de la gestion déléguée est qu'elle donne un très grand pouvoir au gestionnaire, qu'il convient de contrôler plus strictement, ce qui peut freiner la prise de décisions.

272. Inaptitude du propriétaire – La gestion déléguée entraîne des effets importants puisqu'elle dessaisit le propriétaire de ses pouvoirs sur ses propres biens. Elle doit donc être particulièrement opportune pour être légitime.¹⁷⁷¹ Deux causes en sont à l'origine. La première situation qui peut justifier sa mise en place est l'inaptitude totale et reconnue du propriétaire à administrer ses propres biens. Dans ce cas, n'importe quelle autre personne sera plus apte que lui à agir dans son intérêt. La tutelle et l'administration légale mettent en place un régime de la

¹⁷⁶⁸ F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 779.

¹⁷⁶⁹ C'est d'ailleurs la proposition faite par l'Association Henri Capitant dans son Avant-projet de réforme du droit des biens (art. 577 et s., spéc. art. 580).

¹⁷⁷⁰ F. MASSON, *op. cit.*, n° 584 et s.

¹⁷⁷¹ L'article 1159 C. civ. dispose que la gestion est déléguée dès lors qu'elle met en œuvre une représentation légale ou judiciaire. Ce texte pose des problèmes d'application en créant une division stricte et artificielle : ce n'est pas la source du transfert qui fait que la gestion est déléguée, mais sa cause (G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 47-65).

sorte.¹⁷⁷² Le tuteur et l'administrateur légal représentent la personne protégée dans tous les actes de la vie civile, sauf les actes usuels.¹⁷⁷³ Il convient d'apporter plusieurs nuances à cette affirmation. D'abord, dire qu'ils la représentent dans tous les actes ne signifie pas qu'ils ont des prérogatives illimitées. L'intervention d'un organe de contrôle est prescrite pour les actes les plus graves, et certains sont même interdits.¹⁷⁷⁴ Ensuite, les prérogatives de la personne protégée ne se limitent pas uniquement aux actes usuels et elle dispose de certains pouvoirs propres, comme la rédaction d'un testament.¹⁷⁷⁵ Pour ce qui est des actes usuels, ce ne sont pas des pouvoirs propres et le représentant peut *a fortiori* les accomplir puisqu'il s'agit par définition d'actes peu graves. Il faut donc comprendre que la gestion déléguée est avant tout un principe selon lequel le gestionnaire détient l'ensemble des prérogatives au détriment du propriétaire, mais il n'est pas absolu.

273. Expertise du gestionnaire – Néanmoins, certains régimes se rapprochent fortement de cet absolu, en raison de l'origine de leur constitution. La seconde cause qui justifie une gestion déléguée est la confiance que le propriétaire accorde à un gestionnaire supposé être beaucoup plus compétent dans l'administration de certains biens spécifiques, qui exigent des qualités et une expertise particulière. Il s'agit de transferts de gestion d'origine contractuelle, ce qui explique que le dessaisissement soit moins problématique dans ce cas que dans le précédent. Le premier exemple de ce type est la fiducie, par laquelle le constituant consent à renoncer à ses prérogatives sur les biens qu'il confie au fiduciaire. Ce dessaisissement existe bien en principe, tel qu'en témoigne l'article 2023 du Code civil, qui dispose qu'à l'égard des tiers de bonne foi, le fiduciaire est présumé avoir les pouvoirs les plus étendus. Cependant, le constituant peut se réserver certaines prérogatives et n'est pas obligé de transférer au fiduciaire tous les pouvoirs sur les biens.¹⁷⁷⁶ Toujours est-il que les actes conclus par le fiduciaire avec un tiers de bonne foi lui sont opposables.

Le second exemple est celui du fonds commun. Cette forme juridique repousse la gestion déléguée à son paroxysme, puisque les porteurs de parts n'ont absolument aucun

¹⁷⁷² Certaines mesures de crise entre époux entrent également dans cette catégorie (art. 219, 1426 et 1429 C. civ., cf. *supra*, n° 266), de même que le régime de l'absence (art. 113 C. civ.).

¹⁷⁷³ Art. 388-1-1 et 473 C. civ. Sur la notion d'acte usuel, cf. *supra*, n° 252 et s.

¹⁷⁷⁴ Cf. *supra*, n° 260. Ces pouvoirs sont d'autant plus importants en matière personnelle, mais ce sujet ne nous intéresse pas ici.

¹⁷⁷⁵ Art. 476 al. 2 C. civ. V. également l'article 473 al. 2 C. civ. qui permet au juge d'énumérer certains actes que la personne en tutelle peut réaliser seule ou sous assistance.

¹⁷⁷⁶ Art. 2018, 6° C. civ. Cf. *supra*, n° 95.

pouvoir sur la gestion des titres gérés.¹⁷⁷⁷ La société de gestion est seul maître à bord, quelle que soit la gravité de l'acte considéré. Cela ne l'autorise bien sûr pas à porter atteinte aux intérêts des copropriétaires, qui peuvent engager sa responsabilité en cas de faute. Et c'est ce qui justifie également l'importante réglementation qui entoure l'activité des sociétés de gestion.¹⁷⁷⁸

En résumé, il existe différents modes de partage des pouvoirs entre propriétaire et gestionnaire ou entre cogestionnaires, qui varient selon l'étendue des prérogatives confiées à chacun. La plupart des régimes en cumulent plusieurs, d'autant plus si la gestion a vocation à se poursuivre sur le long terme et à concerner de nombreux biens de nature différente. Il convient de se concentrer maintenant sur la source de ce partage.

B) La source du partage des pouvoirs

274. Distinction entre source du transfert de gestion et source du partage – Le transfert de gestion, pour être effectif, nécessite de passer par un acte constitutif, qui peut prendre trois formes différentes : légale, judiciaire ou conventionnelle.¹⁷⁷⁹ On pourrait s'attendre à ce que cet acte constitutif expose dans le même temps les prérogatives que détient le gestionnaire. Pourtant, ce n'est pas toujours le cas.

Pour certains d'entre eux, la source du transfert et celle du partage des pouvoirs sont identiques. C'est le cas pour les régimes de gestion conventionnels fondés sur le mandat.¹⁷⁸⁰ Les articles 1987 à 1989 du Code civil expriment *in fine* l'idée que c'est l'acte constitutif qui détermine les pouvoirs du mandataire, puisqu'il délimite les biens à administrer¹⁷⁸¹, les actes

¹⁷⁷⁷ Art. L. 214-8 et s. C. mon. fin. T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », RTD civ., 1991, p. 1 ; M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 509-524. Cf. *supra*, n° 79.

¹⁷⁷⁸ Ne serait-ce qu'en matière de conflits d'intérêts, v. I. RIASSETTO, M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille et conflits d'intérêts », BJB, 2008, p. 591.

¹⁷⁷⁹ Cf. *supra*, n° 108 et s.

¹⁷⁸⁰ Excepté le mandat social et l'administration de biens collectifs.

¹⁷⁸¹ Art. 1987 C. civ. : « Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant. »

que peut accomplir le mandataire¹⁷⁸² et ceux qu'il a interdiction de passer.¹⁷⁸³ Les régimes légaux sont également pour la plupart à la fois source du transfert et du partage des pouvoirs. Ainsi de la gestion d'affaires, qui limite les prérogatives du gérant aux actes utiles¹⁷⁸⁴, et de l'administration légale.¹⁷⁸⁵ Les transferts judiciaires comprennent parfois une délimitation des pouvoirs du gestionnaire dans leur acte constitutif, notamment en matière de procédures collectives.¹⁷⁸⁶

Mais dans de très nombreux cas, les prérogatives du gestionnaire seront déterminées non pas par l'acte constitutif mais par la loi. L'exemple le plus connu est celui du mandat social, fortement réglementé dans certaines formes sociales.¹⁷⁸⁷ Le syndic de copropriété dispose également de prérogatives très encadrées.¹⁷⁸⁸ La communauté conjugale, malgré son fondement contractuel, est régie par des règles légales.¹⁷⁸⁹ Les régimes de protection des majeurs, fondés sur un transfert judiciaire, délimitent légalement les pouvoirs de l'administrateur.¹⁷⁹⁰ Certains contrats de gestion comportent également des normes de gestion prédéfinies, comme le bail, le prêt ou le gage.¹⁷⁹¹

Le fait que les prérogatives du gestionnaire soient *a priori* délimitées par la loi n'empêche cependant pas leur adaptation, et il est fréquent que l'acte constitutif les module.¹⁷⁹² Toute la question est de savoir si la règle légale est impérative ou non. Ainsi, les époux peuvent

¹⁷⁸² Art. 1988 C. civ. : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Dans la mesure où c'est l'acte qui décrit plus ou moins expressément les prérogatives du mandataire, c'est lui qui est la source implicite de ses pouvoirs.

¹⁷⁸³ Art. 1989 C. civ. : « Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. »

¹⁷⁸⁴ Art. 1301 C. civ. Cf. *supra*, n° 255.

¹⁷⁸⁵ Art. 382 et s. C. civ. Les pouvoirs de l'administrateur sont limités par l'étendue des biens à gérer (art. 384 al. 1 C. civ.) et par l'étendue des actes à réaliser (art. 387-1 et s. C. civ.).

¹⁷⁸⁶ Art. L. 622-1 et L. 631-12 C. com. On peut citer également l'habilitation familiale (art. 494-6 C. civ.) ou les mesures de crise conjugales (art. 219 C. civ.). B. BALIVET, *op. cit.*, n° 474.

¹⁷⁸⁷ Ex. : art. L. 225-1 et s. C. com. (sociétés anonymes). A tel point que les partisans de la théorie institutionnelle refusent de voir dans la société un fondement contractuel et préfèrent lui attribuer une nature légale. V. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 470 et les références citées ; P. DIDIER, art. préc.

¹⁷⁸⁸ Art. 18 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁷⁸⁹ Art. 1421 et s. C. civ.

¹⁷⁹⁰ Art. 496 et s. C. civ. et Décret n° 2008-1484 du 22/12/2008. La nature ambiguë du mandat de protection future a une influence sur cette question : ses pouvoirs sont-ils limités par la loi (comme pour le tuteur), en raison de son aspect protecteur, ou par le mandat, en raison de sa nature contractuelle ? La seconde proposition nous semble plus pertinente (dans le même sens, v. J. LEPROVEAUX, « Le mandat de protection future, technique de gestion patrimoniale », in *Le patrimoine de la personne protégée*, *op. cit.*, p. 135-150).

¹⁷⁹¹ Les régimes des droits sur la chose d'autrui impliquent un partage des pouvoirs lié au partage des utilités des biens, ce qui explique pourquoi, quelle que soit l'origine du transfert de gestion, les prérogatives du titulaire du droit sont déterminées par la loi. Néanmoins, la possibilité de créer des droits réels *sui generis* et la liberté contractuelle peuvent modifier cet état des choses.

¹⁷⁹² Un auteur parle de « gestion mixte » pour expliquer la combinaison entre les règles légales et contractuelles (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 470).

déroger aux règles concernant l'administration des biens communs¹⁷⁹³, mais les contours de leur liberté contractuelle sont flous.¹⁷⁹⁴ Des indivisaires peuvent conclure une convention d'indivision et étendre les pouvoirs du gérant en les assimilant à ceux d'un époux commun en biens, mais toute clause qui irait au-delà serait réputée non-écrite.¹⁷⁹⁵ L'autorité judiciaire est plus libre et le juge peut adapter la mesure de protection qu'il met en œuvre.¹⁷⁹⁶

275. Information des tiers – Il convient d'expliquer la raison d'être de la distinction entre l'origine du transfert et celle du partage des pouvoirs. Elle se justifie par l'information à disposition des tiers. En effet, les tiers contractant avec le gestionnaire n'ont pas nécessairement connaissance des limites contractuelles aux pouvoirs du gestionnaire. S'ils connaissent sa qualité, ils peuvent se référer aux textes légaux, qui parfois les protègent malgré les modulations contractuelles. C'est le cas en matières de fiducie et mandat social. Quelles que soient les restrictions aux pouvoirs du gestionnaires fixées par l'acte constitutif, le gestionnaire est présumé avoir les pouvoirs les plus étendus¹⁷⁹⁷, ou la faculté d'accomplir tous les actes entrant dans l'objet social.¹⁷⁹⁸ Cette inopposabilité ne s'applique cependant qu'aux tiers de bonne foi, qui n'ont pas connaissance de la limitation.¹⁷⁹⁹ La protection accordée aux tiers permet ainsi de les rassurer et d'inciter au commerce juridique. Toutefois, la limitation des pouvoirs du gestionnaire reste en vigueur dans ses rapports avec le propriétaire, et il peut être sanctionné s'il excède ses prérogatives.

276. Conclusion – Dès le seuil de la gestion, les principes de la théorie générale se font ressentir. Lors du choix du gestionnaire, d'abord, qui doit démontrer sa loyauté et sa compétence. Lors de la délimitation de sa mission, ensuite, à travers l'identification des biens qui en feront l'objet et le bornage de ses prérogatives. La première, en isolant les biens gérés, empêche le détournement et donne un outil de contrôle intéressant de l'action du gestionnaire. Le second protège le propriétaire en s'assurant que le gestionnaire ne pourra pas accomplir

¹⁷⁹³ Art. 1497, 2° C. civ.

¹⁷⁹⁴ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 541 et s. La question se pose notamment de savoir si les règles relatives à la cogestion et à la gestion concurrente sont impératives. Rien n'indique dans les textes que ces règles sont d'ordre public. Serait-il possible de supprimer toute cogestion ou de confier la gestion exclusive de tous les biens communs à un seul époux ? La première proposition nous semble acceptable, à l'inverse de la seconde (hors intervention judiciaire bien sûr).

¹⁷⁹⁵ Art. 1873-6 al. 2 C. civ. *A contrario*, une clause qui restreint les pouvoirs du gérant est valide.

¹⁷⁹⁶ Art. 471 (curatelle) et 473 al. 2 C. civ. (tutelle).

¹⁷⁹⁷ Art. 2023 C. civ. (fiducie) et art. L. 223-18 (SARL), L. 225-35 (SA), L. 226-7 (SCA), L. 227-6 C. com. (SAS).

¹⁷⁹⁸ Art. 1849 C. civ. (société civile) et art. L. 221-5 C. com. (SNC). B. BALIVET, *op. cit.*, n° 471.

¹⁷⁹⁹ Cf. *infra*, n° 376.

d'actes qui iraient à l'encontre de son intérêt, ce qui est gage de prudence et de diligence. La présence de ces principes perdue durant l'exercice de la gestion.

Chapitre 2 : L'exercice de la gestion

Durant son administration, le comportement du gestionnaire est scruté pour vérifier que les principes de la théorie générale sont bien respectés. A chaque acte réalisé, il convient de s'assurer que l'intérêt du propriétaire est bien sauvegardé. C'est pourquoi un contrôle est mis en place tout au long de la gestion. La première chose à analyser est l'identité de la personne chargée de ce contrôle (Section 1), qui varie selon le régime concerné. La seconde est la réalisation du contrôle (Section 2), afin d'en découvrir les applications et les effets.

Section 1 : L'identité de la personne chargée du contrôle

Afin de s'assurer du respect des principes fondamentaux, prévoir des mécanismes de contrôle de l'action du gestionnaire est nécessaire. Pour cela, il convient de désigner une personne qui sera chargée de cette tâche. De façon notable, tous les régimes prévoient une telle organisation, qu'elle soit fondée sur le droit commun des obligations ou sur des règles spécifiques. Il est important de déterminer qui occupe cette fonction. Évidemment, cela ne peut être le gestionnaire lui-même, puisque c'est son action qui est évaluée. Reste donc trois situations possibles : soit l'organe de contrôle est le propriétaire lui-même (§ 1), soit il s'agit d'un organe spécifiquement dédié à cette fonction et intégré dans l'organisation de la gestion (§ 2), soit il s'agit d'un tiers à la situation qui a connaissance de manquements (§ 3).

§ 1 : Le contrôle par le propriétaire lui-même

277. Règle de principe – Dans la plupart des régimes de gestion des biens d'autrui, le propriétaire des biens gérés contrôle l'action du gestionnaire. Ce principe se fonde sur l'idée selon laquelle le propriétaire est le mieux à même de déterminer son propre intérêt, celui-ci se confondant avec la volonté exprimée.¹⁸⁰⁰ Étant conscient de ce qui est bon pour lui, il peut apprécier si les actes du gestionnaire vont dans le bon sens ou non. Mais ce constat nécessite au préalable la réunion de deux conditions. D'abord, le propriétaire doit être en mesure de déterminer lui-même son intérêt, ce qui signifie qu'il est capable de comprendre les enjeux. Or, ce n'est pas le cas du propriétaire frappé d'incapacité juridique. Ensuite, pour apprécier l'action

¹⁸⁰⁰ Cf. *supra*, n° 166.

du gestionnaire, il doit être informé des actes réalisés et de leur résultat. Il existe donc une obligation d'information du gestionnaire envers le propriétaire.¹⁸⁰¹

Ces conditions étant remplies, le propriétaire est en mesure d'apprécier l'administration de ses biens. C'est sur lui que pèse cette charge. La plupart des gestions contractuelles s'appuient sur le droit commun des obligations pour mettre en œuvre ce contrôle.¹⁸⁰² En cas d'insatisfaction, le propriétaire peut engager la responsabilité contractuelle du gestionnaire.¹⁸⁰³ Il est possible pour les parties de prévoir des règles de contrôle spécifiques au sein de leur contrat, en ajoutant des obligations d'information supplémentaires ou l'exigence d'une autorisation avant de passer certains actes. Ce principe s'applique également hors des gestions contractuelles simples, aux situations où le propriétaire est juridiquement capable. Le maître de l'affaire et le propriétaire d'un bien grevé d'un transfert d'utilité sont aussi concernés.¹⁸⁰⁴ C'est à eux de s'assurer de la bonne exécution des obligations du gestionnaire.

Le cas du mineur est à ce titre particulier. Bien qu'il soit frappé d'incapacité et qu'il se trouve dans un rapport filial de subordination avec ses parents, c'est sur lui que pèse en partie la charge de l'évaluation de leur gestion. De plus, dans le cadre de l'administration légale, la reddition de compte n'est que facultative¹⁸⁰⁵, et lorsqu'elle est mise en œuvre, c'est avant tout au mineur qu'elle s'adresse.¹⁸⁰⁶ Ces règles s'expliquent néanmoins par d'autres considérations : d'abord, le patrimoine du mineur est souvent très modeste, et une obligation de reddition de compte trop lourde n'aurait pas de sens dans la plupart des cas.¹⁸⁰⁷ Ensuite, le mineur n'est en réalité pas seul pour évaluer la gestion de son administrateur. Si les parents sont cogestionnaires, ils sont supposés contrôler leur action réciproquement afin qu'elle soit toujours dans l'intérêt du mineur. De plus, l'autorité judiciaire occupe une place importante dans ce

¹⁸⁰¹ Cf. *infra*, n° 331.

¹⁸⁰² M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 48-49. Pour l'auteur, c'est la source contractuelle du transfert qui justifie cette absence de mécanisme de contrôle spécifique.

¹⁸⁰³ Art. 1231 et s. C. civ. Ces observations sont valables pour le mandant, le commettant, le déposant, le prêteur, le bailleur...

¹⁸⁰⁴ D. FIORINA, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD civ.*, 1995, p. 43.

¹⁸⁰⁵ Cf. *infra*, n° 330.

¹⁸⁰⁶ C'est la raison pour laquelle les actions en responsabilité, en reddition de compte, en revendication ou en paiement contre son administrateur légal se prescrivent cinq ans après sa majorité ou son émancipation (art. 386 et 387-5 C. civ.). Les documents produits pour la reddition de compte (inventaire et compte de gestion) doivent lui parvenir à partir de ses 16 ans (art. 387-4 et 387-5 C. civ.). V. I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 147 et 170 et s.

¹⁸⁰⁷ Sur le droit antérieur, qui prévoyait cette obligation de manière impérative, T. FOSSIER, « L'administration légale à l'épreuve de la pratique », in *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1990, p. 87-100. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 09/07/2008, n° 07-16389 ; *AJ fam.* 2008. 400, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2008. 656, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2008-11/11, obs. I. CORPART.

processus dès lors que le patrimoine est important ou que des difficultés apparaissent.¹⁸⁰⁸ Enfin, les tiers jouent un rôle de contrôle supplémentaire afin d'assurer une protection maximum de l'intérêt du mineur.¹⁸⁰⁹ La charge dévolue au mineur dans l'évaluation de l'action de son administrateur se révèle donc en pratique subsidiaire.

278. Contrôle de la gestion d'une propriété collective – Lorsque les biens gérés sont communs, le principe selon lequel le propriétaire contrôle l'action du gestionnaire continue à s'appliquer, mais il donne lieu à des nuances. En effet, la propriété collective implique l'existence d'un intérêt commun, qui ne représente pas l'intérêt d'un seul copropriétaire.¹⁸¹⁰ Le simple fait qu'une décision désavantage un copropriétaire particulier n'est pas de nature à la rendre irrégulière. Chacun d'eux peut néanmoins agir pour exiger l'appréciation de cette irrégularité, soit à l'égard de l'intérêt commun, soit à l'égard de son intérêt individuel.

Des mécanismes de contrôle sont parfois mis en place au profit des copropriétaires, afin de sanctionner un acte ou de forcer son accomplissement dans l'intérêt commun. Un indivisaire peut ainsi demander à passer outre le refus d'un autre d'accomplir un acte sur les biens indivis.¹⁸¹¹ Un époux peut demander l'annulation d'un acte portant sur les biens communs si son conjoint a outrepassé ses pouvoirs¹⁸¹², et engager sa responsabilité s'il a commis une faute.¹⁸¹³ En droit des sociétés, un associé individuel peut engager la responsabilité des dirigeants grâce à l'action *ut singuli*.¹⁸¹⁴ Dans le cadre d'un fonds commun de placement, un investisseur peut engager la responsabilité de la société de gestion, mais uniquement au travers d'une action individuelle.¹⁸¹⁵

Le principe selon lequel le propriétaire doit contrôler l'action du gestionnaire n'est cependant pas absolu et un organe spécifique vient parfois en complément ou en substitution de l'action du propriétaire.

¹⁸⁰⁸ Art. 387 et s. C. civ.

¹⁸⁰⁹ Cf. *infra*, n° 281.

¹⁸¹⁰ Cf. *supra*, n° 183 et s.

¹⁸¹¹ Art. 815-5 à 815-6 C. civ.

¹⁸¹² Art. 1427 C. civ. Sans oublier les mesures de crise permettant d'agir sur les pouvoirs de chacun (art. 217, 219, 220-1 et s., 1426 et 1429 C. civ.). Cf. *supra*, n° 266.

¹⁸¹³ Art. 1421 C. civ. Une telle action bénéficie au patrimoine commun et non à l'époux victime (Cass. Civ. 1^{ère}, 01/02/2012, Bull. civ. I, n° 21 ; D. 2012. 2480, obs. V. BREMOND ; JCP G, 2012. 999, n° 10, obs. A. TISSERAND ; AJ fam. 2012. 152, obs. P. HILT ; Defrénois, 2012. 1198, obs. G. CHAMPENOIS). F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2019, n° 511.

¹⁸¹⁴ Art. 1843-5 C. civ. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 440 et s. Cette action est réalisée dans l'intérêt social et profite à tous les copropriétaires, et pas seulement à celui qui l'exerce (qui peut en outre engager une action individuelle). Elle est cependant subsidiaire à l'action *ut universi*, exercée par le dirigeant lui-même (*ibid.*, n° 444).

¹⁸¹⁵ I. RIASSETTO, Lamy Droit du financement, 2020, n° 1517.

§ 2 : La nomination d'un organe spécifique

Dans de nombreux régimes de gestion des biens d'autrui, une personne ou un organe est spécifiquement désigné pour contrôler l'action du gestionnaire. Ce contrôle peut prendre deux formes. La première est celle d'une simple surveillance, l'organe devant s'assurer que les règles de gestion sont respectées sans intervenir (I). La seconde est une intervention dans la gestion, pour participer à la réalisation d'actes (II).

I La fonction de surveillance

279. Mise en œuvre de la surveillance – Un organe peut être dédié à la surveillance de l'action du gestionnaire dans plusieurs cas : lorsque le propriétaire n'est pas apte à réaliser lui-même ce contrôle, lorsqu'il demande à un tiers de l'aider dans cette tâche, ou lorsqu'il s'agit d'une organisation complexe qui nécessite l'intervention de plusieurs organes.

La première situation concerne le droit des incapacités.¹⁸¹⁶ Un subrogé curateur ou tuteur peut être nommé afin de « surveiller les actes passés par le curateur ou par le tuteur en cette qualité et informer sans délai le juge s'il constate des fautes dans l'exercice de sa mission. »¹⁸¹⁷ Il a également un rôle consultatif pour le curateur ou le tuteur en cas d'acte grave.¹⁸¹⁸ Il est chargé d'attester auprès du juge du bon déroulement des opérations que le tuteur est chargé d'accomplir.¹⁸¹⁹ Le subrogé curateur ou tuteur a donc un rôle de surveillance complémentaire à celui du juge, qu'il assiste et informe, à la place du propriétaire qui n'est pas

¹⁸¹⁶ Pour un aperçu des mesures de contrôle, v. A. KARM, « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », *Dr. fam.*, 2007, ét. 18 ; T. FOSSIER, « Patrimoine et intérêts juridiques, tradition et nouveauté », *AJ fam.*, 2009, p. 52 ; J.-J. LEMOULAND, « Le contrôle de gestion du patrimoine des majeurs protégés », *Dr. et pat.*, 2018, n° 283.

¹⁸¹⁷ Art. 454 al. 4 C. civ. V. également art. 409 et 410 C. civ. pour la tutelle des mineurs.

¹⁸¹⁸ Art. 454 al. 6 C. civ.

¹⁸¹⁹ Art. 497 C. civ. A ce titre, il est destinataire du compte de gestion et, depuis une réforme récente, l'approuve (art. 510 à 512 C. civ.). Si la composition du patrimoine l'exige, un professionnel extérieur est nommé par le juge pour vérifier et approuver les comptes (art. 512 C. civ.). V. N. PETERKA, « La déjudiciarisation du droit des majeurs protégés par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », *JCP G*, 2019, 437 ; J.-J. LEMOULAND, « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs », *D.* 2019, p. 827. En matière de mandat de protection future notarié, c'est le notaire qui assure cette fonction (art. 491 C. civ.). L'habilitation familiale et le mandat de protection future sous seing privé ne prévoient aucun organe de contrôle, ce qui crée un risque d'abus de la part du gestionnaire. G. RAOUL-CORMEIL, « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie en la forme et au fond », *D.* 2015, p. 2335 ; N. PETERKA, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs », *JCP G*, 2015, p. 1160 ; « La gestion des biens de la personne protégée », *AJ fam.*, 2016, p. 186 ; R.-N. SHÜTZ, « La représentation des personnes protégées en droit français », *in La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 75-95.

apte à exercer ce contrôle. Dans le cas de l'administration légale, aucun organe spécifique de surveillance n'est nommé, mais lorsqu'elle est exercée en commun par les deux parents, l'un d'eux peut avertir le juge en cas de faute de l'autre en représentation du mineur.¹⁸²⁰ Les cogestionnaires assurent donc mutuellement le rôle de surveillance.

Les parties peuvent aussi conventionnellement prévoir l'assistance d'un tiers dans la surveillance de l'action du gestionnaire. La loi mentionne une telle possibilité dans le régime de la fiducie.¹⁸²¹ Le constituant peut désigner un « tiers chargé de la préservation de ses intérêts. » La particularité ici est que le contrat n'a pas besoin de le prévoir puisque cette désignation peut avoir lieu « à tout moment ». En dehors de cet exemple, les parties à un contrat impliquant une gestion de biens peuvent librement nommer un tiers pour accomplir cette tâche.

Enfin, certaines copropriétés complexes intègrent dans leur organisation des organes de surveillance de l'action du gestionnaire, dont le rôle est d'alerter les copropriétaires ou l'autorité judiciaire en cas de mauvaise gestion. En copropriété d'immeubles bâtis, un conseil syndical est nommé pour assister le syndic et contrôler sa gestion.¹⁸²² En matière d'OPCVM, le dépositaire a la tâche de contrôler l'action de la société de gestion en s'assurant du respect de ses obligations vis-à-vis des textes mais également des éléments constitutifs du fonds.¹⁸²³ Le droit des sociétés va plus loin puisque certains organes peuvent réaliser non seulement un contrôle de conformité, mais également d'opportunité des décisions prises par le dirigeant. La société anonyme peut ainsi comprendre un conseil de surveillance¹⁸²⁴, un comité social et économique¹⁸²⁵ et un commissariat aux comptes.¹⁸²⁶ Ces trois organes informent les actionnaires et si besoin l'autorité judiciaire sur les résultats de l'administration du gestionnaire, afin qu'ils puissent intervenir dans la gestion s'ils le souhaitent.

¹⁸²⁰ Art. 383 (possibilité de prendre la décision seul s'il y a opposition d'intérêts sur autorisation du juge), 386 (possibilité d'engager la responsabilité du parent fautif, v. aussi Cass. Civ. 1^{ère}, 07/12/1977, n° 74-14890), 387 C. civ. (demande d'intervention du juge en cas de désaccord sur un acte).

¹⁸²¹ Art. 2017 C. civ. Cette faculté est d'ordre public si le constituant est une personne physique, il ne peut pas y renoncer.

¹⁸²² Art. 21 L. n° 65-557 du 10/07/1965.

¹⁸²³ Art. L. 214-10-5 C. mon. fin. et art. 323-19 Règ. AMF. I. RIASSETTO, « Quelques précisions sur la fonction de « contrôle dépositaire », RD banc. fin., 2019, comm. 28.

¹⁸²⁴ Art. L. 225-68 C. com. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1090.

¹⁸²⁵ Art. L. 2312-17 et s. C. trav. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1268 et s.

¹⁸²⁶ Art. L. 823-10 et s. C. com. Le commissaire aux comptes ne réalise qu'un contrôle de conformité et pas d'opportunité. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1331 et s.

II L'intervention dans la gestion

280. Participation à la décision – La surveillance de l'action du gestionnaire par ces organes de contrôle permet de tenir informés d'autres organes qui ont le pouvoir d'agir sur la gestion. Le principal est bien sûr le juge, qui peut être saisi par le propriétaire en cas de conflit avec le gestionnaire.¹⁸²⁷ Cette option est ouverte dans tous les régimes de gestion des biens d'autrui, mais les prérogatives qui lui sont accordées sont variées. En dehors du juge, d'autres organes peuvent être introduits dans le système de la gestion, tels que ceux qui ont été évoqués précédemment, mais avec des pouvoirs plus importants.

L'intervention de cet organe peut être de différentes natures. Il peut participer à la prise de décision, en autorisant l'acte, en assistant le gestionnaire ou en prenant sa place.¹⁸²⁸ En matière de tutelle, le subrogé tuteur assiste ou représente la personne protégée en cas d'opposition d'intérêts avec le tuteur ou lorsque ses pouvoirs sont limités.¹⁸²⁹ Un conseil de famille est en principe nommé pour autoriser les actes de disposition accomplis par le tuteur, et c'est à défaut au juge que revient cette charge.¹⁸³⁰ De même, le juge intervient en cas de désaccord entre les administrateurs légaux pour autoriser un acte¹⁸³¹ ou lorsqu'il s'agit d'un acte grave.¹⁸³² Le même type de mécanismes apparaît dans le régime de l'indivision¹⁸³³, de la communauté¹⁸³⁴, des procédures collectives...¹⁸³⁵

§ 3 : L'avertissement par les tiers

281. Protection des propriétaires et des tiers intéressés – Une dernière catégorie de personnes peut exercer un contrôle sur l'action du gestionnaire lorsqu'elles sont témoins de manquements : les tiers. A la différence des organes précédents, ils n'ont aucun rôle dans le système de gestion *a priori* et n'interviennent qu'occasionnellement. En raison de l'information privilégiée dont ils disposent, ils sont incités à prévenir le propriétaire ou l'autorité judiciaire

¹⁸²⁷ Peuvent être assimilées à l'autorité judiciaire les autorités administratives indépendantes disposant de pouvoirs de surveillance et de sanction sur certains gestionnaires comme l'Autorité des marchés financiers, qui contrôle l'action des sociétés de gestion.

¹⁸²⁸ Cf. *supra*, n° 180 et s.

¹⁸²⁹ Art. 454 al. 5 C. civ.

¹⁸³⁰ Art. 502 C. civ.

¹⁸³¹ Art. 387 C. civ.

¹⁸³² Art. 387-1 C. civ.

¹⁸³³ Art. 815-5 et s. C. civ.

¹⁸³⁴ Art. 217, 219, 220-1 et s., 1426 et 1429 C. civ.

¹⁸³⁵ Art. L. 622-7 et s. et art. L. 641-4 C. com.

en cas de manquement constaté. Ce contrôle est néanmoins limité car il ne doit pas devenir une ingérence excessive dans l'action du gestionnaire, et il doit être fondé sur des circonstances spécifiques.

La première d'entre elles est la vulnérabilité du propriétaire. En raison de sa situation, il bénéficie d'une protection supplémentaire qui permet à certains tiers bien informés de saisir le juge s'ils constatent des manquements. Sont concernés le mineur¹⁸³⁶ et le majeur protégé.¹⁸³⁷ Les principaux tiers¹⁸³⁸ visés par ce mécanisme d'alerte sont les établissements bancaires dans lesquels sont ouverts les comptes des personnes protégées. Cette procédure n'est d'ailleurs pas suffisamment exploitée, sous couvert du respect du secret bancaire. Il serait pourtant opportun d'imposer aux établissements bancaire un devoir d'alerte en cas de mouvements suspects sur le compte d'une personne protégée à l'initiative de son administrateur¹⁸³⁹, qui pourrait être étendu à tout dépositaire de fonds appartenant à une personne protégée et gérés par un administrateur (notaire, assureur...).¹⁸⁴⁰

La seconde est la protection des tiers eux-mêmes, qui peuvent souffrir de l'action du gestionnaire. Il ne s'agit pas ici d'une action intentée par un tiers dans son intérêt personnel pour engager la responsabilité du gestionnaire, mais d'une véritable intervention dans la gestion. Le mécanisme est particulièrement utilisé en matière de droit des procédures collectives, dans la mesure où il s'agit d'un patrimoine liquidatif.¹⁸⁴¹ Les créanciers peuvent

¹⁸³⁶ Art. 387-3 al. 2 C. civ. I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 120. Un tiers (personne ayant recueilli l'enfant ou membre de la famille) peut également demander à se faire déléguer totalement ou partiellement l'autorité parentale, et avec elle l'administration légale (art. 377 C. civ.). De même pour le retrait de l'autorité parentale (art. 378 et s. C. civ.).

¹⁸³⁷ Art. 499 C. civ. On retrouve des règles semblables en matière de mandat de protection future (art. 484 C. civ., qui mentionne « tout intéressé ») et d'habilitation familiale (art. 494-10 C. civ., qui renvoie aux personnes pouvant être titulaires de l'habilitation).

¹⁸³⁸ En dehors du ministère public, dont le rôle est spécifiquement d'interpeler l'autorité judiciaire en cas de manquement.

¹⁸³⁹ D'autant plus que le secret bancaire peut être opposé aux autres membres de la famille de la personne protégée. Sur ce sujet, v. G. RAOUL-CORMEIL, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le droit de regard sur les comptes d'un majeur protégé », RD banc. fin., 2013, 26 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le banquier face au délit d'abus de faiblesse », RD banc. fin., 2021, ét. 24. Cet auteur considère que la violation du secret bancaire est dans ce contexte couverte par le fait justificatif de l'état de nécessité, ce qui devrait inciter les banquiers à agir dès la découverte de détournements.

¹⁸⁴⁰ Les articles 387-3 et 499 C. civ. disposent que le tiers n'est pas tenu responsable des malversations réalisées sur les comptes. Néanmoins, en tant que détenteurs de fonds appartenant à autrui, ces personnes sont également soumises aux principes généraux de la gestion des biens d'autrui. A ce titre, un banquier a été condamné pour manquement à son obligation de prudence et de vigilance parce qu'il n'a pas averti le fils d'un client qui faisait des transferts importants envers un tiers (CA Paris, 17/05/2002, n° 2000/11155). Il est donc envisageable d'engager leur responsabilité pour manquement au devoir de prudence lorsqu'ils laissent un gestionnaire agir manifestement à l'encontre de l'intérêt du propriétaire vulnérable. L'article 499 al. 2 C. civ. semble d'ailleurs aller en ce sens. V. M. COUTURIER, « Le compte en banque de la personne vulnérable », JCP N, 2008, 1270. Le notaire est d'ailleurs tenu d'une telle obligation en matière de mandat de protection future notarié (art. 491 C. civ.).

¹⁸⁴¹ Cf. *supra*, n° 153.

ainsi saisir le tribunal en vue de l'ouverture d'un redressement¹⁸⁴² ou d'une liquidation judiciaire¹⁸⁴³ ou pour engager une action pour insuffisance d'actif (qui profitera à la fois aux associés propriétaires et aux créanciers).¹⁸⁴⁴

Les régimes de gestion des biens d'autrui prévoient tous un contrôle minimal de l'action du gestionnaire. Il est en principe réalisé par le propriétaire lui-même, pour peu qu'il soit apte à comprendre les conséquences des actes réalisés sur ses biens. D'autres organes peuvent être ajoutés afin de surveiller ou d'intervenir dans le processus de gestion. Enfin, certains tiers peuvent également alerter l'autorité judiciaire lorsqu'ils ont connaissance de manquements. Il convient d'envisager maintenant la manière dont se réalise ce contrôle.

Section 2 : La réalisation du contrôle

Le contrôle du gestionnaire est orienté autour de deux axes, l'un préventif et l'autre curatif. La prévention vise en grande partie à garantir sa loyauté, grâce à la régulation des conflits d'intérêts (§ 1). Si un manquement à l'un des principes est constaté *a posteriori*, il donnera lieu à une sanction. Cela nécessite cependant de qualifier un tel acte irrégulier (§ 2). Elle peut ensuite viser la personne du gestionnaire, afin d'avoir un effet dissuasif pour l'avenir et prévenir de futures fautes (§ 3).

§ 1 : La régulation des conflits d'intérêts

282. Notion de conflit d'intérêts – La gestion des biens d'autrui est nécessairement une relation d'agence, dans laquelle le comportement d'une personne (le gestionnaire) a une influence sur la situation d'une autre (le propriétaire), créant un risque pour le second qui a placé sa confiance dans le premier.¹⁸⁴⁵ En principe, les intérêts des parties convergent vers un but commun, mais il peut arriver que l'intérêt de l'agent soit distinct de celui du principal. Le risque encouru est celui de la déloyauté : l'agent peut profiter de sa fonction pour privilégier

¹⁸⁴² Art. L. 631-5 C. com.

¹⁸⁴³ Art. L. 640-5 C. com.

¹⁸⁴⁴ Art. L. 651-3 C. com. Sur les difficultés d'application de cette action, v. I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », BJS, 2018, p. 600. En revanche, l'action visant à l'extension de la procédure au patrimoine du dirigeant n'est pas ouverte aux créanciers (Cass. Com. 15/05/2001, Bull. civ. IV, n° 91 ; D. 2001. 1949, obs. A. LIENHARD).

¹⁸⁴⁵ V. sur ce sujet les références citées *supra* note 1230.

son intérêt personnel ou celui d'un tiers plutôt que celui dont il a la charge. Cette situation est nommée « conflit d'intérêts ».

Les conflits d'intérêts constituent un champ d'étude particulièrement exploré ces dernières années.¹⁸⁴⁶ Le point de départ de cet engouement semble être la thèse de M. Dominique Schmidt sur les conflits d'intérêts dans la société anonyme.¹⁸⁴⁷ Pourquoi une telle effervescence ? D'abord parce que la thèse de M. Schmidt a bouleversé le paysage doctrinal en défendant un nouveau modèle de direction des entreprises, la « *corporate governance* », idéologie d'origine américaine visant à rendre le pouvoir aux actionnaires en accentuant le contrôle sur l'action des dirigeants, jusque-là seuls maîtres à bord.¹⁸⁴⁸ Pour ce faire, l'auteur utilise la voie du conflit d'intérêts, en redéfinissant l'intérêt social comme étant l'intérêt commun des associés (celui-ci se réduisant à la production de profits et leur distribution équitable), orientation fondamentale que devrait suivre le dirigeant. Cette thèse a donné lieu à de nombreux commentaires, d'une part au sujet de l'intégration de la *corporate governance* en droit français, et d'autre part, en addition, sur l'étude des conflits d'intérêts.¹⁸⁴⁹

Malgré la multiplication des analyses sur le sujet, la doctrine semble dégager des idées communes. D'abord, sur la définition du concept : le conflit d'intérêts est une situation dans laquelle une personne qui a en charge la gestion de l'intérêt d'une autre¹⁸⁵⁰ est également liée à un intérêt divergent lors de la prise de décision.¹⁸⁵¹ L'intérêt qu'elle doit satisfaire est présenté

¹⁸⁴⁶ Les conflits d'intérêts faisaient déjà l'objet d'une régulation dans le Code civil, à travers notamment le traitement des oppositions d'intérêts (ex. : art. 116, 383, 410, 454, 455 et 1596 C. civ.). Un adage romain proscrivait de privilégier son intérêt lorsqu'on officiait pour un tiers (« *nemo in rem suam auctor esse potest* », « nul ne peut officier en sa propre cause »). C'est sous l'influence du concept anglo-saxon de « *conflict of interests* » que la notion a subi un regain d'intérêt. V. P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts », RTD com., 2005, p. 1 ; L. THEVENOZ, « Le conflit d'intérêts : une composante inéluctable des marchés financiers », Finance et bien commun, 2006, n° 24, p. 65 ; V. MAGNIER, « Les conflits d'intérêts dans les *Principles of corporate governance* », in V. MAGNIER, (dir.), *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, Fougères, PUF, coll. CEPRISCA, 2006, p. 139-154. Le conflit d'intérêts est également sanctionné depuis longtemps en droit pénal (H. MATSOPOULOU, « Les conflits d'intérêts en droit pénal », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, op. cit., p. 93-118 ; T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Nanterre, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2014, n° 139 et s.).

¹⁸⁴⁷ D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, éd. Joly, 2^{ème} éd., 2004.

¹⁸⁴⁸ Cf. *supra*, n° 186.

¹⁸⁴⁹ C'est la raison pour laquelle, en matière de droit privé, les analyses doctrinales se concentrent principalement sur le droit des sociétés.

¹⁸⁵⁰ Plusieurs auteurs parlent de pouvoir pour définir cette situation (M. MEKKI, « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in *Les conflits d'intérêts*, Paris, Dalloz, 2013, p. 3-30, n° 28 ; T. DOUVILLE, op. cit., n° 27 ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2019, n° 87). *Contra*, P.-F. CUIF, art. préc..

¹⁸⁵¹ V. les définitions données par M. MEKKI, art. préc., n° 2. La doctrine s'accorde à dire qu'une potentialité de divergence suffit (P.-F. CUIF, art. préc. ; J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », D. 2011, p. 1100 ; M. MEKKI, art. préc., n° 32).

comme étant supérieur au sien, et devant donc être favorisé.¹⁸⁵² En matière de gestion des biens d'autrui, cela signifie que le gestionnaire et le propriétaire ont un intérêt distinct et que la décision que doit prendre le gestionnaire peut se faire au détriment du propriétaire mais à son propre avantage. Ensuite, les auteurs s'accordent sur le fondement de la notion : la régulation des conflits d'intérêts est justifiée par le devoir de loyauté qui pèse sur l'agent en charge des intérêts d'un autre.¹⁸⁵³ Enfin, tous constatent tous que la régulation des conflits d'intérêts renvoie à un ensemble très divers de mécanismes plus ou moins complexes et spécialisés. Certains proposent une théorie générale permettant de fonder des principes communs à toutes les matières.¹⁸⁵⁴ Parmi eux, des auteurs proposent de reconnaître un devoir général d'abstention¹⁸⁵⁵ ou d'information pesant sur le gestionnaire.¹⁸⁵⁶

Il nous semble toutefois que là où la doctrine se concentre sur le conflit d'intérêts, il conviendrait de prendre du recul et pour s'apercevoir qu'il ne s'agit que d'une manifestation du devoir de loyauté à laquelle on a attribué un nom plus moderne et juridique.¹⁸⁵⁷ Ce n'est donc pas dans le conflit d'intérêts qu'il faut rechercher des règles communes (II), mais plutôt dans les techniques qui visent à sa régulation (I).

¹⁸⁵² P.-F. CUIF, art. préc. ; D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », D. 2013, p. 446 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 78. M. Mekki distingue les conflits dans les relations verticales (lorsque l'intérêt à défendre est commun ou transcendant) et ceux dans les relations horizontales (lorsque l'intérêt à défendre est individuel) (M. MEKKI, art. préc., n° 17 et s.).

¹⁸⁵³ P.-F. CUIF, art. préc. ; M. MEKKI, art. préc., n° 26. Certains évoquent également le devoir d'impartialité ou d'indépendance, mais il s'agit de cas particuliers où l'agent a en charge des intérêts supérieurs comme l'intérêt public ou général ou qu'il a une fonction autre que la gestion de biens (juge, analyste financier...) (J. MORET-BAILLY, art. préc. ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 550).

¹⁸⁵⁴ P.-F. CUIF, art. préc. ; J. MORET-BAILLY, art. préc. ; D. SCHMIDT, art. préc. *Contra*, considérant que la multiplication des droits spéciaux empêche toute réglementation commune : B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012, p. 1686.

¹⁸⁵⁵ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 232 et s. ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts : une notion à définir », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 57-83 (qui en fait un principe du droit des personnes protégées). Comp. art. 1310 C. C. Q. : « L'administrateur ne peut exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt ni dans celui d'un tiers ; il ne peut non plus se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur. » L'alinéa 2 du texte apporte néanmoins une nuance puisqu'il admet que l'administrateur puisse être également bénéficiaire de la gestion et lui impose d'agir dans l'intérêt commun dans ce cas.

¹⁸⁵⁶ D. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 26 et s. ; P.-F. CUIF, art. préc. ; M. MEKKI, art. préc., n° 43. Certains le limitent au droit des sociétés : A. CONSTANTIN, « Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, *op. cit.*, p. 57-73 ; G. HELLERIGER, « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires », D. 2012, p. 1560 ; S. SCHILLER, « Les fautes des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 753-765. Comp. art. 1311 C. C. Q. : « L'administrateur doit, sans délai, dénoncer au bénéficiaire tout intérêt qu'il a dans une entreprise et qui est susceptible de le placer dans une situation de conflit d'intérêts, ainsi que les droits qu'il peut faire valoir contre lui ou dans les biens administrés (...) »

¹⁸⁵⁷ Dans le même sens, v. B. DONDERO, art. préc. (qui s'inquiète de la confusion entre une prohibition générale des conflits d'intérêts et les outils déjà existants comme le détournement de pouvoir) ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 285 et s. (qui propose de traiter les conflits d'intérêts à travers une obligation générale d'abstention, et d'appliquer les règles du détournement de pouvoir en cas de violation).

I Les mécanismes de régulation des conflits d'intérêts

En matière de gestion des biens d'autrui, la régulation des conflits d'intérêts, bien qu'elle utilise des méthodes très diverses, peut être exposée à travers quatre techniques principales, qui sont autant de manifestations de l'existence d'un principe de loyauté¹⁸⁵⁸ : les incompatibilités touchant le gestionnaire (A), la révélation du conflit (B), la détermination d'actes interdits ou réglementés (C), et la nomination d'un gestionnaire *ad hoc* (D).

A) Les incompatibilités touchant le gestionnaire

283. Fonctions spécifiques – Pour éviter que le gestionnaire n'ait un intérêt différent de celui du propriétaire, le droit positif préfère parfois interdire à certaines personnes désignées d'exercer cette fonction. Il dresse alors une liste d'incompatibilités. Elle se définit comme « l'impossibilité légale de cumuler certaines activités, certaines fonctions ou situations privées. »¹⁸⁵⁹ En matière de gestion des biens d'autrui, on les retrouve majoritairement dans deux domaines : pour certains professionnels soumis à une déontologie¹⁸⁶⁰ et dans la gestion des biens de la société.¹⁸⁶¹

L'application d'une incompatibilité nécessite de déterminer des caractéristiques empêchant d'occuper une fonction. En général, le but est d'écarter tout gestionnaire qui pourrait avoir un lien financier, professionnel ou familial avec une personne pouvant avoir un intérêt contraire à celui du propriétaire ou d'un créancier lorsque les intérêts de ces derniers entrent en compte.¹⁸⁶² Le processus est cependant assez attentatoire à la liberté, puisqu'il interdit *a priori*

¹⁸⁵⁸ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 226 et s.

¹⁸⁵⁹ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Incompatibilité ». Sur ce sujet, v. I. MERLY, *Essai sur la notion d'incompatibilité*, Montpellier, thèse de doctorat, 2004 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 369 et s.

¹⁸⁶⁰ M. MEKKI, art. préc., n° 37. Ex. : art. 2 Décret n° 71-941 du 26/11/1971, qui interdit aux notaires de « recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, sont parties, ou qui contiennent quelque disposition en leur faveur. » On peut également citer les soignants qui ont interdiction d'être nommés curateurs ou tuteurs de leurs patients (art. 445 al. 2 C. civ.).

¹⁸⁶¹ Particulièrement pour le dirigeant de société anonyme (B. SAINTOURENS, « Le cumul des mandats sociaux au sein de la société anonyme après la loi du 29 octobre 2002 », *Rev. Soc.*, 2003, p. 1 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 370), ainsi que pour l'entreprise en difficulté (art. L. 621-5 et L. 621-10, art. L. 811-2 et L. 812--2 C. com. A. MARTIN-SERF, « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.*, 26/06/2008, p. 9).

¹⁸⁶² P.-F. CUIF, art. préc. ; H. HOVASSE, « Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans les sociétés », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, *op. cit.*, p. 17-24.

à toute une catégorie de personnes d'exercer une activité.¹⁸⁶³ C'est pourquoi il est limité à certaines fonctions qui, cumulées à celle de gestionnaire, pourraient provoquer un conflit d'intérêts. Il est par ailleurs insuffisant car il ne tient compte que de certains intérêts extérieurs, occultant l'intérêt personnel de l'intéressé. Le champ d'application restreint des incompatibilités les rend parfois inefficaces¹⁸⁶⁴, et leurs effets sont discutés.¹⁸⁶⁵ Les incompatibilités sont donc assez rares et visent des fonctions spécifiques, il est par conséquent impossible d'en faire une règle générale de la gestion des biens d'autrui.

B) La révélation du conflit

284. Champ d'application limité – Plusieurs dispositifs mettent en place une obligation pour le gestionnaire d'informer le propriétaire ou un organe de contrôle lorsqu'il est susceptible d'avoir un intérêt dans la réalisation d'un acte précis.¹⁸⁶⁶ Cette obligation s'accompagne parfois d'une procédure d'autorisation de l'acte.¹⁸⁶⁷ Ce faisant, le propriétaire est supposé avoir conscience du risque et peut s'en prémunir en donnant des directives au gestionnaire. Toutefois, l'efficacité de cet outil est limitée par son champ d'application. On peut le constater à travers deux exemples.

Les prestataires de service d'investissement, dont les OPCVM font partie¹⁸⁶⁸, disposent d'une réglementation spécifique, fondée sur la séparation des activités.¹⁸⁶⁹ Les sociétés de

¹⁸⁶³ La notion fait cependant l'objet d'un assouplissement : au lieu d'interdire tout cumul, le législateur laisse désormais une plus libre appréciation aux juges en évoquant simplement des « liens d'intérêts ». P.-F. CUIF, art. préc., n° 52 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 375 et s.

¹⁸⁶⁴ Sur ces critiques, v. T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 374. L'auteur le justifie par le fait que l'incompatibilité n'a pas pour but de prévenir les conflits d'intérêts mais simplement d'assurer l'indépendance de l'agent à l'égard de certaines influences extérieures, ce qui est un champ plus restreint et suppose d'identifier à l'avance ces potentiels liens d'intérêts.

¹⁸⁶⁵ P.-F. CUIF, art. préc., n° 53 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 374. Un auteur (B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, n° 181 et s.) propose de distinguer les incompatibilités visant les professions « organiques » (qui ont en charge un intérêt supérieur, comme les notaires) et celles visant les professions « autonomes » (qui ne représentent que des intérêts personnels, comme les dirigeants sociaux). Seuls les actes réalisés en violation des premières seraient sanctionnables par la nullité.

¹⁸⁶⁶ Ex. : art. L. 225-106-1 C. com. : en cas de mandat donné par un actionnaire à un autre de voter à sa place, ce dernier doit informer le mandant de tout risque de conflit d'intérêts. Le texte donne une liste non-limitative des situations pouvant être qualifiées de conflits d'intérêts. On peut assimiler l'exercice du droit de vote à un acte de gestion sur le bien d'autrui (ici, l'action).

¹⁸⁶⁷ B. DONDERO, art. préc., n° 19. C'est le cas notamment des conventions réglementées dans les sociétés anonymes (art. 225-40 C. com.).

¹⁸⁶⁸ Art. L. 531-1 C. mon. fin.

¹⁸⁶⁹ Les activités en question sont celles d'analyse financière et d'investissement. En effet, les prestataires de services financiers sont souvent des grands groupes bancaires ou assurantiels, qui réalisent des services d'investissement pour leurs clients (et sont à ce titre gestionnaires des biens d'autrui). Leur poids leur permet d'avoir une influence sur les cours boursiers. Ils exercent cependant également des services d'analyse financière pour d'autres clients, et pourraient utiliser les informations dont ils disposent sur les investissements à venir pour

gestion ont l'obligation d'identifier les conflits d'intérêts qui pourraient survenir au sein de leurs activités, qu'ils confrontent les organes de l'entité avec les clients ou plusieurs clients entre eux.¹⁸⁷⁰ Elles doivent ensuite mettre en place des dispositifs visant à prévenir et réguler ces conflits d'intérêts, qui peuvent être très divers¹⁸⁷¹, et, si ces dispositifs sont insuffisants, elles informent les clients de l'existence de cette situation.¹⁸⁷² L'obligation de révélation du conflit est donc subsidiaire ici. Elle vient uniquement en complément des mesures organisationnelles. De plus, elle n'interdit en rien l'action de la société, et permet simplement au client de renoncer à l'ordre s'il le souhaite.¹⁸⁷³ Ainsi, l'obligation de révélation n'a que peu d'intérêt de manière autonome ; elle ne vient que compléter un dispositif déjà conséquent.

L'obligation de révéler le conflit est particulièrement forte pour l'administrateur d'une société.¹⁸⁷⁴ Au-delà des quelques obligations ponctuelles, il lui est parfois demandé d'informer les associés de toute situation pouvant mener à un conflit d'intérêts, mais ces préconisations ne sont pas normatives.¹⁸⁷⁵ La jurisprudence a cependant accentué son obligation de loyauté et l'a étendue envers tous les associés individuellement, ce qui lui impose de révéler toute information qui pourrait intéresser un associé particulier. Une première vague de décisions concernait spécifiquement des cessions de droits sociaux : un dirigeant chargé de négocier et céder les droits sociaux de l'un des associés profite d'une information dont il dispose, du fait de sa position, pour acquérir lui-même les droits en question à un coût moindre et en retenir un profit.¹⁸⁷⁶ Plus récemment, une décision a étendu l'obligation d'information au cas de

donner des informations privilégiées sur l'évolution des marchés aux clients en demande de conseils (ce qui constitue un délit d'initié). C'est pourquoi des mécanismes sont mis en place, communément appelés « muraille de Chine », dont le but est d'empêcher tout transfert d'informations entre ces services. Sur ce sujet, v. I. RIASSETTO, M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille et conflits d'intérêts », BJB, 2008, p. 591.

¹⁸⁷⁰ Art. 313-18 Règ. AMF.

¹⁸⁷¹ I. RIASSETTO, M. STORCK, art. préc. ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 396 et s.

¹⁸⁷² Art. L. 533-10, 3° C. mon. fin. : « Lorsque ces mesures ne suffisent pas à garantir, avec une certitude raisonnable, que le risque de porter atteinte aux intérêts des clients sera évité, les sociétés de gestion de portefeuille informent clairement ceux-ci, avant d'agir en leur nom, de la nature générale ou de la source de ces conflits d'intérêts. »

¹⁸⁷³ Il peut toutefois engager la responsabilité de la société de gestion en cas de défaut de révélation s'il s'estime lésé : CA Paris, 27/09/1996 ; Banque et droit, 1997, n° 51, p. 38, obs. H. de VAUPLANE ; CA Paris, 01/02/2002, n° 1994/15572.

¹⁸⁷⁴ A. CONSTANTIN, art. préc. ; S. SCHILLER, art. préc.

¹⁸⁷⁵ V. art. 17 Code AFEP-MEDEF : « L'administrateur a l'obligation de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts même potentiel et doit s'abstenir de participer au vote de la délibération correspondante ». Une part importante de la doctrine va en ce sens (D. SCHMIDT, *op. cit.* ; G. HELLERIGER, art. préc.). Des auteurs (H. HOVASSE, « Devoir de loyauté », Droit des sociétés, 2004, n° 8-9, comm. 147 ; A. CONSTANTIN, art. préc.) souhaitent l'étendre à tous les contrôleurs (dirigeants et associés majoritaires).

¹⁸⁷⁶ Cass. Com., 27/02/1996, *Vilgrain*, n° 94-11241 ; D. 1996. 518, note P. MALAURIE ; D. 1996. 591, note J. GHESTIN ; D. 1996, somm. 342, obs. J.-C. HALLOUIN ; Bull. Joly 1996. 485, obs. A. COURET ; RTD civ. 1997. 114, obs. J. MESTRE ; Cass. Com., 12/05/2004, n° 00-15618 ; D. 2004. 1599, obs. A. LIENHARD, et 2923, obs. E. LAMAZEROLLES ; Rev. Soc. 2005. 140, note L. GODON ; RTD civ. 2004. 500, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. Com., 22/02/2005, n° 01-13642 ; RTD civ. 2005. 773, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. Civ.

l'acquisition par le dirigeant d'un immeuble que les associés souhaitaient acquérir à titre individuel et non au travers de la société.¹⁸⁷⁷ Les contours de cette obligation sont cependant flous, de même que son fondement.¹⁸⁷⁸ Il semblerait qu'elle ne soit pas propre au dirigeant social et s'applique à tout agent qui se porte contrepartiste à l'acte qu'il réalise pour autrui, sous peine de réticence dolosive.¹⁸⁷⁹

Faut-il en déduire l'existence d'une obligation générale de révélation du gestionnaire envers le propriétaire ?¹⁸⁸⁰ Le droit spécial paraît ici plus pertinent qu'une obligation commune. En effet, si une telle obligation se comprend en matière de droit des sociétés ou de gestion financière, elle n'a pas vocation à être étendue à tous les régimes de gestion des biens d'autrui, surtout en raison du fait que d'autres mécanismes plus efficaces sont à l'œuvre, comme la sanction du dol, du détournement de pouvoir ou l'interdiction ou la réglementation de certains actes.

C) La détermination d'actes interdits ou réglementés

285. Liste d'actes – Une des principales mesures permettant de réguler les conflits d'intérêts consiste en la fixation d'actes que le gestionnaire a interdiction de réaliser, ou seulement sous certaines conditions, en raison de la possibilité d'en retirer un profit au détriment du propriétaire.¹⁸⁸¹ La technique est bien connue et ancienne.¹⁸⁸² On la retrouve à l'article 1596 du Code civil, qui interdit au tuteur, au mandataire, à l'administrateur, à l'officier

^{1ère}, 25/03/2010, n° 08-13060 ; RTD civ. 2010. 320, obs. B. FAGES. V. aussi B. ELIET, « La gestion sous mandat peut-elle réduire le risque de délit d'initié des dirigeants de sociétés cotées ? », D. 2002, p. 466.

¹⁸⁷⁷ Cass. Com., 18/12/2012, n° 11-24305, Bull. civ. IV, n° 233. T. FAVARIO, « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », D. 2013, p. 288 ; B. PETIT, « L'évolution du devoir de loyauté en droit des sociétés », RJDA, 03/2015, p. 243.

¹⁸⁷⁸ Pour certains (H. LE NABASQUE, art. préc. ; H. HOVASSE, art. préc. ; B. PETIT, art. préc. ; T. FAVARIO, art. préc.), adeptes de la théorie institutionnelle, elle se fonde sur le statut du dirigeant ; tandis que pour d'autres (S. ASENSIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », Rev. Soc., 2000, p. 683 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 415) c'est le mandat social qui la justifie.

¹⁸⁷⁹ P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, coll. BDE, n° 213 et s.

¹⁸⁸⁰ Certains proposent une obligation de motivation pour tous les actes accomplis dans le cadre d'un conflit d'intérêts, voire pour chaque acte accompli par un agent (E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, n° 187 ; P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », D. 2008, p. 2293).

¹⁸⁸¹ F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », RRJ, 2008-3, p. 1323-1338. Il s'agit d'un procédé non-conceptuel de limitation des pouvoirs du gestionnaire, cf. *supra*, n° 260 et s. V. J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 636 et s., qui retient deux critères à la limitation de certains actes : la nature de l'acte et l'importance de ses effets.

¹⁸⁸² « Il répugne que l'on puisse être à la fois juge et partie. Or, quand on autorise, on est juge, et on est partie quand on traite. On peut, comme partie, chercher son bien propre et particulier ; comme autorisant, on ne doit travailler qu'au bien d'autrui » PORTALIS, « Exposé des motifs de la loi relative à la vente par le conseiller d'Etat Portalis » in *Code civil, suivi de l'exposé des motifs*, Paris, Firmin didot impr., t. 6, 1820, n° 70, p. 9.

public et au fiduciaire¹⁸⁸³ de se porter acquéreur des biens qu'ils sont chargés de gérer. Le droit des personnes protégées en use également. Le tuteur ne peut pas acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée¹⁸⁸⁴, de même que l'administrateur légal.¹⁸⁸⁵

286. Conventions réglementées – Le mécanisme le plus connu et sophistiqué est celui des conventions réglementées du droit des sociétés. Leur régime est prévu aux articles L. 225-38 et suivants (société anonyme), L. 226-10 et suivants (société en commandite par actions), L. 227-10 et suivants (société par actions simplifiée) et L. 223-19 et suivants (société à responsabilité limitée) du Code de commerce.¹⁸⁸⁶ Ce mécanisme a pour but de réguler les potentiels conflits d'intérêts qui pourraient intervenir entre la société et son dirigeant, représentant légal, associé possédant au moins 10% des parts, ou société qui la contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Il s'agit en somme d'une sorte de « contrat avec soi-même », dans la mesure où l'auteur de l'acte agit à la fois au nom de la personne morale qu'il représente et en son nom personnel.¹⁸⁸⁷ La procédure est la suivante.¹⁸⁸⁸ Tout d'abord, il est nécessaire pour l'auteur de l'acte de qualifier la convention qu'il passe avec la société.¹⁸⁸⁹ Trois solutions sont possibles. La convention libre est une convention courante conclue dans des conditions normales ou entre deux sociétés dont l'une détient directement ou indirectement

¹⁸⁸³ Sur l'application de ce texte à la fiducie, F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Cahors, Litec, coll. BDE, 2004, n° 560 et s.

¹⁸⁸⁴ Art. 509, 2° et 4° C. civ. Il peut toutefois être autorisé par le conseil de famille ou le juge à acheter un bien de la personne protégée ou le prendre à bail ou à ferme, mais seulement s'il n'est pas mandataire judiciaire à la protection des majeurs, auquel cas il sera réputé être en opposition d'intérêts (art. 508 C. civ.). Sur la sanction des actes passés par le curateur en opposition d'intérêts, v. I. MARIA, « Importantes précisions sur la sanction de l'opposition d'intérêts », *Dr. fam.*, 2017, n° 12, comm. 250.

¹⁸⁸⁵ Art. 387-1, 6° et 387-2, 2° C. civ. Certains actes sont également interdits pour leur dangerosité intrinsèque, en dehors même du risque de conflit d'intérêts qu'ils représentent, comme le transfert de biens à titre gratuit ou au sein d'un patrimoine fiduciaire, ou la constitution d'une sûreté en garantie de la dette d'un tiers.

¹⁸⁸⁶ On peut citer également l'art. L. 612-5 C. com. qui prévoit une procédure d'approbation des conventions passées entre une association non-commerçante ayant une activité économique ou ayant reçu des subventions publiques et l'un de ses administrateurs ou mandataires sociaux. La procédure et les effets sont globalement les mêmes que pour les sociétés, mais sans passer par l'autorisation d'un organe et l'intervention d'un commissaire aux comptes. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1724.

¹⁸⁸⁷ N. KILGUS, « Le contrat conclu entre le dirigeant et la société : quelques remarques autour d'un « contrat avec soi-même », *AJ contrat*, 2018, p. 455 ; C. MALECKI, « Conventions réglementées », *Rép. soc. Dalloz*, 2020, n° 1. La personne intéressée à l'acte peut l'être directement ou indirectement.

¹⁸⁸⁸ Nous nous concentrons sur le dispositif applicable aux sociétés anonymes, mais les autres sont construits sur le même modèle. V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 988 et s.

¹⁸⁸⁹ En effet, c'est à l'auteur de l'acte de déterminer si la convention qu'il conclut avec la société est libre ou réglementée, ce qui nuit à l'efficacité du processus. Pour une critique de la procédure dans son ensemble, cf. D. SCHMIDT, « Des « conventions réglementées » à la publication des transactions entre parties liées », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris, Dalloz, 2012, p. 647-664.

la totalité du capital de l'autre.¹⁸⁹⁰ Pour celle-ci, aucun dispositif particulier n'est prévu. La convention interdite est celle que l'administrateur personne physique ou l'un de ses proches ne peut pas conclure avec la société en raison du fort risque de conflit d'intérêts inhérent à l'acte, sous peine de nullité absolue.¹⁸⁹¹ Enfin, la convention réglementée est soumise à une procédure de révélation et de contrôle de l'acte.¹⁸⁹² Une fois la qualification de convention réglementée retenue, l'auteur de l'acte doit produire une demande motivée d'autorisation préalable de passer l'acte au conseil d'administration. S'il l'autorise et que la convention est conclue, l'auteur en avise le commissaire aux comptes (ou le président du conseil d'administration à défaut) qui rédige un rapport spécial et le soumet à l'approbation de l'assemblée générale. En cas de désapprobation, la convention n'est pas nulle (sauf fraude), mais les conséquences préjudiciables pour la société peuvent être indemnisées.¹⁸⁹³ Les conventions passées sans autorisation préalable peuvent être annulées si elles ont été préjudiciables pour la société, mais l'assemblée générale peut couvrir cette nullité en l'approuvant.¹⁸⁹⁴

Cette procédure complexe est d'une efficacité contestable, dans la mesure où la sanction de l'acte passé en conflit d'intérêts est relativement illusoire pour plusieurs raisons.¹⁸⁹⁵ D'abord, elle ne tient pas compte des « transactions négatives », c'est-à-dire des opportunités d'affaires que le dirigeant n'a pas saisies afin d'en faire profiter quelqu'un d'autre.¹⁸⁹⁶ Le fait que la qualification de convention libre ou réglementée incombe à l'auteur est également un problème. Ensuite, la nullité de l'acte n'est prononcée qu'à des conditions assez strictes, puisqu'il faut que la convention ait été passée sans autorisation ou en fraude. Pour cela, encore faut-il que les actionnaires aient connaissance de son existence, or ils ne sont informés que des conventions autorisées et conclues. Enfin, la sanction de l'acte a peu de chances d'être appliquée puisqu'elle doit passer par l'action *ut singuli* d'un actionnaire, sauf changement de

¹⁸⁹⁰ Art. L. 225-39 C. com. Cass. Ch. mixte, 10/07/1981 ; D. 1981.637, concl. J. CABANNES ; Rev. Soc. 1982.84, obs. C. MOULY.

¹⁸⁹¹ Art. L. 225-43 C. com. Les actes en question sont listés : il s'agit de l'emprunt à la société, la reconnaissance d'un découvert, le cautionnement ou l'aval envers un tiers, sauf s'il s'agit d'un acte courant conclu à des conditions normales en raison de l'activité de la société (établissement bancaire ou de crédit). V. M. DAGOT, C. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus », Rev. Soc., 1988, p. 1.

¹⁸⁹² Art. L. 225-38 et s. C. com.

¹⁸⁹³ Art. L. 225-41 C. com. La société est engagée dès l'acceptation par le tiers (Cass. Com., 22/05/1970, Bull. civ. IV, n° 165).

¹⁸⁹⁴ Art. L. 225-42 C. com.

¹⁸⁹⁵ Selon M. Schmidt, l'intérêt de cette procédure est d'imposer une obligation de révélation des conventions pouvant créer un conflit d'intérêts, les sanctions ayant été prévues dans d'autres textes. Il vaudrait mieux par conséquent se concentrer sur cet objectif et imposer une transparence plus forte et une sanction plus aisée à l'initiative des actionnaires. D. SCHMIDT, « Des « conventions réglementées »... », art. préc. V. également A. CONSTANTIN, art. préc.

¹⁸⁹⁶ G. HELLERIGER, art. préc.

contrôle de la société. L'actionnaire en question n'a aucun profit personnel à retirer de cette action et peu d'opportunités de connaître l'existence d'une convention problématique, en tout cas par les canaux légaux. D'autant plus qu'il est plus facile de faire annuler l'acte par la voie de la contradiction à l'intérêt social.¹⁸⁹⁷

287. Droit commun de la représentation – Il convient de rappeler qu'en dehors de tous ces dispositifs spéciaux, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a introduit à l'article 1161 du Code civil un mécanisme de prévention des conflits d'intérêts. Le texte dispose : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »¹⁸⁹⁸

Certains auteurs ont vu dans ce texte un principe général de la régulation des conflits d'intérêts.¹⁸⁹⁹ Néanmoins, plusieurs remarques s'imposent. D'abord, il ne concerne que les cas de représentation d'une personne physique.¹⁹⁰⁰ Sont donc exclus tous les régimes qui n'impliquent pas de représentation, comme l'usufruit par exemple, et les cas de représentation de personnes morales. Ensuite, le texte mentionne deux situations, celle où le représentant agit pour le compte de deux parties qui sont en opposition d'intérêts¹⁹⁰¹ (hypothèse dite du « double

¹⁸⁹⁷ Surtout que la nullité pour contradiction à l'intérêt social peut être prononcée même lorsque l'acte a été approuvé par les associés (Cass. Com., 08/11/2011, n° 10-24438 ; D. 2012. 415, obs. A. LIENHARD note E. SCHLUMBERGER ; Rev. Soc., 2012. 238, note A. VIANDIER ; RTD com. 2012. 358, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; BJS 2012. 297, note F.-X. LUCAS). Cf. *supra*, n° 258 sur le cas particulier du cautionnement.

¹⁸⁹⁸ Comp. art. 1312 C. C. Q., qui interdit par principe à l'administrateur d'être partie à un acte avec le bénéficiaire et d'acquiescer des droits contre lui autrement que par succession, sauf si le bénéficiaire ou le tribunal l'autorisent expressément.

¹⁸⁹⁹ R. CABRILLAC, « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français », in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier Martin*, Paris, Lextenso, 2015, p. 111-119 ; P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », JCP G, 2016, n° 20-21, 580.

¹⁹⁰⁰ L'ordonnance du 10/02/2016 ne restreignait pas le texte aux personnes physiques. C'est la loi de ratification n° 2018-287 du 20/04/2018 qui l'a ajouté, sous la pression des praticiens et spécialistes du droit des sociétés, effrayés que ce régime s'articule mal avec celui des conventions réglementées (v. par ex. HCJP, *Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats*, 10/05/2017, p. 16 ; A. COURET, « Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés », Rev. Soc., 2017, p. 331). Pour une critique de cette restriction, v. F. DEBOISSY, G. WICKER, « La modification de l'article 1161 du Code civil par le sénat : La réglementation des conflits d'intérêts victime de lobbying », JCP E, 2017, n° 49, 1164 ; et la réponse : A. COURET, « L'article 1161 du code civil victime de lobbying : un mauvais procès », D. 2018, p. 20.

¹⁹⁰¹ La précision que les parties doivent être en opposition d'intérêts est une « tautologie » (F. DEBOISSY, G. WICKER, art. préc.) « d'ordre pédagogique » (M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », JCP N, 2018, n° 17, 1175, n° 21). En effet, l'article 1161 C. civ. n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de conflit d'intérêts, et non pas lorsque plusieurs personnes sont représentées en vue d'un but commun, ce qui est synonyme d'intérêts convergents (R. MORTIER, F. JOURDAIN-THOMAS, G. DUMONT, « L'article 1161 du Code civil et la prohibition de la multi-représentation », JCP N, 2017, n° 39, 1267).

mandat »), et celle où il a lui-même un intérêt personnel à l'acte. Cette conception du conflit d'intérêts reste relativement restreinte au regard des propositions faites par la doctrine, qui y intègrent également l'interposition de personnes et les conflits indirects.¹⁹⁰² Enfin, la sanction prévue est la nullité, sauf ratification par le représenté ou autorisation légale ou conventionnelle. Cette disposition est conforme à la proposition de M. Douville de consacrer un véritable devoir d'abstention en cas de conflit d'intérêts.¹⁹⁰³ Il est cependant impossible d'y voir une confirmation de cette proposition, au regard de toutes les restrictions qui sont apportées par le texte. Il faut interpréter l'article 1161 du Code civil comme une règle générale certes, mais limitée à la représentation des personnes physiques.¹⁹⁰⁴ En faire un principe général de la gestion des biens d'autrui serait par conséquent excessif.¹⁹⁰⁵

D) La nomination d'un gestionnaire ad hoc

288. Substitution de gestionnaire – Une dernière solution est parfois préconisée par le droit positif : la nomination d'un gestionnaire *ad hoc*.¹⁹⁰⁶ Lorsqu'un gestionnaire doit prendre une décision pour laquelle il serait objectivement dans une situation de conflit d'intérêts¹⁹⁰⁷, un organe de contrôle peut se substituer lui-même ou nommer un tiers pour qu'il prenne la décision à la place du gestionnaire. A la différence des mesures de sanction, qui peuvent aller jusqu'à la révocation définitive du gestionnaire, la substitution est ici ponctuelle : une fois la décision prise, le gestionnaire reprend son statut et continue sa mission.

La technique est ancienne et existe dans plusieurs régimes. Le droit des personnes protégées prévoit ainsi que l'administrateur légal ou le tuteur qui se trouverait en situation d'opposition d'intérêts avec le mineur ou la personne protégée se verrait remplacé par un administrateur *ad hoc*, chargé de représenter ces derniers pour un ou plusieurs actes déterminés

¹⁹⁰² P.-F. CUIF, art. préc., n° 33 et s. ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 86 et s.

¹⁹⁰³ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 232 et s., spéc. n° 289. V. aussi P. DIDIER, *op. cit.*, n° 235.

¹⁹⁰⁴ Il reste cependant applicable à des pans entiers de la gestion des biens d'autrui, et notamment au droit des personnes protégées (J. HAUSER, « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », *AJ fam.*, 2016, p. 460 ; I. MARIA, « Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des personnes protégées », *Dr. fam.*, 2017, n° 1, comm. 20).

¹⁹⁰⁵ « En somme, il apparaît naïf et même impossible de vouloir résoudre les conflits d'intérêts en quelques mots, sans tenir compte des spécificités de chaque situation. » C. GRIMALDI, « Proposition de suppression de l'article 1161 du Code civil : les conflits d'intérêts et la représentation », *RDC*, 2017, p. 182. Déjà en défaveur d'une prohibition générale des actes d'usage personnel du crédit social, M. DAGOT, C. MOULY, art. préc. ; et des contrats avec soi-même : G. WICKER, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 72.

¹⁹⁰⁶ F. JULIENNE, art. préc. ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 860.

¹⁹⁰⁷ Une simple apparence est alors suffisante (T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 75).

concernés par la situation de conflit d'intérêts.¹⁹⁰⁸ Le droit des sociétés en use également lorsque le dirigeant ou un associé a un intérêt personnel extérieur à la société dans la prise d'une décision. Cette possibilité est originellement prévue à l'article 1846 alinéa 5 du Code civil afin de réunir une assemblée générale en cas de vacance de la gérance, pour nommer un nouveau dirigeant. La jurisprudence, sur le fondement de ce texte, a étendu la faculté de nommer un mandataire *ad hoc* à d'autres situations où des difficultés ponctuelles se posent concernant la gestion, et notamment des questions de conflit d'intérêts.¹⁹⁰⁹ Le droit des entreprises en difficulté contient un mécanisme nommé « mandat *ad hoc* » prévu à l'article L. 611-3 C. com., mais il ne s'agit pas d'un régime de gestion des biens d'autrui dans la mesure où le mandataire désigné n'a aucun pouvoir de gestion, ses décisions n'étant pas contraignantes pour le dirigeant.¹⁹¹⁰ Sa mission vise essentiellement à négocier avec les créanciers de la société. Enfin, il est tout à fait possible de l'insérer au sein d'une gestion contractuelle.¹⁹¹¹

La nomination d'un administrateur *ad hoc* est cependant cantonnée à ces quelques exemples, en raison de l'importance et de la lourdeur du mécanisme. Il nécessite en effet l'intervention d'un organe de contrôle, qu'il s'agisse du juge, du conseil de famille ou du subrogé curateur ou subrogé tuteur.¹⁹¹² Il faut également qu'un devoir d'information préexiste afin que cet organe de contrôle puisse avoir connaissance de la situation de conflit d'intérêts, ce qui n'est pas le cas en matière de droit des personnes protégées, et participe à rendre la technique moins efficace.

¹⁹⁰⁸ Art. 383, 388-2 (spécifique à l'action en justice), art. 454 al. 5 (en présence d'un subrogé curateur ou subrogé tuteur), art. 455 (absence de subrogé curateur ou subrogé tuteur) C. civ. La personne nommée peut réaliser les mêmes actes qu'un tuteur sans autorisation du conseil de famille (Cass. Civ. 1^{ère}, 08/03/1988, n° 86-16153 ; Gaz. Pal., 1989, 1, 43, note G. MASSIP). Dans le même esprit, l'article 115 C. civ. permet au juge de nommer un remplaçant au représentant de l'absent dans le cadre d'un partage où existerait une opposition d'intérêts entre le représentant et l'absent. V. G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts... », art. préc.

¹⁹⁰⁹ Cass. Com., 04/02/2014, n° 12-29348, JurisData n° 2014-001765 ; BJS 2014, p. 302, note D. SCHMIDT ; Gaz. Pal., 2014, p. 14, note B. DONDERO (vote à la place d'un associé sanctionné pour abus de minorité) ; Cass. Com., 29/03/2017, n° 16-10016 ; Dr. soc., 2017, comm. 101, note J. HEINICH (engagement de la responsabilité d'un dirigeant de fait). Le mandat confié ne dessaisit pas les organes de la société de leurs pouvoirs et vise simplement à pallier les carences de la gestion (à la différence de l'administrateur provisoire), dès lors, la fin de cette carence met fin à la mission du mandataire (Cass. Com., 15/03/2017, n° 15-12742 ; D. 2017. 703 ; RTD com. 2017. 389, obs. A. LECOURT ; M.-H. MONSERIE-BON, « Les contours toujours délicats du mandat *ad hoc* en droit des sociétés », RTD com., 2017, p. 651).

¹⁹¹⁰ Cass. Com., 22/09/2015, n° 14-17377 ; D. 2015. Actu. 1950. M.-H. MONSERIE-BON, « Entreprises en difficulté : mandat *ad hoc*, conciliation », Rép. soc. Dalloz, 2020, n° 33.

¹⁹¹¹ Nous mettons de côté les mesures de sanction qui aboutissent à la nomination d'un administrateur provisoire comme dans le cadre de la fiducie par exemple (art. 2027 C. civ.), bien qu'elles puissent être prises en raison d'un conflit d'intérêts. Ces mesures ne sont pas préventives, à l'inverse de celles visant à réguler les conflits d'intérêts. Pour une généralisation de cette technique à tous les conflits d'intérêts dans le cadre de la fiducie, v. J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 783 et s.

¹⁹¹² Cf. *supra*, n° 280.

II La pertinence d'un principe général de régulation des conflits d'intérêts

289. Impossibilité d'un principe général – L'étude de l'ensemble de ces techniques de régulation nous amène à nous interroger sur la pertinence d'un principe général de régulation des conflits d'intérêts. Pour chacune d'entre elles, nous avons constaté l'impossibilité d'en faire une règle générale. Quoiqu'il en soit, la régulation des conflits d'intérêts ne peut s'appliquer dans certaines situations de gestion des biens d'autrui, pour deux raisons.

D'une part, lorsque le transfert de gestion n'a pas été anticipé, aucune mesure préventive ne peut être mise en place. C'est le cas de la gestion d'affaires. Dans cette situation, le gestionnaire n'a aucun contact avec le propriétaire avant d'accomplir les actes de gestion, et il n'existe pas d'organe de contrôle susceptible d'apprécier *a priori* l'opportunité des actes. C'est uniquement *a posteriori* que ces derniers seront considérés comme ayant été utiles ou non pour le propriétaire.¹⁹¹³ Mais en plus d'être utiles, les actes doivent avoir été réalisés « dans son intérêt », sans quoi ils ne donnent pas lieu à indemnisation.¹⁹¹⁴ Le conflit d'intérêts n'est néanmoins pas sanctionné en tant que tel dans le cadre de la gestion d'affaires, puisque le gérant peut être intéressé au résultat de son action.¹⁹¹⁵ Mais si le gérant a satisfait uniquement son intérêt personnel, l'acte n'est pas considéré comme utile et la gestion d'affaires n'est pas qualifiée.¹⁹¹⁶ Ainsi, dans le cadre de la gestion d'affaires, il n'existe pas de procédure de régulation des conflits d'intérêts ; c'est uniquement au stade de l'appréciation de l'existence de la situation que le sujet est traité.

D'autre part, la régulation des conflits d'intérêts n'a pas de sens lorsque le gestionnaire est directement intéressé au résultat de son action, et qu'elle n'a qu'un impact indirect sur le propriétaire. C'est le cas en matière de droit sur la chose d'autrui. Les actes de gestion réalisés par le titulaire du droit se font sans représentation¹⁹¹⁷, ce qui signifie que le gestionnaire supporte la charge de leur réalisation, au titre d'une obligation attachée à son droit. La seule chose qui intéresse le propriétaire est l'exécution de cette obligation. Ainsi, que le gestionnaire ait choisi de privilégier l'entreprise d'un proche ou de réaliser les travaux lui-même importe

¹⁹¹³ Cf. *supra*, n° 256.

¹⁹¹⁴ Art. 1301-2 C. civ.

¹⁹¹⁵ Art. 1301-4 C. civ. La charge de la gestion est alors partagée en proportion de l'intérêt de chacun.

¹⁹¹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 28/05/1991, n° 89-20258 ; RTD civ., 1992, obs. J. MESTRE ; Defrénois, 1992. 746, obs. J.-L. AUBERT.

¹⁹¹⁷ Cf. *infra*, n° 367.

peu au propriétaire, qui pourra toujours engager la responsabilité du gestionnaire si le résultat ne lui convient pas.¹⁹¹⁸

En résumé, la régulation des conflits d'intérêts n'est que la manifestation plurielle d'un principe plus large, celui de loyauté. Elle a un intérêt dans certains régimes et des applications spécifiques, mais ne peut être exprimée sous la forme d'un principe général applicable à toute la gestion des biens d'autrui, puisque le conflit d'intérêts ne pose pas les mêmes difficultés dans chacun de ces régimes. Les dispositifs spéciaux sont donc plus opportuns et suffisamment efficaces pour renforcer le principe de loyauté, qui, de son côté, s'impose à tous les administrateurs des biens d'autrui.¹⁹¹⁹

§ 2 : La détermination des actes irréguliers

Lorsque le gestionnaire réalise un acte qui viole l'un des trois principes fondamentaux, il convient de lui appliquer une sanction pour en atténuer les effets. Sa nature va dépendre de la faute qu'il a commise. Il faut donc déterminer quels sont les actes qui peuvent entraîner une telle sanction. Nous pouvons en recenser trois sortes. La première est la violation des limites objectives des pouvoirs du gestionnaire (I). La deuxième est la violation de la confiance accordée par le propriétaire, du fait d'un comportement déloyal (II). La troisième est une catégorie résiduelle, celle des fautes de gestion (III). Elle regroupe toutes les négligences dont peut faire preuve le gestionnaire. Ces trois catégories permettent d'englober la protection des trois principes fondamentaux : en sanctionnant le dépassement de pouvoir, on limite la réalisation d'actes préjudiciables au propriétaire ; en sanctionnant le détournement de pouvoir, on évite la déloyauté du gestionnaire ; et en sanctionnant la faute de gestion, on protège contre la négligence et l'imprudence.¹⁹²⁰

I Le dépassement de pouvoir

Que se passe-t-il lorsque le gestionnaire accomplit un acte qu'il n'était pas supposé réaliser ? On peut à ce titre parler d'une violation du devoir de diligence, dans la mesure où il

¹⁹¹⁸ L'obligation en question est principalement celle de conserver le bien, qui est une obligation de résultat. Les moyens employés ne sont donc pas importants tant que le but est atteint.

¹⁹¹⁹ Nous adhérons de ce fait à la position de Bruno Dondero (art. préc., n° 42). V. aussi P. DIDIER, *op. cit.*, n° 226 et s.

¹⁹²⁰ Dans un sens proche, C. BERGER-TARARE, « La responsabilité civile de l'administrateur des biens d'autrui », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

ne respecte pas les moyens qui étaient mis à sa disposition pour accomplir sa mission. Par conséquent, le gestionnaire qui outrepassé ses pouvoirs sera passible d'une sanction. Toutefois, le dépassement des pouvoirs n'est pas nécessairement contraire à l'intérêt du propriétaire et il peut être exonéré. Il convient également d'analyser les différentes sanctions existantes et de distinguer selon les différents régimes.

290. Nature de la sanction – Il existe plusieurs types de sanctions différentes du dépassement de pouvoir. Il faut d'abord distinguer la sanction de l'acte lui-même et celle du gestionnaire.¹⁹²¹ En réalisant un acte qui n'entre pas dans ses prérogatives, le gestionnaire engage sa responsabilité (contractuelle ou délictuelle selon la nature de ses relations avec le propriétaire).¹⁹²² Le dépassement de pouvoir est en soi une faute de gestion. Mais il faut également démontrer l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité avec ce dépassement. Or, l'acte en question peut n'avoir causé aucun préjudice au propriétaire, qui peut même le ratifier. Le dommage peut également toucher le tiers-contractant, qui pourra engager la responsabilité du gestionnaire.¹⁹²³

La sanction peut aussi viser l'acte lui-même. S'il s'agit d'un acte matériel, elle est plus rare puisque ses conséquences ne peuvent être effacées aussi facilement qu'un acte juridique, dont les effets sont artificiels. La remise en état peut parfois être exigée, mais elle est relativement restreinte. Pour ce qui est des actes juridiques, leur sanction dépend de plusieurs facteurs : l'intérêt du propriétaire, celui du tiers-contractant et l'information à sa disposition. Théoriquement, si l'intérêt du propriétaire est lésé, l'acte devrait être nécessairement annulé. Mais dans l'optique d'une gestion dynamique, il est nécessaire de prendre en compte les intérêts des tiers qui n'ont pas forcément connaissance des limites exactes des pouvoirs du gestionnaire.¹⁹²⁴ C'est pourquoi deux sanctions sont possibles : la nullité¹⁹²⁵, qui emporte

¹⁹²¹ Un auteur fonde cette distinction sur le contrôle des motifs de la décision : lorsque la faute est une violation des standards de décision (notamment les limites des prérogatives du gestionnaire), c'est l'acte qui sera sanctionné, et lorsqu'elle est une violation des standards de comportement (faute de gestion ou abus de droit), la responsabilité du gestionnaire peut être engagée (P. LOKIEC, art. préc.). Lors d'un dépassement de pouvoir, les deux types de standards sont généralement violés et une double sanction est applicable.

¹⁹²² D. VEAUX, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, Economica, 1980, p. 77-94, n° 15.

¹⁹²³ *Ibid.*, n° 14.

¹⁹²⁴ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, Editions la Mémoire du Droit, 2001, p. 72 et s. Cf. *infra*, n° 372.

¹⁹²⁵ La nullité en question est ici relative, ce qui permet de confirmer l'acte *a posteriori* s'il s'avère être utile pour le propriétaire (art. 1181 C. civ.). La nullité implique normalement le défaut d'une condition de validité de l'acte. Ici, aucune des conditions mentionnées à l'article 1104 C. civ. ne fait réellement défaut. Seul le pouvoir du gestionnaire pose problème. On pourrait éventuellement assimiler cela à un défaut de capacité, mais d'autres cas où le gestionnaire n'a pas de pouvoir admettent néanmoins sa validité (inopposabilité ou mandat apparent). Il vaut

anéantissement rétroactif de l'acte, et l'inopposabilité, qui fait subsister le lien d'obligation entre le gestionnaire et le tiers, ce qui permet à ce dernier d'admettre plus aisément la faute du premier et d'engager sa responsabilité, mais empêche l'acte de produire ses effets.¹⁹²⁶ Parfois, l'acte ne sera pas sanctionnable afin de protéger le tiers de bonne foi, en application de la théorie de l'apparence.¹⁹²⁷

Précisons enfin que certaines sanctions spéciales s'appliquent aux actes réalisés par le propriétaire soumis à une gestion déléguée qui aurait excédé ses pouvoirs. La personne frappée d'incapacité peut ainsi demander la réduction ou la rescision de l'acte qui irait à l'encontre de son intérêt.¹⁹²⁸ Réciproquement, le tiers-contractant peut éviter la nullité de l'acte passé sans pouvoir par la personne protégée en démontrant qu'il lui a été utile.¹⁹²⁹ Là encore, l'intérêt du propriétaire reste le critère principal de la validité de l'acte.¹⁹³⁰

291. Dépassement de pouvoirs par un représentant – En matière de représentation, la sanction du dépassement de pouvoir était incertaine jusqu'à la réforme du droit des obligations de 2016.¹⁹³¹ La jurisprudence y voyait une nullité relative¹⁹³², mais des auteurs ont fait valoir que le dépassement de pouvoir n'avait pas pour essence d'attenter à la validité de l'acte, mais simplement à ses effets. Par ailleurs, le représenté est tiers à l'acte et il paraît incohérent d'admettre qu'il puisse en demander la nullité.¹⁹³³ Il serait donc préférable d'y appliquer la sanction de l'inopposabilité.¹⁹³⁴ Aujourd'hui, l'article 1156 du Code civil apporte

donc mieux voir la nullité comme la sanction d'un acte juridique conclu en violation d'une règle, et pas seulement comme le défaut d'une condition de validité.

¹⁹²⁶ P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, n° 421. Selon ces auteurs, l'inopposabilité serait la sanction du défaut de publicité d'un acte au profit d'un tiers. Cette conception est trop restrictive, et nous préférons la définition donnée par F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 12^{ème} éd., 2018, n° 135 : « Comme la nullité, (l'inopposabilité) prend sa source dans une imperfection contemporaine de la formation du contrat. Mais elle sanctionne, en règle générale, le non-respect d'une règle qui a pour seul objet la protection des tiers. » V. aussi L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Articles 1178 à 1187 : l'absence de l'inopposabilité aux côtés de la nullité et de la caducité », RDC, 2015, p. 767.

¹⁹²⁷ Cf. *infra*, n° 373.

¹⁹²⁸ Art. 1149 et 1150 C. civ.

¹⁹²⁹ Art. 1151 C. civ.

¹⁹³⁰ J.-M. PLAZY, « Les actes juridiques du majeur protégé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 549-562.

¹⁹³¹ N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 84. La situation était semblable à celle du détournement de pouvoir (cf. *infra*, n° 296).

¹⁹³² Cass. Civ. 3^{ème}, 15/04/1980, n° 78-15836, Bull. civ. III, 1980, n° 73 ; Cass. Ass. Plén., 28/05/1982, n° 79-13660, Bull. ass. plén., n° 3 ; D. 1983, p. 117, concl. J. CABANNES ; D. 1983, p. 349, note E. GAILLARD ; Cass. Com., 28/03/2006, n° 04-19179 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 26/01/2017, n° 15-26814 ; AJ Contrat 2017. 299, obs. Y. DAGORNE-LABBE.

¹⁹³³ N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 87.

¹⁹³⁴ D. VEAUX, art. préc., n° 8 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 230 ; P. PETEL, *op. cit.*, n° 80 ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 171 et s.

une réponse claire, sous la forme d'une double sanction, variable selon celui qui en est à l'initiative. A l'égard du représenté, l'acte est inopposable sauf application de la théorie de l'apparence¹⁹³⁵, tandis que le tiers contractant peut soulever la nullité relative de l'acte.¹⁹³⁶ Le choix de l'inopposabilité se justifie, pour les raisons avancées précédemment.¹⁹³⁷ Celui de la nullité relative accordée au tiers est en revanche contestable.¹⁹³⁸ De deux choses l'une : soit il pensait lors de la conclusion que le représentant avait le pouvoir d'accomplir l'acte, puis s'est rendu compte que ce n'était pas le cas. Dans cette situation, il peut parier sur une future ratification et ne rien faire, ou invoquer une cause de nullité telle que l'erreur ou le dol. Soit il savait dès l'origine que le représentant était sans pouvoir, et il a misé sur une future ratification. Il n'a alors aucun intérêt à faire annuler l'acte tant qu'il a l'espoir d'une ratification, et ne peut invoquer une faute du représentant puisqu'il a conscience du risque d'absence de résultat.¹⁹³⁹ Une action interrogatoire aurait été plus pertinente pour mettre fin à cette incertitude et forcer le représenté à se positionner.¹⁹⁴⁰

292. Exonération du dépassement – Quoi qu'il en soit, en accomplissant un acte pour lequel il n'a pas de pouvoir, le représentant engage sa responsabilité envers le propriétaire

Certains arrêts allaient également en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 23/11/1976, n° 75-11525, Bull. civ. I, n° 361. *Contra*, en faveur de la nullité : X. C. NGUYEN, « Le sort des actes irréguliers accomplis au nom d'une société commerciale », D. 1978, chron. 15 ; M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 330.

¹⁹³⁵ La solution applicable pour les mandataires sociaux est semblable : Y. CHAPUT, « Objet social », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 65 et s. V. pour un cautionnement qui a excédé l'autorisation donnée par le conseil d'administration d'une SA, sanctionné par l'inopposabilité : Cass. Com., 22/03/2005, n° 02-15084. La nullité d'un acte de la société ne peut être opposée aux tiers de bonne foi (art. 1844-16 C. civ. et L. 235-12 C. com.). De même pour un fiduciaire, dont la responsabilité contractuelle pourrait être engagée et l'acte inattaquable sauf mauvaise foi du tiers (art. 2023 C. civ.).

¹⁹³⁶ P. DIDIER, art. préc. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2018, n° 387 et s. Pour une critique du mécanisme dans son ensemble et en faveur d'une nullité relative à l'initiative exclusive du représenté : A. MOLIERE, « Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut ! », D. 2017, p. 1547.

¹⁹³⁷ *Contra*, N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 841 et s. ; A. DANIS-FATÔME, « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », RDC, 2017, n° 23, p. 177.

¹⁹³⁸ R. CABRILLAC, art. préc. ; J. FRANCOIS, « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », D. 2018, p. 1215. L'auteur serait plutôt favorable à une action en résolution ouverte jusqu'à la ratification par le représenté.

¹⁹³⁹ Il est par ailleurs possible de se prémunir contre ce risque *via* une promesse de porte-fort ou l'introduction d'une condition suspensive à l'acte.

¹⁹⁴⁰ A. MOLIERE, art. préc. L'action interrogatoire introduite à l'article 1158 C. civ. pourrait éventuellement servir à cette fin, bien qu'elle ne soit pas prévue pour cela. Elle s'applique plutôt à la première situation, lorsque le tiers n'est pas certain des pouvoirs du représentant (cf. *infra*, n° 381). Mais le fait d'interpeller le représenté permet d'avoir une idée sur son intention de ratifier l'acte ou non.

(et éventuellement le tiers).¹⁹⁴¹ Cela vaut pour les représentations conventionnelles, mais également pour les représentations légales¹⁹⁴² et judiciaires.¹⁹⁴³ Le représentant peut toutefois échapper à la sanction en cas de ratification de l'acte par le représenté.¹⁹⁴⁴ Il est en effet possible pour lui de reconnaître que l'acte réalisé satisfait bien son intérêt. Mais cela ne vaut que si le représenté est capable de déterminer lui-même son intérêt. S'il ne l'est pas, c'est un organe de contrôle qui devra l'admettre. Souvent, l'acte réalisé en dépassement de pouvoir par un représentant légal ou judiciaire sera nul de plein droit car il s'agit d'un acte interdit ou nécessitant une autorisation.¹⁹⁴⁵ Dans ce cas, la ratification est impossible, et seule une confirmation de l'acte peut permettre de couvrir cette nullité et d'exonérer le représentant.¹⁹⁴⁶ Il semblerait par ailleurs qu'un représentant qui dépasse ses pouvoirs pourrait se voir appliquer les règles de la gestion d'affaires si l'acte a été utile.¹⁹⁴⁷

293. Réalisation d'actes matériels, copropriété et droit sur la chose d'autrui – La solution précédente s'applique aux situations de représentation. Mais qu'en est-il des autres ? Les actes matériels ne mettent pas en œuvre de représentation.¹⁹⁴⁸ Imaginons qu'un gestionnaire décide d'accomplir des améliorations sur le bien d'un propriétaire sans en avoir le pouvoir. Plusieurs hypothèses sont alors envisageables. Si l'acte est utile et qu'il entre dans les conditions de la gestion d'affaires, il ne pourra être reproché au gestionnaire.¹⁹⁴⁹ Dans le cas contraire, il sera soumis au régime de l'accession et le propriétaire pourra choisir de conserver

¹⁹⁴¹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 389. V. pour la copropriété d'immeubles bâtis : C. ATIAS, N. LE RUDULIER, « Copropriété des immeubles bâtis », *Rép. immo. Dalloz*, 2021, n° 544.

¹⁹⁴² Art. 386 C. civ. C. FARGE, « Le dépassement ou l'absence de pouvoir du représentant légal », *Dr. et pat.*, 2000, n° 85 ; I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 148. L'initiative de la sanction peut émaner d'un organe de contrôle ou du mineur de 16 ans révolus (art. 387-5 C. civ.).

¹⁹⁴³ Art. 421 et 510 et s. C. civ. pour le droit des personnes protégées.

¹⁹⁴⁴ Art. 1156 al. 3 C. civ. Précisons que la théorie de l'apparence, qui permet la validité de l'acte conclu, n'exonère pas le représentant dont la responsabilité peut être engagée pour avoir violé les limites de ses pouvoirs et causé un préjudice au représenté qui ne souhaitait pas contracter. A. DANIS-FATÔME, *art. préc.*

¹⁹⁴⁵ D. VEAUX, *art. préc.*, n° 16.

¹⁹⁴⁶ Art. 1181 C. civ. C. FARGE, *art. préc.* La confirmation est possible parce qu'il s'agit d'une nullité relative, ce qui démontre que l'intérêt de la personne protégée permet de moduler la sanction applicable.

¹⁹⁴⁷ D. VEAUX, *art. préc.*, n° 8 et 16 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 710 ; P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 27. Ce dernier auteur approuve cette solution même lorsque la gestion est d'origine légale ou judiciaire (*ibid.*, n° 29, de même pour Veaux), à l'appui de plusieurs décisions jurisprudentielles relativement anciennes (Cass. Soc., 03/12/1959, *Bull. civ. IV*, n° 1204 pour une tutelle ; Cass. Civ., 28/10/1942 ; DC 1943. 29, note P. L.-P. pour une administration légale). Dans la mesure où la boussole de l'action du gestionnaire doit être l'intérêt du propriétaire, dès lors que l'acte est considéré comme lui ayant été utile, il n'y a selon nous pas d'obstacle à cette possibilité. Elle est néanmoins exclue dans certains régimes comme la copropriété d'immeubles bâtis si le dépassement émane du syndic (Cass. Civ. 3^{ème}, 20/01/1999, n° 97-16470, *Bull. civ. III*, n° 17).

¹⁹⁴⁸ Cf. *infra*, n° 366.

¹⁹⁴⁹ Ce sera notamment le cas de tous les actes conservatoires, cf. *supra*, n° 234. Sur la notion d'acte utile, v. *supra*, n° 255.

les améliorations réalisées en indemnisant le gestionnaire ou d'exiger la remise en état de son bien.¹⁹⁵⁰

Le problème se complexifie lorsque le gestionnaire est titulaire d'un droit sur le bien, car les effets vont dépendre du régime applicable. En matière d'indivision, l'article 815-13 du Code civil dispose que l'indivisaire qui a amélioré ou détérioré un bien indivis a droit à une indemnisation ou doit répondre de la diminution de valeur occasionnée. La jurisprudence rejette l'application de l'accession, mais admet que les autres indivisaires peuvent exiger la démolition de ce qui a été construit.¹⁹⁵¹

Dans une communauté, si un époux outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'acte réalisé est soumis à une nullité relative dotée d'une prescription restreinte à deux ans, sauf ratification de l'autre époux.¹⁹⁵² Il s'agit d'un compromis entre les intérêts de l'époux floué, qui peut facilement remettre en cause l'acte passé ou au contraire le ratifier s'il va dans son intérêt, et ceux des tiers du fait du délai de prescription raccourci. De manière surprenante néanmoins, la responsabilité du conjoint auteur de l'acte ne peut pas être engagée par le tiers contractant en cas de nullité.¹⁹⁵³

L'usufruitier qui réalise des améliorations ne peut pas en demander le remboursement au nu-propiétaire même si le bien a été valorisé¹⁹⁵⁴, mais il semblerait que le nu-propiétaire ne puisse pas demander à ce que le bien soit remis en état dès lors que les améliorations réalisées répondent à sa destination. Si son action a détérioré le bien, il peut être sanctionné pour violation de son obligation d'entretien¹⁹⁵⁵ et être déchu de son usufruit.¹⁹⁵⁶

¹⁹⁵⁰ Art. 555 C. civ.

¹⁹⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 09/03/1994, Bull. civ. III, n° 48 ; D. 1994. Somm. 162, obs. J.-H. ROBERT ; RTD civ. 1995. 654, obs. F. ZENATI.

¹⁹⁵² Art. 1427 C. civ. Pour une extension à l'indivision conventionnelle, v. J.-F. SAGAUT, « Du problème de la gestion de l'indivision : la solution de l'indivisaire-gérant », AJ fam. 2002, p. 280.

¹⁹⁵³ Cass. Civ. 1^{ère}, 28/03/1984 ; JCP 1985. II. 20430, note M. HENRY. La raison en est que du fait de l'article 1413 C. civ., le tiers-contractant pourrait *in fine* saisir les biens communs en plus des biens personnels de l'époux contractant, ce qui aboutit à donner efficacité à l'acte conclu. Une modification des textes serait bienvenue pour introduire une solution semblable à celle de l'indivision (engagement exclusif du patrimoine personnel de l'époux contractant). V. R. BERNARD-MENORET, « Les mandats conventionnels entre époux », LPA, 15/10/2004, p. 3 ; G. GOUBEAUX, « La cogestion en régime de communauté : le commencement de la fin ? », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 131-148 ; G. YILDIRIM, « Communauté légale : gestion des biens », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 395.

¹⁹⁵⁴ Art. 599 al. 2 C. civ.

¹⁹⁵⁵ Art. 605 C. civ.

¹⁹⁵⁶ Art. 618 C. civ. V.

En matière de bail, le régime de l'accession est applicable mais il est différé au moment de la fin du contrat.¹⁹⁵⁷ Le bien loué doit être remis dans l'état dans lequel il a été reçu¹⁹⁵⁸, ce qui signifie que les dégradations que le locataire aurait pu faire doivent être indemnisées, mais également que le bailleur peut exiger le retrait des améliorations réalisées ou bien les conserver sans avoir à les indemniser (sauf si elles rentrent dans le champ d'application de l'article 555 du Code civil).¹⁹⁵⁹

Il ressort de tous ces éléments que l'acte matériel ou réalisé par le copropriétaire ou le titulaire d'un droit sur la chose réalisé sans en avoir le pouvoir fera l'objet d'une sanction uniquement s'il va à l'encontre de l'intérêt du propriétaire. Si le bien a été valorisé, la question qui se pose est d'abord celle de la possibilité d'exiger le rétablissement de l'état antérieur, admise dans certains cas et refusée dans d'autres, et ensuite celle de l'indemnisation du gestionnaire.

En définitive, les effets du dépassement de pouvoir sont influencés à la fois par les intérêts des tiers et du propriétaire. Selon l'information à disposition des premiers, l'acte réalisé pourra produire ou non ses effets. Le tiers de bonne foi verra en principe son acte consolidé, sauf dans quelques régimes comme celui de la communauté. L'intérêt du propriétaire va servir dans un second temps à confirmer l'acte conclu ou à en rejeter les effets si le tiers avait connaissance du dépassement. Enfin, si l'acte n'est pas sanctionnable et qu'il est contraire à son intérêt, le propriétaire peut engager la responsabilité du gestionnaire pour violation de ses pouvoirs, ce qui est assimilable à une faute de gestion. Ce dépassement de pouvoirs est objectif, mais il peut également être subjectif et consister en un acte déloyal.

II L'acte déloyal

294. Notion de déloyauté – La loyauté étant un principe général de la gestion des biens d'autrui, il est nécessaire qu'elle soit protégée par la sanction des comportements déloyaux.¹⁹⁶⁰ Cela exige d'abord de les identifier. Nous avons défini la loyauté comme

¹⁹⁵⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 04/04/2002 ; D. 2002, Somm. 2508, obs. B. MALLET-BRICOUT ; JCP E 2002, 685, n° 9, obs. J. RAYNARD. F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 252.

¹⁹⁵⁸ Art. 1730 C. civ.

¹⁹⁵⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 08/01/1997, n° 95-10339, Bull. civ. III, n° 8 ; LPA, 29/05/1998, n° 64, p. 20, note E. RALSER ; AJDI 1997. 303, obs. J.-P. BLATTER ; RDI 1997. 297, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPPE.

¹⁹⁶⁰ La peur d'une action déloyale est ancienne. Balzac en donne une illustration dans son *Code des gens honnêtes*, Paris, Seuil, 1995, p. 263-264 : « Résumons-nous donc : Sur 20 agents d'affaires, il y a 19 fripons au moins. Donc, il faut faire ses affaires soi-même, et ne pas se jeter avec préméditation dans un guêpier. » V. aussi l'Évangile

l'obligation de se conformer au comportement attendu, ce qui signifie, en matière de gestion des biens d'autrui, rechercher en priorité la satisfaction de l'intérêt du propriétaire.¹⁹⁶¹ Le comportement déloyal se définit *a contrario* comme celui qui vise à satisfaire en priorité un autre intérêt que celui du propriétaire. L'action d'un gestionnaire en ce sens est passible d'une sanction. Toutefois, cette dernière varie selon que l'on se trouve dans une situation avec ou sans représentation.¹⁹⁶² Lorsque c'est le cas, une sanction spécifique s'applique : celle du détournement de pouvoir (A). Sinon, la sanction prend un autre biais que cette voie classique (B).

A) La déloyauté dans la gestion avec représentation

295. Notion de détournement de pouvoir – La représentation, parfaite ou imparfaite, implique que l'acte juridique réalisé pour le compte d'autrui a un effet direct sur le patrimoine du propriétaire. Il existe donc dans cette situation, selon la majorité de la doctrine, un pouvoir qui justifie ce mécanisme.¹⁹⁶³ Mais il nécessite pour être accepté d'être légitime, et doit donc être limité. De manière objective, le pouvoir est restreint dans son étendue concernant la nature des actes que le gestionnaire peut réaliser. De manière subjective, il est limité par le mobile de sa conclusion.¹⁹⁶⁴ Le pouvoir ne peut être utilisé que pour réaliser la mission qui a été confiée au gestionnaire, pour accomplir une fonction particulière, sans quoi il est susceptible d'être sanctionné. La violation de cet objectif est appelée détournement de pouvoir, car l'outil est utilisé à une fin qui n'est pas celle qui était assignée à son utilisateur.¹⁹⁶⁵ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a intégré un article 1157 au Code civil sanctionnant le détournement de pouvoir.¹⁹⁶⁶

selon Luc, 16.13 : « Nul ne peut servir deux maîtres ; car ou il haïra l'un et aimera l'autre, ou il s'attachera à l'un et méprisera l'autre. ».

¹⁹⁶¹ Cf. *supra*, n° 200.

¹⁹⁶² Sur la notion de représentation, cf. *infra*, n° 342 et s.

¹⁹⁶³ Cf. *supra*, n° 88. Il n'est pas nécessaire d'adhérer à la théorie du pouvoir pour analyser le détournement de pouvoir, il suffit de constater que celui-ci ne peut advenir que s'il y a représentation.

¹⁹⁶⁴ D. VEAUX, art. préc., n° 4 ; M. STORCK, *op. cit.*, n° 194 et s. ; P. PETEL, *op. cit.*, n° 198 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 116. Sur le détournement d'un droit, v. J. HAUSER, « Détournements, abus ou fraudes ? », *Dr. et pat.*, 2011, n° 209.

¹⁹⁶⁵ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2004, n° 633 et s.

¹⁹⁶⁶ Précisons que ce texte ne s'applique pas à la gestion d'affaires, malgré le fait que celle-ci implique une représentation (parfaite ou imparfaite, selon les cas, cf. *infra*, n° 341), pour une raison tenant à ses conditions d'application : seul l'acte utile au maître d'affaires peut être soumis à ce régime (cf. *supra*, n° 256). Si l'acte a été réalisé dans le seul intérêt du gérant, la gestion d'affaires est exclue (Cass. Civ. 1^{ère}, 28/05/1991, arrêt préc.). Cela n'empêche cependant pas que le gérant soit intéressé personnellement au résultat de l'acte, mais il ne faut pas que cette motivation prime sur l'intention altruiste (art. 1301-4 C. civ.).

Le contrôle du détournement de pouvoir se réalise par une appréciation de l'adéquation entre les mobiles du gestionnaire et « le but poursuivi par la norme de laquelle il tient ses pouvoirs ». ¹⁹⁶⁷ Issu de la jurisprudence administrative ¹⁹⁶⁸, le détournement de pouvoir a intégré la doctrine civiliste dans un contexte de réflexion autour des droits-fonctions, qui ont posé les bases de la théorie du pouvoir. ¹⁹⁶⁹ C'est pourquoi son contrôle est semblable à celui de l'abus de droit. Le but originel était de sanctionner les actes qui étaient réalisés dans un autre intérêt que celui poursuivi, sans qu'il y ait nécessairement une intention de nuire, critère de l'abus de droit. ¹⁹⁷⁰ Il se réalise *a posteriori*, et est de nature subjective puisqu'il apprécie les mobiles du gestionnaire. En ce sens, il ne se confond pas avec la notion de conflit d'intérêts. ¹⁹⁷¹ Le conflit d'intérêts est une situation qui peut mener à un détournement de pouvoir, mais pas nécessairement. ¹⁹⁷² Le détournement de pouvoir est un manquement à l'obligation de loyauté, alors que le conflit d'intérêts n'est pas *a priori* sanctionné ni interdit. C'est la raison pour laquelle le traitement des conflits d'intérêts est majoritairement préventif, alors que la sanction du détournement ne peut être que curative et répressive. ¹⁹⁷³ Par ailleurs, le conflit d'intérêts peut survenir en dehors d'une situation de représentation, à l'inverse du détournement de pouvoir. ¹⁹⁷⁴

Le critère de reconnaissance du détournement de pouvoir est l'intention d'agir dans un intérêt distinct de celui que le gestionnaire est censé satisfaire. ¹⁹⁷⁵ Or, il est difficile de prouver une intention, ce qui rend la sanction du détournement relativement inefficace. ¹⁹⁷⁶ L'article 1157 du Code civil exige également de prouver que le tiers avait connaissance du détournement

¹⁹⁶⁷ E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 151 ; M. CANTIN CUMYN, « Le pouvoir juridique », *McGill Law Journal*, 2007, n° 52, p. 215-236 ; P. LOKIEC, art. préc.

¹⁹⁶⁸ CE, 25/02/1864, *Lesbats*, Rec. 209 ; CE, 26/11/1875, *Pariset et Laumonnier-Carriol*, Rec. 934 et 936. Il s'agit pour le juge administratif d'une sorte d'excès de pouvoir, qui consiste pour une autorité administrative à exercer ses prérogatives « pour un objet autre que celui à raison desquels elles lui étaient conférées. »

¹⁹⁶⁹ Cf. *supra*, n° 88. Sur cette évolution, v. J. DABIN, *Le droit subjectif* (1952), Paris, Dalloz, 2007, p. 248 et s., qui y inclut les actes matériels ; M. STORCK, *op. cit.*, n° 197 et s. ; E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 149 et s. ; P. PETEL, *op. cit.*, n° 196 et s. ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 109 ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 548.

¹⁹⁷⁰ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 118.

¹⁹⁷¹ *Contra*, A. CONSTANTIN, art. préc.

¹⁹⁷² T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 110 ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 547 et s.

¹⁹⁷³ C'est la raison pour laquelle M. Douville considère que le détournement de pouvoir n'est pas suffisant pour traiter les conflits d'intérêts, et qu'il n'est qu'une protection minimale. T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 127.

¹⁹⁷⁴ P.-F. CUIF, art. préc., n° 38.

¹⁹⁷⁵ P. PETEL, *op. cit.*, n° 201 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 112 et s. Appliqué à la gestion de biens, il se réalise concrètement à travers « le changement de destination de la chose remise à une fin précise. » (W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005, n° 17).

¹⁹⁷⁶ E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 185 et s. ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 231 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 120.

ou ne pouvait l'ignorer, ce qui accentue encore la difficulté.¹⁹⁷⁷ D'autant plus que l'intérêt du gestionnaire et celui du propriétaire ont souvent tendance à se confondre. Il est difficile de savoir lequel a primé et si l'acte mérite véritablement une sanction.¹⁹⁷⁸ C'est pourquoi certains auteurs ont proposé d'introduire une présomption de déloyauté pour la faciliter.¹⁹⁷⁹

Le détournement de pouvoir est sanctionné à la fois civilement par le biais de l'article 1157 du Code civil (i.) et pénalement *via* plusieurs infractions qui s'en rapprochent (ii.).

i. La sanction civile du détournement de pouvoir

296. Responsabilité du gestionnaire et nullité de l'acte – Le détournement de pouvoir engage la responsabilité du gestionnaire envers le propriétaire, puisque, ce faisant, il commet une faute (dans la mesure où l'acte réalisé n'entre pas dans les limites subjectives de ses pouvoirs)¹⁹⁸⁰ et devra réparer le dommage qui en résulte s'il y a lieu¹⁹⁸¹, et envers le tiers contractant s'il a subi un préjudice.¹⁹⁸² Quant à l'acte conclu, l'article 1157 du Code civil vient clarifier une solution qui était antérieurement peu claire.¹⁹⁸³ En effet, dans le cadre d'un détournement de pouvoir, le représentant agit dans les limites objectives de ses prérogatives.¹⁹⁸⁴ Le tiers contractant ne peut vérifier que ces dernières, il ne connaît pas l'intention du représentant et n'a pas pour rôle d'apprécier l'intérêt du représenté.¹⁹⁸⁵ De son point de vue, l'acte n'a aucune raison d'être sanctionné.¹⁹⁸⁶ C'est la raison pour laquelle le texte prévoit que l'acte reste valable à moins que le tiers ait connaissance du détournement ou ne pouvait

¹⁹⁷⁷ Sur ce texte, v. P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 393 ; J. FRANCOIS, art. préc. Ce dernier est favorable à ce critère supplémentaire, estimant que le détournement ne concerne pas le tiers, qui doit être protégé dès lors qu'il l'ignorait.

¹⁹⁷⁸ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 120, et la décision qu'il cite en exemple : Sanct. AMF, 30/04/2013 ; BJB, 2013, p. 360, note I. RIASSETTO.

¹⁹⁷⁹ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 233 (fondée sur le caractère lésionnaire de l'acte) ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 121 (limitée aux cas de conflits d'intérêts) ; J. VALIERGUE, *op. cit.*, n° 862 (lorsque le gestionnaire retire une contrepartie de l'acte).

¹⁹⁸⁰ D. VEAUX, art. préc., n° 4 ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts... », art. préc., n° 17-18.

¹⁹⁸¹ M. STORCK, *op. cit.*, n° 220 ; P. PETEL, *op. cit.*, n° 200 ; H. LE NABASQUE, art. préc. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 332.

¹⁹⁸² Cette responsabilité est délictuelle, puisque le représentant n'est pas engagé envers le tiers contractant (Cass. Com., 09/05/1985, n° 83-15603 ; Bull. civ. IV, n° 28). Elle peut devenir contractuelle lorsque le gestionnaire s'était porté garant de l'exécution de l'acte (M. STORCK, *op. cit.*, n° 221).

¹⁹⁸³ F. JULIENNE, art. préc. ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 128 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2019, n° 504 et s.

¹⁹⁸⁴ D. VEAUX, art. préc., n° 4

¹⁹⁸⁵ D. VEAUX, art. préc., n° 11 ; M. STORCK, *op. cit.*, n° 209-210 ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », D. 2016, p. 1942, n° 36. Concernant l'hypothèse où le gestionnaire est lui-même cocontractant, qui est un « cas particuliers de détournement de pouvoir » (G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 399), cf. *supra*, n° 287.

¹⁹⁸⁶ J. FRANCOIS, art. préc.

l'ignorer.¹⁹⁸⁷ Dans ce cas, le représenté peut invoquer la nullité de l'acte.¹⁹⁸⁸ Il est vrai que cette protection reste assez faible, la preuve de la mauvaise foi ou de la négligence du tiers pouvant être difficile à produire. C'est pourquoi il peut être intéressant de prévoir des règles supplémentaires spécifiques aux différents régimes de gestion des biens d'autrui traitant des conflits d'intérêts.¹⁹⁸⁹

ii. *La sanction pénale du détournement de pouvoir*

Dans certaines situations, le détournement de pouvoir fait l'objet d'une sanction pénale en sus de la sanction civile.¹⁹⁹⁰ Il existe deux types d'infractions pénales du détournement de pouvoir : une infraction générale qui vise tout gestionnaire, et plusieurs infractions spéciales qui visent uniquement ceux ayant un statut particulier.¹⁹⁹¹ Nous nous concentrons ici sur la plus emblématique d'entre elles, l'abus de biens sociaux.

297. Abus de confiance – L'abus de confiance est une sanction générale qui punit « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. »¹⁹⁹² Elle nécessite de réunir certaines conditions : la remise acceptée d'une chose¹⁹⁹³ par une personne à une autre, qui la détourne en visant une autre

¹⁹⁸⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 393 y voient une application de la théorie de l'apparence, dans laquelle la charge de la preuve pèse sur le représenté, qui doit prouver que la croyance du tiers n'est pas légitime.

¹⁹⁸⁸ A. DANIS-FATÔME, art. préc. Déjà en ce sens, M. STORCK, *op. cit.*, n° 209 et s. ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 172 ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 331.

¹⁹⁸⁹ Cf. *supra*, n° 289. Par exemple, l'acte passé par un curateur en opposition d'intérêts est sanctionné par une nullité relative de plein droit, sur le fondement de l'article 465 C. civ. (Cass. Civ. 3^{ème}, 05/10/2017, n° 16-21973 ; Dr. fam. 2017, comm. 250, I. MARIA ; AJ fam. 2017, p. 652 ; Defrénois, 2018, p. 29, chron. D. NOGUERO ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts... », art. préc., n° 15 ; J.-M. PLAZY, art. préc.). En matière de droit des sociétés, l'article 1157 a vocation à s'appliquer aux actes réalisés par le dirigeant uniquement si aucun texte spécial ne prend en charge le détournement (A. COURET, « Nouveau régime de la représentation... », art. préc. ; G. WICKER, art. préc., n° 30).

¹⁹⁹⁰ H. MATSOPOULOU, art. préc.

¹⁹⁹¹ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 139 et s. L'auteur ajoute l'escroquerie comme infraction générale, mais même si elle comporte des éléments proches de la gestion des biens d'autrui (remise d'un bien, violation de la confiance du propriétaire), elle implique la plupart du temps un transfert de propriété, et le lien avec le détournement de pouvoir est ténu, comme il le reconnaît lui-même (*ibid.*, n° 145). V. aussi E. JOLY-SIBUET, « La responsabilité pénale de l'administrateur du bien d'autrui », Dr. et pat., 2015, n° 252.

¹⁹⁹² Art. 314-1 C. Pén.

¹⁹⁹³ La chose en question peut être n'importe quel bien, matériel ou immatériel. La question des biens consommables fait toutefois débat. La remise d'une somme d'argent ne rend pas nécessairement son détenteur propriétaire, comme l'affirme la doctrine classique (cf. *supra*, n° 97), il est donc envisageable d'appliquer l'abus de confiance dans un cas de quasi-usufruit. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2018, n° 178.

finalité que celle prévue¹⁹⁹⁴, créant ainsi un préjudice.¹⁹⁹⁵ Ces conditions sont finalement les mêmes que celles du détournement de pouvoir.¹⁹⁹⁶ Le champ d'application de ces sanctions est-il pour autant le même ? En effet, le détournement de pouvoir au sens civil dispose d'un texte spécifique en matière de représentation. L'abus de confiance s'applique également aux cas de gestion avec représentation, au regard du texte de l'article 314-1 du Code pénal.¹⁹⁹⁷ Mais il ajoute les cas où le détenteur est chargé de restituer les biens ou d'en faire un usage déterminé, ce qui couvre un spectre beaucoup plus large et peut inclure d'autres régimes de gestion des biens d'autrui. Il convient d'analyser la fonction de cette norme pour y répondre.

La finalité de l'infraction d'abus de confiance est confuse au sein de la doctrine. Certains y voient la volonté du législateur de protéger la propriété, de la même manière que le vol, se fondant sur la place de l'infraction au sein du Code pénal (parmi les infractions contre les biens).¹⁹⁹⁸ D'autres considèrent que l'abus de confiance protège la confiance accordée par une personne envers une autre.¹⁹⁹⁹ Par ailleurs, la doctrine remarque une certaine dérive de l'utilisation jurisprudentielle de l'abus de confiance, qui est invoqué en complément de la sanction civile.²⁰⁰⁰ Le droit pénal évolue vers un accessoire du droit civil, servant à sanctionner plus durement et selon d'autres biais de simples inexécutions contractuelles.²⁰⁰¹

La question du fondement de l'abus de confiance est effectivement importante pour savoir s'il convient de l'étendre à tous les régimes de gestion des biens d'autrui, en tant que

¹⁹⁹⁴ L'abus de confiance sanctionne d'autres types de détournements que celui, *stricto sensu*, du droit civil (action dans un intérêt autre que celui confié). Sont également visés la dissipation (action qui rend la restitution du bien impossible, comme sa destruction) et le refus de restituer le bien. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 186 et s.

¹⁹⁹⁵ Ce qui justifie son rapprochement avec le détournement de pouvoir, qui nécessite également que l'acte soit réalisé au détriment du représenté (T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 143).

¹⁹⁹⁶ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 141 et s.

¹⁹⁹⁷ Le texte est d'ailleurs étrangement rédigé puisqu'il mentionne : « à charge de (...) les représenter », en faisant référence aux biens confiés. Or, des biens ne peuvent être représentés, c'est bien leur propriétaire qui le sera dans les actes dont ces biens feront l'objet.

¹⁹⁹⁸ R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.*, 2012, n° 4, ét. 9 ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 176. L'auteur justifie sa faible gravité (moindre par rapport à l'escroquerie) par la « faute » réalisée par la victime (ou l'organe qui la protège) dans le choix du partenaire. La confiance du propriétaire est dans cette optique reprochée non pas au gestionnaire qui la viole mais à la victime qui n'aurait pas dû l'accorder.

¹⁹⁹⁹ Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », *RSC*, 2006, p. 809.

²⁰⁰⁰ C. DUCOULOUX-FAVARD, « Les déviations de la gestion dans nos grandes entreprises », *D.* 1996, p. 190, qui remarque que la sanction pénale du dirigeant fautif est plus facile à obtenir pour les associés minoritaires que sa sanction civile, ce qui provoque une pénalisation du droit des sociétés.

²⁰⁰¹ Y. MULLER, « La dérive jurisprudentielle du délit d'abus de confiance : la sanction pénale d'une faute civile », *D.* 2010, p. 809 ; H. MATSOPOULOU, « Abus de confiance : les « dérives jurisprudentielles », *RSC*, 2013, p. 813 ; L. SAENKO, « Abus de confiance et inexécution contractuelle : liaisons (plus que) dangereuses ! », *RTD com.*, 2017, p. 717. *Contra*, R. OLLARD, art. préc., qui interprète la jurisprudence récente comme une assimilation entre remise précaire et absence de libre disposition. Ainsi, l'abus de confiance ne pourrait s'appliquer que lorsque le détenteur du bien n'en a pas la libre disposition (au sens que nous avons retenu *supra*, n° 159), sans quoi il n'est pas détenteur précaire, qu'il soit ou non qualifié de propriétaire.

sanction de la déloyauté du gestionnaire. Pour y répondre, il convient de se pencher sur les conditions préalables de l'infraction : la remise d'un bien et la charge de le rendre, de le représenter ou d'en faire un usage déterminé. Pour la doctrine, l'abus de confiance ne peut s'appliquer lorsque le bien a été remis « en pleine propriété », dans la mesure où aucune charge ne peut peser sur le propriétaire dans l'usage de son bien.²⁰⁰² Mais cela dépend de la définition retenue de la propriété.²⁰⁰³ Selon une conception classique, celui qui a le pouvoir de disposition est considéré comme étant le véritable propriétaire. Le fiduciaire, assimilé au propriétaire, ne peut alors pas être sanctionné pour abus de confiance.²⁰⁰⁴ Mais si l'on conçoit la propriété comme le bénéfice prioritaire des utilités d'un bien, alors le fiduciaire n'est pas propriétaire et peut être l'auteur d'un abus de confiance.²⁰⁰⁵ Il nous semble effectivement que l'abus de confiance a vocation à sanctionner le détournement d'un bien par celui qui le gère.²⁰⁰⁶ Pour cela, il faut que le gestionnaire du bien soit soumis à une finalité particulière. Or, c'est ce qui arrive en matière de gestion des biens d'autrui. La victime est donc bien le propriétaire, alors que l'auteur est le gestionnaire, et cette infraction a une finalité spécifique : protéger la confiance accordée par le propriétaire envers le gestionnaire. Il y a donc tout lieu de retenir cette infraction lorsqu'un gestionnaire, quelle que soit sa qualité²⁰⁰⁷, est déloyal envers le propriétaire.²⁰⁰⁸

²⁰⁰² C'est la raison pour laquelle le compte-titre est qualifié de dépôt, la jurisprudence acceptant d'y appliquer l'abus de confiance (Cass. Crim., 30/05/1996, Bull. crim., n° 224 ; Rev. Soc. 1996.806, obs. B. BOULOC ; B. BOULOC, « La responsabilité en matière de gestion de titres », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, LexisNexis, 1999, p. 437-447).

²⁰⁰³ Cf. *supra*, n° 61.

²⁰⁰⁴ Dans ce sens, E. JOLY-SIBUET, art. préc. ; Y. MULLER, « Abus de confiance et remise en pleine propriété : un désordre jurisprudentiel », D. 2010, p. 2494.

²⁰⁰⁵ R. OLLARD, « La fiducie : aspects de droit pénal », RSC, 2009, p. 545 ; « Abus de confiance et inexécution contractuelle : la Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon ? », RDC, 2017, p. 102. Il nous semble que le fiduciaire est plutôt un représentant du propriétaire, et entre ainsi pleinement dans le champ d'application de l'article 314-1 C. Pén., cf. *infra*, n° 356.

²⁰⁰⁶ Un auteur critique cette conception en y voyant une autonomisation à outrance du droit pénal, qui comprendrait alors sa propre notion de propriété, distincte de celle du droit civil (L. SAENKO, « Abus de confiance, inexécution contractuelle et remise précaire : le calme après la tempête ? », RTD com., 2018, p. 494, en réponse à P. CONTE, note sous Cass. Crim., 22/02/2017, Dr. pén., 2017, n° 5, comm. 70). Il n'en est rien puisque c'est en partant de la notion civile de propriété (certes redéfinie) que nous aboutissons à son application en droit pénal (v. également R. OLLARD, « Abus de confiance et inexécution contractuelle : la Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon ? », art. préc.).

²⁰⁰⁷ V. toutefois *infra*, n° 299 et s. pour les propriétés collectives. Un auteur exclut également les cas où la détention n'est pas « acceptée », c'est-à-dire lorsque la loi impose la gestion des biens d'autrui au gestionnaire, et notamment l'administration des biens du mineur par ses parents, l'administration des biens propres du conjoint ou communs, ou l'indivision légale (M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 182). Il est vrai que l'acceptation de la remise est une condition superfétatoire, qui semble restreindre inutilement le champ d'application de l'article. Mais c'est surtout l'immunité familiale (art. 311-12 et 314-14 C. Pén.) qui empêche son application aux relations entre parents et conjoints.

²⁰⁰⁸ Dans le même sens, R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance... », art. préc. La dérive jurisprudentielle citée plus haut existe néanmoins réellement, dans la mesure où la Cour de cassation tend à sanctionner l'abus de confiance lorsqu'un cocontractant dispose d'un acompte versé par son partenaire sans

298. Abus de biens sociaux – Plusieurs infractions viennent sanctionner les détournements accomplis par des gestionnaires ayant une qualité particulière.²⁰⁰⁹ Elles sont apparues en raison du champ d'application limité de l'ancien article 408 du Code pénal, régissant l'abus de confiance, qui dénombrait une liste de six contrats pouvant donner lieu à cette infraction ; du développement des relations commerciales et de la nécessité de garantir la confiance entre cocontractants ; et de la faiblesse des sanctions civiles du détournement de pouvoir.²⁰¹⁰ Pour contrer ces lacunes, un décret-loi du 8 août 1935 créa deux nouvelles infractions : le délit d'abus des biens ou du crédit d'une société²⁰¹¹, et celui d'abus des pouvoirs ou des voix²⁰¹², communément nommées « abus de biens sociaux ». ²⁰¹³ Elles visent spécifiquement les dirigeants de sociétés de capitaux²⁰¹⁴ et s'appliquent prioritairement à l'abus de confiance en cas de cumul de qualifications.²⁰¹⁵ De nombreuses personnes morales en sont cependant exclues et continuent de tomber sous le coup de l'abus de confiance²⁰¹⁶, ce que critique une part de la doctrine²⁰¹⁷, dans la mesure où les éléments constitutifs des infractions ne sont pas les mêmes (par exemple, l'abus de confiance ne sanctionne pas le détournement du crédit social), comme leurs sanctions, et le raisonnement de la jurisprudence s'inspire largement

exécuter la prestation prévue (ex. : Cass. Crim., 03/02/2016, n° 14-83427, Rev. Soc. 2016. 454, note H. MATSOPOULOU ; RSC 2016. 280, obs. H. MATSOPOULOU ; RTD com. 2016. 568, obs. L. SAENKO). Dans ce contexte, il est évident que l'acompte versé l'est en pleine propriété et qu'il ne s'agit que d'une faute contractuelle, ce qui vaut également pour les transferts fiduciaires au sens classique (cf. *supra*, n° 93). Il semblerait toutefois que cette tendance s'essouffle et que l'on revienne à une conception plus classique (L. SAENKO, « Abus de confiance : la remise de fonds en pleine propriété exclut l'abus de confiance (et *vice versa*) ! », RTD com., 2018, p. 1049). Cela ne remet en rien en cause notre thèse.

²⁰⁰⁹ On peut également mentionner la malversation (art. L. 654-12 C. com.) ou le détournement d'actif en matière de procédures collectives (art. L. 654-2, 2° C. com.). V. H. MATSOPOULOU, « Les conflits d'intérêts en droit pénal », art. préc.

²⁰¹⁰ Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », art. préc. ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 149 ; W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », J.-Cl. Soc., Fasc. 35, 2020, n° 1 et s.

²⁰¹¹ Art. L. 241-3, 4° et L. 242-6, 3° C. com. Sur l'abus de crédit social, v. M. DAGOT, C. MOULY, art. préc.

²⁰¹² Art. L. 241-3, 5° et L. 242-6, 4° C. com.

²⁰¹³ Ces deux infractions sont assimilées dans la mesure où l'abus de pouvoir ou de voix n'est qu'un moyen d'aboutir au détournement de biens ou de crédit sociaux, sanctionné même en l'absence de préjudice. W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », J.-Cl. Soc., Fasc. 35, 2020, n° 14 et s.

²⁰¹⁴ Les textes précédents s'appliquent aux sociétés anonymes et à responsabilité limitée, mais d'autres visent les sociétés en commandite par actions (art. L. 243-1 C. com.), les sociétés par actions simplifiées (art. L. 244-1 C. com.), les sociétés coopératives (art. 26 L. n° 47-1775 du 10/09/1947), les sociétés d'assurance (art. L. 328-3 C. assu.), les sociétés de construction (art. L. 241-6 CCH), les sociétés civiles de placement immobilier (art. L. 231-11 C. mon. fin.), les sociétés d'exercice libéral (L. n° 90-1258 du 31/12/1990) et les sociétés européennes (art. L. 246-2 C. com.).

²⁰¹⁵ L. GODON, « Abus de confiance et abus de biens sociaux », Rev. Soc., 1997, p. 289 ; W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », J.-Cl. Soc., Fasc. 35, 2020, n° 6.

²⁰¹⁶ Il s'agit des personnes morales autres que les sociétés, et les sociétés de personnes (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple, sociétés en participation et sociétés créées de fait).

²⁰¹⁷ L. GODON, art. préc. ; P. CONTE, « L'abus de confiance commis au sein d'une personne morale échappant à la qualification d'abus de biens sociaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 231-240.

de l'abus de biens sociaux.²⁰¹⁸ Nous adhérons à la proposition d'un auteur d'étendre la sanction d'abus de biens sociaux à toutes les personnes morales exerçant une activité économique.²⁰¹⁹ En effet, l'abus de biens sociaux sanctionne le détournement de pouvoir réalisé par le dirigeant social en s'adaptant aux particularités du droit des personnes morales, puisqu'il y intègre l'usage frauduleux du crédit social et un outil propre à ce domaine, le détournement de voix. Par ailleurs, il est fait spécifiquement référence dans les textes à un comportement favorisant l'intérêt personnel du dirigeant ou d'un tiers au détriment de l'intérêt social, qui se confond avec l'intérêt des copropriétaires.²⁰²⁰ L'abus de biens sociaux est par conséquent une véritable sanction spéciale de la déloyauté adaptée aux dirigeants sociaux.²⁰²¹ En cela, son champ d'application matériel est plus large que ceux de l'abus de confiance et du détournement de pouvoir civil.

La sanction de la déloyauté dans les régimes de gestion de biens d'autrui faisant appel à la représentation passe par le détournement de pouvoir sur le plan civil, qui permet l'engagement de la responsabilité civile du gestionnaire et l'annulation de l'acte. Sur le plan pénal, plusieurs infractions permettent de sanctionner le gestionnaire déloyal. L'abus de confiance est une infraction générale susceptible de toucher tout gestionnaire des biens d'autrui, sous réserve d'application d'une infraction spéciale telle que l'abus de biens sociaux, dont les éléments constitutifs sont plus larges et adaptés au droit des personnes morales. Il convient de comparer ces sanctions aux régimes de gestion sans représentation.

²⁰¹⁸ Cass. Crim., 19/05/2016, n° 14-83893 ; JurisData n° 2016-009314 ; Dr. pén. 2016, comm. 121, obs. P. CONTE ; Cass. Crim., 20/06/2016, n° 15-86964 ; JurisData n° 2016-012835 ; Dr. pén. 2016, comm. 121, obs. P. CONTE.

²⁰¹⁹ P. CONTE, art. préc.

²⁰²⁰ Cf. *supra*, n° 187. Il convient toutefois de constater que la jurisprudence criminelle adopte une conception très large de l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux (v. notamment Cass. Crim., 19/10/1971, Bull. crim., n° 272 ; Cass. Crim., 08/03/1967, D. 1967, p. 587 note A. DALSACE ; Cass. Crim., 30/09/1991 ; Rev. Soc., 1992, p. 356, note B. BOULOC), ce qui se conçoit dans la mesure où le droit pénal a vocation à protéger l'intérêt général et non uniquement l'intérêt privé des associés. Sont particulièrement sanctionnés les actes illicites, l'atteinte à l'intérêt social semblant relativement secondaire (Cass. Crim., 22/04/1992, Bull. crim. n° 169 ; Dr. pén. 1993, comm. n° 115, obs. J.-H. ROBERT ; Rev. Soc., 1993, p. 124, note B. BOULOC ; Cass. Crim., 27 /10/1997, Dr. pén., 1998, comm. 21, obs. J.-H. ROBERT). V. G. MATHIEU, « L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux », Gaz. Pal., 2002, n° 183, p. 7 ; R. OLLARD, « L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ? », Dr. pén., 2009, n° 9, ét. 19 ; H. MATSOPOULOU, « Les conflits d'intérêts en droit pénal », art. préc. (qui critique cette extension lorsque l'acte est illicite mais profite à la société) ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 152.

²⁰²¹ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 155.

B) La déloyauté dans la gestion sans représentation²⁰²²

Il est plus difficile de sanctionner la déloyauté lorsque la gestion se fait sans représentation, puisque le gestionnaire est copropriétaire ou possède un droit sur le bien administré. Il est donc normal qu'il puisse en user conformément à son intérêt personnel. Néanmoins, lorsqu'il réalise un acte de gestion, il doit tenir compte de l'intérêt de ses pairs ou du propriétaire, ce qui limite ses prérogatives. Il est possible qu'il réalise un acte déloyal en recherchant son intérêt propre au détriment de celui des autres (ou du véritable) propriétaires. La sanction ne sera cependant pas la même que celle vue précédemment. Il convient de distinguer la déloyauté commise par un copropriétaire (i.) et celle commise par le titulaire d'un droit sur la chose d'autrui (ii.).

i. La sanction de la déloyauté d'un copropriétaire

299. Déloyauté et copropriété – Est déloyal le copropriétaire qui privilégie son intérêt au détriment de celui de ses pairs. Pour l'apprécier, il faut au préalable déterminer quel est l'intérêt de l'ensemble des copropriétaires et en quoi il se distingue de celui du copropriétaire individuel. Nous avons déjà abordé cet aspect et en avons conclu que l'intérêt commun s'exprimait de différentes manières selon la qualité du groupement, mais qu'il impliquait dans tous les cas le postulat d'une adéquation avec l'ensemble des intérêts individuels.²⁰²³ Par conséquent, la gestion dans l'intérêt commun implique nécessairement la satisfaction de l'intérêt personnel. Mais l'inverse n'est pas forcément vrai. Le comportement déloyal consiste dans ce contexte à prendre délibérément une décision (ou y faire obstacle) dans l'intérêt d'un seul membre ou d'une seule partie des membres du groupement, au détriment des autres. La déloyauté est sanctionnée différemment selon la qualité du groupement en cause, car elle dépend du mode d'expression de l'intérêt commun.

300. Groupements ayant la personnalité morale – Dans les groupements titulaires de la personnalité morale, l'intérêt commun s'exprime à travers le vote au sein d'assemblées

²⁰²² La gestion déloyale sans représentation peut également passer par l'accomplissement d'actes matériels ou au contraire par la passivité du gestionnaire. Imaginons par exemple un mandataire qui refuse de contracter avec un tiers au nom du propriétaire pour profiter lui-même de l'offre proposée, ou un tuteur qui use des biens de la personne protégée sans contrepartie. Il s'agit alors de faits juridiques qui peuvent entraîner l'engagement de la responsabilité du gestionnaire, selon les règles propres à chaque régime (cf. *infra*, n° 383 et s.).

²⁰²³ Cf. *supra*, n° 183 et s.

générales. Le comportement déloyal consiste, de la part des membres du groupements, à orienter les votes dans une direction qui profite à certains d'entre eux uniquement au détriment des autres, ce qui constitue un abus de majorité ou de minorité.²⁰²⁴ L'exemple le plus souvent cité est celui de la mise en réserve systématique des bénéfices pour l'abus de majorité.²⁰²⁵ Il peut entraîner la nullité de l'acte sur le fondement de la violation de l'intérêt social²⁰²⁶ et l'engagement de la responsabilité délictuelle des associés majoritaires.²⁰²⁷ Lorsque l'abus est négatif (obstacle à la réalisation d'un acte nécessaire pour satisfaire des intérêts privés), ce qui est le cas pour l'abus de minorité²⁰²⁸, aucun acte n'est réalisé donc la sanction ne peut viser que la personne de l'associé à travers l'engagement de sa responsabilité civile.²⁰²⁹ Pénalement, les associés ne sont pas en soi visés par les textes sanctionnant l'abus de biens sociaux, à moins qu'ils soient dirigeants également (mais c'est à ce titre qu'ils seront sanctionnés). En revanche, ils peuvent tout à fait commettre un abus de confiance.²⁰³⁰

301. Indivision – La gestion de l'indivision est assez complexe puisqu'elle passe par plusieurs mécanismes différents, qui peuvent entraîner plus ou moins de détournements.²⁰³¹ D'abord, l'indivision n'a pas la personnalité morale et n'est pas un patrimoine affecté, ce qui implique que sa gestion n'est pas soumise à un intérêt objectif spécifique mais seulement à l'intérêt commun des co-indivisaires.²⁰³² Ensuite, la gestion de l'indivision se fait par la voie

²⁰²⁴ D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés », RTD com., 1994, p. 617 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 136. Des mécanismes préventifs sont néanmoins mis en place pour éviter que de tels abus interviennent, comme l'interdiction pour tout associé intéressé de participer au vote (ex. : art. L. 225-40 et L. 225-88 C. com. pour les conventions réglementées). Sur l'évolution de cette réglementation en matière de sociétés commerciales, v. A. BENNINI, « L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, *op. cit.*, p. 155-170.

²⁰²⁵ Ex. : Cass. Com., 06/06/1990, Bull. civ. IV, n° 171 ; Rev. Soc. 1990, p. 606, obs. Y. CHARTIER ; Bull. Joly 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; D. 1992. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE. V. J.-P. SORTAIS, « Abus de majorité, minorité, égalité », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 13 et s. pour d'autres exemples.

²⁰²⁶ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 136. De même, la décision d'une assemblée générale de copropriétaires peut être annulée en cas d'abus de majorité assimilé à un détournement de pouvoir (Cass. Civ. 3^{ème}, 11/05/2006, n° 05-10924 ; D. 2006. 2373, note C. ATIAS). V. toutefois les inquiétudes de B. DONDERO, « La loi PACTE du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ? », D. 2019. 1349.

²⁰²⁷ Cass. Com., 06/06/1990, arrêt préc. M.-P. LAMOUR, « La responsabilité personnelle des associés », D. 2003, p. 51.

²⁰²⁸ L'abus d'égalité est assimilé à l'abus de minorité.

²⁰²⁹ Cass. Com., 27/06/1997 ; Dalloz Affaires 1997, p. 836 ; D. 1998. 182, obs. J.-C. HALLOUIN. Un mandataire *ad hoc* peut également être nommé, cf. *supra*, n° 288. Pour des exemples d'abus de minorité, v. J.-P. SORTAIS, « Abus de majorité, minorité, égalité », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 59 et s.

²⁰³⁰ Cass. Crim., 22/03/2017, n° 16-82415 ; Rev. Soc., 2018. 193, note B. BOULOC.

²⁰³¹ Le détournement peut également avoir lieu avant toute gestion, lors de la composition de l'indivision, à travers le recel successoral, qui consiste à dissimuler l'existence de biens successoraux pour se les approprier (art. 778 C. civ.). V. R. LE GUIDEC, G. CHABOT, « Succession : transmission », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 244.

²⁰³² Cf. *supra*, n° 187.

de la représentation²⁰³³, ce qui opère un renvoi aux règles précédentes. Enfin, les règles de gestion des biens indivis sont relativement strictes, ce qui réduit les situations de détournement possibles. En effet, en principe, les décisions sont prises à l'unanimité.²⁰³⁴ Dans ce cas, le détournement est impossible puisque la décision prise est justifiée par l'intérêt commun des indivisaires.²⁰³⁵

Certains actes peuvent cependant être conclus par un indivisaire seul²⁰³⁶ ou à la majorité des deux tiers des parts.²⁰³⁷ L'indivisaire seul ne peut accomplir que des actes conservatoires, qui ne seront qualifiés comme tels que s'ils sont réellement nécessaires. L'alinéa 2 de l'article 815-2 du Code civil précise qu'il peut pour cela utiliser des fonds indivis, et qu'il est présumé en avoir la libre disposition auprès des tiers. On peut en déduire qu'un acte réalisé par un indivisaire seul, en se prévalant de ce texte pour détourner des biens indivis, ne pourrait être annulé dès lors que le tiers serait de bonne foi ; mais engagerait la responsabilité de son auteur envers les autres indivisaires. Il serait également possible d'annuler l'acte en cas de mauvaise foi du tiers, du fait de la fraude réalisée. Finalement, la sanction de l'article 1157 du Code civil pourrait s'appliquer de manière tout à fait pertinente.²⁰³⁸

Les actes accomplis grâce à la majorité des deux tiers peuvent éventuellement servir à réaliser un détournement. Mais là aussi, leur liste est limitée, ce qui réduit les risques. Par ailleurs, il est prévu que l'acte soit inopposable aux autres indivisaires s'ils n'en ont pas été informés.²⁰³⁹ *A contrario*, on en déduit que s'ils sont informés, l'acte leur est opposable. Mais *quid* de l'acte déloyal pour lequel les autres indivisaires ont été informés ? Il semblerait que l'acte ne puisse pas être attaqué en principe, dans la mesure où le tiers de bonne foi ne peut pas avoir conscience de la faute. Mais s'il est de mauvaise foi, il devrait être possible de l'annuler sur le fondement de la fraude. On retrouve encore une fois la sanction de l'article 1157 du Code civil.

²⁰³³ J.-L. COSTES, « La représentation dans la gestion d'une indivision », JCP G, 1985, p. 3181. En dehors de la convention d'indivision, qui permet de réorganiser la gestion de manière plus précise, un mandat peut être contracté avec un ou plusieurs indivisaires ou avec un tiers, et à défaut, un mandat tacite est reconnu si un indivisaire gère les biens au vu et au su des autres (art. 815-3 C. civ.). Par ailleurs, un indivisaire peut agir en représentation d'un autre sur le fondement de la gestion d'affaires (art. 815-4 C. civ.).

²⁰³⁴ Art. 815-3 al. 3 C. civ.

²⁰³⁵ Cf. *supra*, n° 184.

²⁰³⁶ Art. 815-2 C. civ.

²⁰³⁷ Art. 815-3 al. 1 C. civ.

²⁰³⁸ Une telle situation a toutefois peu de chances d'advenir, en raison de la nature conservatoire des actes. En effet, le critère de qualification de tels actes est leur nécessité (cf. *supra*, n° 234). Si ce critère n'est pas rempli, il s'agit d'un dépassement de pouvoir et l'acte est nul. On peut toutefois imaginer la situation où des travaux sont nécessaires pour entretenir un bien indivis, et qu'un indivisaire contracte pour ces travaux avec une société dans laquelle il a un intérêt en surfacturant les prestations réalisées.

²⁰³⁹ Art. 815-3 al. 2 C. civ.

Enfin, précisons que lorsque la déloyauté s'exerce par le blocage d'une décision au détriment de l'intérêt commun, il est possible de passer outre en ayant recours à l'intervention judiciaire.²⁰⁴⁰

302. Communauté conjugale – La sanction de la déloyauté dans le cadre de la communauté conjugale a fait l'objet de débats.²⁰⁴¹ L'article 1421 du Code civil prévoit que la gestion des biens communs doit se faire « sans fraude ». ²⁰⁴² Or, la fraude consiste en l'accomplissement d'actes matériels dans une intention autre que celle prévue par le texte, plus précisément ici « dans le but de nuire à son conjoint ou de satisfaire des fins strictement personnelles et étrangères à l'intérêt commun »²⁰⁴³, ce qui peut être assimilé à un détournement de pouvoir.²⁰⁴⁴ Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence exigent pour sanctionner l'acte frauduleux que le tiers soit de mauvaise foi²⁰⁴⁵, étant entendu qu'il doit simplement avoir connaissance du préjudice subi par le conjoint.²⁰⁴⁶ La sanction applicable n'est pas véritablement tranchée²⁰⁴⁷, et la majorité des auteurs penche pour l'inopposabilité, d'après une lecture a contrario de l'article 1421 du Code civil (qui dispose que « les actes accomplis sans fraude par l'un des conjoints sont opposables à l'autre »).²⁰⁴⁸

Faut-il soumettre le détournement de pouvoir accompli par un conjoint à la sanction de l'article 1157 du Code civil ? Techniquement, il ne s'y applique pas dans la mesure où la gestion des biens communs ne se réalise pas par un mécanisme de représentation au sens strict, la

²⁰⁴⁰ Art. 815-5 al. 3 C. civ.

²⁰⁴¹ T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 135. Précisons que le détournement de pouvoir n'est pas sanctionnable pénalement par l'abus de confiance entre conjoints, du fait de l'immunité familiale, sauf si une mesure de protection se superpose à la relation conjugale (art. 314-14 C. pén.).

²⁰⁴² Les remarques qui suivent concernent la gestion des biens communs. Lorsqu'un époux gère les biens propres de l'autre, il le fait *via* le mécanisme de représentation (mandat entre époux ou mandat tacite, art. 1432 C. civ.), ce qui implique que l'article 1157 C. civ. lui est applicable. Cela vaut également pour les époux séparés de biens (art. 1540 C. civ.). A défaut de mandat ou de pouvoir légal, les règles de la gestion d'affaires peuvent également s'appliquer (Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/1985, n° 84-10097, Bull. civ. I, n° 86).

²⁰⁴³ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 504.

²⁰⁴⁴ E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 125 et s. ; F. CHEVALLIER-DUMAS, « La fraude dans les régimes matrimoniaux », *RTD civ.*, 1979, p. 40 ; D. ALBCHERAOU, « Nullité ou inopposabilité des actes frauduleux accomplis dans la gestion de la communauté », *JCP N*, 1993, 100953 ; T. DOUVILLE, *op. cit.*, n° 135 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 6^{ème} éd., 2017, n° 428.

²⁰⁴⁵ Cass. Com., 28/01/1992, n° 90-17389, Bull. civ. IV, n° 36 ; D. 1993. 23, note J. PAGES ; *JCP G* 1993. II. 21994, note A. TISSERAND.

²⁰⁴⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 29/05/1985, Bull. civ. I, n° 163 ; *Gaz. Pal.*, 1985. 2. 257, note A. PIEDELIEVRE.

²⁰⁴⁷ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 507. Précisons que si le détournement s'accompagne d'un dépassement de pouvoir, la nullité de l'article 1427 C. civ. prime car la sanction de la fraude n'est que subsidiaire (Cass. Civ. 1^{ère}, 23/03/2011, n° 09-66512 ; D. 2011. 2624, note J. REVEL ; *AJ fam.*, 2011. 382, obs. P. HILT ; *Rev. Soc.*, 2011. 488, note E. NAUDIN ; *JCP G* 2011. 1371, obs. P. SIMLER).

²⁰⁴⁸ D. ALBCHERAOU, art. préc. ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 507.

communauté n'ayant pas la personnalité morale.²⁰⁴⁹ On pourrait par ailleurs faire valoir que la sanction classiquement appliquée à un acte qui porte préjudice à un tiers est l'inopposabilité, la nullité relative étant réservée aux parties à l'acte.²⁰⁵⁰ Il nous semble cependant qu'il n'y a aucune raison de l'écarter, afin d'assurer une certaine cohérence et sécurité juridique dans la sanction des différents détournements de pouvoirs. Les conditions de l'article 1157 et celles exigées par la jurisprudence pour la fraude de l'article 1421 sont sensiblement les mêmes : un acte accompli dans le cadre de ses pouvoirs par un gestionnaire qui agit dans un intérêt autre que celui du propriétaire, et dont le tiers connaît ou ne peut ignorer les conséquences préjudiciables pour le propriétaire. Par ailleurs, certains textes accordent une action en nullité relative à l'époux qui n'est pas auteur d'un acte.²⁰⁵¹ Dans la mesure où il est copropriétaire des biens objets du contrat, une vision large de la qualité de partie pourrait être pertinente et justifier l'application de l'article 1157.²⁰⁵² Il convient dès lors d'harmoniser les sanctions et d'admettre que l'acte frauduleux accompli par le conjoint est sanctionné par la nullité, mais pas celle de l'article 1427 du Code civil, qui est une sanction spécifique au dépassement de pouvoir d'un époux commun en biens. Une nullité relative de droit commun, prescrite par cinq ans et pouvant faire l'objet d'une confirmation si le conjoint victime le souhaite²⁰⁵³, et à la condition que le tiers ait connaissance du détournement.²⁰⁵⁴ L'application de la sanction de l'article 1157 se justifie pleinement dans la mesure où la situation est semblable, les mêmes causes entraînant les mêmes conséquences.

Ainsi, il semblerait que lorsque le groupement est dépourvu de personnalité morale, il est envisageable d'appliquer la même sanction du détournement de pouvoir qu'en cas de représentation. En revanche, lorsqu'il est personnifié, le passage par le vote en assemblée générale implique d'adopter une sanction spécifique, l'abus de droit de vote.

²⁰⁴⁹ Sur ce point, v. nos développements *infra*, n° 362.

²⁰⁵⁰ Art. 1181 C. civ. : « La nullité relative ne peut être demandée que par la *partie* que la loi entend protéger. » Nous soulignons. Dans ce sens, D. ALBCHERAOUÏ, art. préc.

²⁰⁵¹ Art. 262-2 et 1427 C. civ.

²⁰⁵² Cf. *infra*, n° 357 et s.

²⁰⁵³ Art. 1182 C. civ.

²⁰⁵⁴ Si le tiers est de bonne foi, l'acte ne peut être annulé mais l'époux auteur devra une compensation à l'époux victime au titre des récompenses de l'article 1437 C. civ., dans la mesure où il a retiré un profit personnel de l'acte. Il pourrait également engager sa responsabilité personnelle, selon l'article 1421 C. civ., si l'époux victime prouve qu'il a subi un préjudice en raison de cet acte.

ii. *La sanction de la déloyauté du titulaire d'un droit sur la chose d'autrui*

303. Confusion entre dépassement et détournement de pouvoir – La sanction de la déloyauté est plus complexe en matière de droits sur la chose d'autrui.²⁰⁵⁵ En effet, dans ce contexte, le titulaire peut user et administrer le bien pour son propre compte dans la mesure de ce que lui permet son droit. Il a par ailleurs des obligations lui imposant d'accomplir certains actes de gestion. Comme il n'agit pas en représentation du propriétaire, ses actes ont un impact relativement limité sur ce dernier. L'intervalle dans lequel pourrait s'établir un détournement est alors assez restreint. Il peut cependant advenir, au prix d'une confusion avec le dépassement de pouvoir.

Dans le cas de l'usufruit notamment, les pouvoirs de l'usufruitier sont limités par le respect de la substance du bien.²⁰⁵⁶ Or, la substance est assimilée à la destination du bien, à la valeur que lui attribue le propriétaire.²⁰⁵⁷ Par conséquent, le détournement de l'usage préconisé dans l'intérêt personnel de l'usufruitier au détriment de celui du propriétaire constitue également un dépassement de ses pouvoirs et une violation de son obligation de conservation.²⁰⁵⁸ La sanction civile d'un tel comportement est double : engagement de la responsabilité de l'usufruitier et/ou déchéance de l'usufruit.²⁰⁵⁹ Quant à l'acte réalisé, la sanction qui lui sera appliquée sera celle du dépassement de pouvoir.²⁰⁶⁰ Pénalement, l'usufruitier est susceptible de commettre un abus de confiance puisqu'il détient des biens, fonds ou valeurs qui lui ont été remis à charge de les rendre ou d'en faire un usage déterminé.²⁰⁶¹

304. Conclusion – Ainsi, la sanction de la déloyauté semble être la même pour la grande majorité des régimes de gestion des biens d'autrui, qu'il s'agisse des mécanismes fondés sur la représentation du fait du droit commun de l'article 1157 du Code civil, ou des propriétés collectives sans personnalité morale sous couvert de sanction de la fraude. La nullité relative de l'acte sous condition de mauvaise foi du tiers et l'engagement de la responsabilité civile du

²⁰⁵⁵ Excluons dès à présent le détournement de gage (art. 314-5 C. pén.) qui ne peut être commis que par le propriétaire du bien mis en gage en violation des droits du créancier. Il ne s'agit donc pas d'un cas de gestion des biens d'autrui.

²⁰⁵⁶ Art. 578 C. civ.

²⁰⁵⁷ Cf. *supra*, n° 99.

²⁰⁵⁸ Pour un exemple de dissipation de valeurs mobilières : Cass. Civ. 1^{ère}, 16/06/2011, n° 10-17898 ; RTD civ., 2011. 570, obs. T. REVET.

²⁰⁵⁹ Art. 618 C. civ. F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 848.

²⁰⁶⁰ Cf. *supra*, n° 295. Elle dépend de la nature du bien (meuble ou immeuble) et de l'acte et de la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

²⁰⁶¹ R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance... », art. préc., n° 8.

gestionnaire sont en effet des sanctions pertinentes pour la plupart de ces régimes. Seuls les groupements personnifiés et les droits sur la chose d'autrui impliquent des sanctions différentes. Les premiers parce qu'ils font appel au vote pour la prise de décision, et c'est l'abus de ce droit qui est sanctionné plutôt que le détournement qui en est le résultat. Les seconds en raison de la stricte limitation des prérogatives du titulaire du droit fondée sur la destination conférée au bien, ce qui invite à confondre le dépassement et le détournement de pouvoir. Pénalement, l'infraction d'abus de confiance semble être applicable par principe à tous les régimes de gestion des biens d'autrui, sauf dans certaines sociétés en raison de l'existence d'une infraction spéciale, l'abus de biens sociaux, et en matière familiale en raison de l'immunité accordée par la loi. Il convient à présent de s'intéresser aux actes qui ne sont ni des dépassements de pouvoir, ni des détournements.

III La faute de gestion

La faute de gestion est le terme générique renvoyant à tout type de faute commise par un gestionnaire qui n'est pas la violation d'une obligation spécifique. Sa sanction est directement fondée sur la violation du principe de diligence.²⁰⁶² C'est pourquoi tous les régimes de gestion des biens d'autrui y font référence.²⁰⁶³ Elle engage la responsabilité civile de celui qui la commet.²⁰⁶⁴ Pour qu'il y ait faute, il faut cependant qu'existe une norme qui aurait été violée. La faute de gestion consiste ainsi en la violation de l'obligation du gestionnaire de satisfaire l'intérêt du propriétaire. Afin d'identifier les comportements assimilables à des fautes de gestion, nous devons donc déterminer la nature de l'obligation inexécutée (A), avant d'analyser l'appréciation de la faute (B).

A) La nature de l'obligation du gestionnaire

305. Obligations de moyens et de résultat – Sanctionner la faute du gestionnaire nécessite de déterminer quelle obligation il a violée. On en distingue deux types.²⁰⁶⁵ Les

²⁰⁶² Cf. *supra*, n° 202.

²⁰⁶³ Ex. : art. 1992 C. civ. (mandat) ; art. 386 C. civ. (administration légale) ; art. 421 C. civ. (droit des personnes protégées) ; art. 815-13 al. 2 C. civ. (indivision) ; art. 1421 C. civ. (communauté légale) ; art. 1850 C. civ., L. 223-22, L. 225-251 et L. 651-2 C. com. (dirigeant de société) ; art. 2026 C. civ. (fiducie)...

²⁰⁶⁴ On s'intéresse ici à l'identification de cette faute, sa réparation sera abordée *infra*, n° 315.

²⁰⁶⁵ Distinction proposée pour la première fois par R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, A. Rousseau, t. 5, 1925, n° 1237. V. H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », RTD civ., 1936, p. 1 ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd.,

premières, les obligations de résultat, ne sont remplies que si l'obligation a été entièrement exécutée. Le simple fait que le propriétaire ne soit pas entièrement satisfait entraîne une sanction. Il lui suffit alors de constater que le résultat de la gestion n'est pas celui attendu. C'est la raison pour laquelle la doctrine considère que la charge de la preuve pèse sur le débiteur dans cette situation.²⁰⁶⁶ Les secondes, les obligations de moyens, nécessitent la démonstration d'un manque de diligence de la part du gestionnaire pour être sanctionnées. Le propriétaire a alors la charge de la preuve de ce manquement.

Pour savoir si une faute de gestion a été commise, il faut en premier lieu déterminer la nature de l'obligation violée. Or, le critère de distinction entre obligations de résultat et de moyens n'est pas évident. On sait que certaines obligations pesant sur le gestionnaire sont de résultat. C'est le cas de l'obligation d'information sur l'avancement de sa gestion²⁰⁶⁷, de son obligation de conservation²⁰⁶⁸, et de toute autre obligation ponctuelle imposée par le régime auquel il est soumis.²⁰⁶⁹ Mais en dehors des obligations spéciales et identifiables, peut-il être soumis à une obligation générale de résultat dans sa mission de satisfaire l'intérêt du propriétaire ?²⁰⁷⁰

2018, n° 52 et s. et n° 589 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations, op. cit.*, n° 846 et s. Pour une critique et un possible abandon de cette distinction, v. *ibid.*, n° 858.

²⁰⁶⁶ Il peut toutefois s'exonérer en prouvant que la cause de l'inexécution est due à un cas de force majeure (art. 1231-1 C. civ.) ou que le dommage ne lui est pas entièrement imputable (faute du propriétaire). V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 19/03/1996, n° 94-14934, Bull. civ. I, n° 140 ; RTD com. 1996. 708, obs. B. BOULOC. V. S. PIEDELIEVRE, « Remarques sur la responsabilité en matière de gestion de portefeuille », RLDC, 2010, n° 77.

²⁰⁶⁷ Cf. *infra*, n° 331.

²⁰⁶⁸ V. pour un locateur d'ouvrage Cass. Civ. 1^{ère}, 24/03/1993, n° 91-16019, Bull. civ. I, n° 121 ; JCP 1993. IV. 1354. Cf. *infra*, n° 327. *Contra*, C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 599. La raison de cette contradiction vient de la distinction que ces auteurs font entre la présomption de faute et l'obligation de résultat (*ibid.*, n° 590-591) : selon eux, dans le cas d'une obligation de résultat, non seulement le débiteur a la charge de la preuve de sa bonne exécution, mais surtout il ne peut pas s'exonérer en prouvant n'avoir commis aucune faute, il ne peut le faire qu'en démontrant l'absence de causalité entre son action et le dommage, ce qui en fait une responsabilité sans faute. Nous préférons reprendre l'explication de Tunc, selon laquelle la distinction repose sur l'objet de l'obligation : celle de résultat a pour objet le résultat de l'action, alors que celle de moyens a pour objet le comportement du débiteur (A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », JCP, 1945, I, 449). Le fait qu'une obligation soit de résultat n'empêche pas selon nous le débiteur de prouver qu'il n'a commis aucune faute, comme dans le cadre de l'obligation de conservation, mais entraîne simplement une présomption simple de faute. Dans un sens proche, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations, op. cit.*, n° 849, qui distinguent les obligations de résultat allégées (exonération par la preuve d'une absence de faute), simples (exonération par la preuve d'une cause étrangère) ou renforcées (exonération seulement par la preuve de certains cas de force majeure).

²⁰⁶⁹ Pour reprendre des exemples déjà évoqués, on peut citer l'ouverture d'un compte bancaire (v. *supra*, n° 225), ou la révélation d'un conflit d'intérêts (v. *supra*, n° 284). Pour une présentation des obligations du syndic, v. J.-M. ROUX, « La responsabilité des syndics de copropriété », Dr. et pat., 2017, n° 271. Certaines obligations seraient par nature de résultat : les obligations de donner et de ne pas faire (C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 613).

²⁰⁷⁰ Précisons que l'existence de l'obligation de satisfaire le propriétaire n'implique pas nécessairement celle d'un contrat. La source du transfert de gestion entraîne la création d'obligations contractuelles, quasi-contractuelles, légales ou judiciaires (cf. *supra*, n° 108 et s.). La responsabilité qui en découle peut donc être contractuelle ou délictuelle selon les cas. C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 54.

Des auteurs ont tenté de proposer des critères de distinction pour déterminer sur qui pèse la charge de la preuve de l'inexécution.²⁰⁷¹ La plupart semble s'accorder sur celui de l'aléa.²⁰⁷² Dès lors qu'il y aurait une incertitude sur la possibilité de satisfaire le propriétaire, alors ce dernier devrait prouver l'existence d'une faute en cas de résultat non-atteint. En effet, l'aléa renvoie à l'incertitude du résultat d'une opération, acceptée par les parties à cette opération.²⁰⁷³ C'est donc le résultat de la gestion qui est aléatoire, ce qui empêche d'exiger de la part du gestionnaire une performance spécifique. Mais il reste tenu de faire tout son possible pour la réaliser.²⁰⁷⁴

L'aléa peut cependant être maîtrisé, ce qui change alors la nature de l'obligation qui pèse sur le gestionnaire. La maîtrise de l'incertitude dépend à la fois des circonstances de fait et des instructions du propriétaire. Des circonstances de fait d'abord, parce que la situation peut imposer la prise d'une décision évidente, sans quoi la mission ne pourra pas se réaliser.²⁰⁷⁵ On se rapproche ici de l'obligation de conservation, qui est par nature de résultat²⁰⁷⁶ : sans l'accomplissement de certains actes de gestion, la satisfaction du propriétaire sera impossible. Pour déterminer quels sont ces actes, il faut avant tout se référer à la destination attribuée aux

²⁰⁷¹ Un auteur a proposé une distinction différente : celle entre les situations ouvertes et les situations fermées (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 208 et s.). Les premières sont celles dans lesquelles la décision à prendre n'est pas évidente, c'est à dire qui contiennent un aléa. Le contrôle du gestionnaire est plus souple dans ce cas. Les secondes comportent une solution évidente qu'il faut mettre en œuvre, sans quoi le gestionnaire engage sa responsabilité. Elles sont exceptionnelles et plus strictement contrôlées. On retrouve globalement la distinction entre obligations de moyens et de résultat, mais l'auteur utilise un autre critère de distinction et leur fait produire d'autres effets.

²⁰⁷² H. MAZEAUD, art. préc. ; A. TUNC, art. préc. ; P. PETEL, *op. cit.*, n° 146 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations, op. cit.*, n° 852. P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 18 mentionnent également la volonté présumée des parties et le rôle actif ou passif du créancier.

²⁰⁷³ Vocabulaire juridique G. Cornu, v° « Aléa ».

²⁰⁷⁴ C'est pourquoi Tunc parle d'une « obligation de diligence ». A. TUNC, art. préc. D'autres parlent de « devoir d'attention », qu'ils définissent comme le fait de s'appliquer à sa tâche (F. BARRIERE, *op. cit.*, n° 565 ; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2015, n° 686).

²⁰⁷⁵ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 214. C'est pourquoi le mandataire est présumé responsable en cas d'inexécution totale de sa mission (Cass. Soc., 30/11/1945 ; D. 1946. 155) mais pas en cas de mauvaise exécution (Cass. civ. 1^{ère}, 18/01/1989 ; D. 1989. 302, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989. 558, obs. P. JOURDAIN). L'inexécution totale suppose que certains actes assurant l'efficacité minimale de la gestion n'ont pas été effectués. V. N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 982 et s. ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 297-298. Pour un rapprochement avec le droit anglais et la distinction entre *care* (l'obligation de réaliser les actes nécessaires à l'efficacité de la mission) et *skill* (l'habileté à réaliser la mission), v. E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1998, n° 5.

²⁰⁷⁶ *Contra*, C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 19. Cf. *infra*, n° 327.

biens, selon la valeur qu'ils représentent pour le propriétaire.²⁰⁷⁷ Cette boussole permet d'identifier les actes techniquement nécessaires à la réalisation de la mission.²⁰⁷⁸

306. Nature des obligations du gestionnaire d'OPCVM – Les instructions données par le propriétaire et les engagements que prend le gestionnaire vont également faire varier la nature de l'obligation. Si l'acte constitutif exige l'accomplissement d'un résultat minimal, l'aléa est écarté et le gestionnaire sera responsable si l'objectif n'est pas atteint.²⁰⁷⁹ L'exemple de la gestion d'un OPCVM est alors révélateur. Lors de la souscription, la société de gestion doit transmettre au porteur un document d'information clé pour l'investisseur (DICI), qui mentionne l'indicateur de risque correspondant au fonds.²⁰⁸⁰ Même s'il émane de la société de gestion elle-même, on peut l'assimiler à une instruction du propriétaire dans la mesure où il a adhéré à l'OPCVM sur la base de ce document. Sur les marchés financiers, la rentabilité est corrélée au risque. Par conséquent, un fonds indiquant un risque supérieur est supposé apporter une plus grande rentabilité mais exposer aussi à de plus grandes pertes. L'investisseur a conscience de ce risque et souscrit en connaissance de cause, grâce à l'information dont il dispose. Mais il s'attend à ce que le fonds respecte le niveau de risque qu'il s'est fixé. Cela signifie que si un

²⁰⁷⁷ Cf. *supra*, n° 169.

²⁰⁷⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 22/03/1977, n° 75-11030, Bull. Civ. I, n° 143 : « si pour tous les actes comportant un aléa sa gestion devait être appréciée d'après son résultat global, il fallait faire exception pour les opérations dont le dénouement relevait de la pure technique et qui, en cas d'erreur, engageaient la responsabilité de l'intermédiaire sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les autres opérations qu'il avait traitées. » En l'espèce, il s'agissait de la gestion de titres par une banque ayant entraîné des pertes pour leurs propriétaires à la suite d'erreurs grossières. Du fait de leur nature, il est évident que la destination donnée à ces titres était purement spéculative, et que la gestion par la banque devait viser à leur rentabilité, d'où la présomption de faute en cas de perte financière. P. PETEL, *op. cit.*, n° 163.

²⁰⁷⁹ P.-F. CUIF, « Gestion (contrat de) », Lamy Patrimoine, 2013, n° 330-155 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 671.

²⁰⁸⁰ Art. L. 214-23 C. mon. fin. ; I. RIASSETTO, M. STORCK, *Les organismes de placement collectif*, Issy-les-Moulineaux, éd. Joly, t. 1, 2^{ème} éd., 2016, n° 994 et s. Ce document est supposé correspondre à la stratégie d'investissement que s'est fixé la société de gestion au sein de son programme d'activité lors de l'agrément de l'OPCVM (art. L. 532-9 C. mon. fin.). Si ce n'est pas le cas, et que les investissements réalisés ne correspondent pas aux attentes des investisseurs, elle est sanctionnée non pas en raison de son action, mais pour violation de l'obligation d'information précontractuelle de l'investisseur, au nom d'un principe de cohérence entre les informations transmises et les investissements réalisés (Cass. Com., 24/06/2008, n° 06-21798, Bull. civ. IV, n° 127 ; D. 2008, p. 1892, obs. X. DELPECH ; Banque et droit 2008, n° 112, p. 23, obs. H. DE VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. DE SAINT MARS et J.-P. BORNET ; Banque et droit 2008, n° 121, p. 70, obs. F. BUSSIÈRE ; JCP G 2008, II, 10160, note M. MATHEY ; BJB oct. 2008, p. 398, n° 51, note H. GUYADER ; RTD com. 2008, p. 590, obs. M. STORCK ; RLDA 2008/30, n° 1797, obs. S. PIEDELIEVRE ; Cass. Com., 19/01/2010, n° 09-10627 ; RD bancaire et fin. 2010, comm. 77, note M. STORCK ; Banque et droit mars-avr. 2010, p. 40, obs. H. DE VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. DE SAINT MARS et J.-P. BORNET et mai-juin 2010, p. 35, note F. BUSSIÈRE ; Cass. Com., 14/02/2018, n° 16-21634 ; BJB, 2018, p. 88, obs. I. RIASSETTO). M. STORCK, « L'information précontractuelle des souscripteurs de parts ou actions d'OPCVM : standardisation et cohérence », BJB, 2012, p. 627. Elle peut également faire l'objet de sanctions administratives (I. RIASSETTO, Lamy Droit du financement, 2020, n° 1506).

fonds supposé risqué (et donc rentable) se contente de réaliser des placements garantis et à faibles taux de rendement, on peut considérer qu'il n'a pas rempli son obligation et commet une faute.²⁰⁸¹ Si le rendement obtenu est finalement positif mais faible, il paraît possible de sanctionner la société de gestion pour son absence de prise de risque, alors qu'elle serait inattaquable avec un rendement négatif en ayant misé sur des actifs risqués comme prévu. De même, un fonds supposément sûr qui se permettrait d'acquérir une quantité importante d'actifs volatiles pourrait être sanctionné²⁰⁸², quand bien même l'opération aurait été rentable pour les investisseurs.²⁰⁸³ Dès lors, si la société de gestion ne respecte pas la stratégie d'investissement prédéterminée au sein de son programme d'activité (que le DICI est censé refléter), elle peut être sanctionnée.²⁰⁸⁴ Le respect des limites de l'activité de la société de gestion est donc une obligation de résultat, dont l'exécution ne dépend pas de la satisfaction des porteurs de parts.

En revanche, dans le cadre de l'application de sa stratégie, le gestionnaire de portefeuille n'est pas tenu d'une obligation de résultat dans la recherche de plus-values pour le compte de son client.²⁰⁸⁵ La rentabilité des valeurs mobilières est soumise à un fort aléa, et il est impossible d'exiger d'un gestionnaire la garantie d'un résultat minimal (sauf s'il s'y engage personnellement).²⁰⁸⁶

Ces divers exemples démontrent selon nous que la nature de l'obligation qui pèse sur le gestionnaire dépend de la destination donnée aux biens, qui est déterminée selon la valeur que

²⁰⁸¹ L. RUET, note sous Cass. Com., 06/06/2001, BJB, 2001, p. 591. L'auteur critique les faibles résultats obtenus par un gestionnaire de portefeuille individuel, supposé offrir un service plus performant (car plus cher) qu'une gestion collective. La comparaison avec les résultats des autres prestataires est alors intéressante (P.-F. CUIF, « Gestion (contrat de) », Lamy Patrimoine, 2013, n° 330-150).

²⁰⁸² Cass. Com., 21/10/2008, n° 07-10824 ; Dr. Soc. 2009, comm. 33, note T. BONNEAU. M. STORCK, « Responsabilité civile d'une société de gestion à l'égard des porteurs de parts de FCP », BJB, 2009, p. 287 ; M. POUMAREDE, P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2021, n° 3327.26.

²⁰⁸³ Sanct. AMF, 28/12/2012 ; BJB, 2013, p. 132, note J.-M. MOULIN : « ces circonstances, si elles sont de nature à atténuer la sanction du manquement, sont sans incidence sur sa caractérisation. » V. aussi Cass. Com., 06/12/2017, n° 16-23991 ; D. 2017. 2476.

²⁰⁸⁴ J.-M. MOULIN, note préc. sous Sanct. AMF, 28/12/2012. De même en matière de gestion individuelle : J.-M. BOSSIN, G. de LAMBILLY, « Le mandat de gestion de portefeuille individuel et la responsabilité des intermédiaires », *Banque et Droit*, 1998, n° 59, p. 3. Outre le non-respect de sa stratégie, le gestionnaire peut également être responsable envers le propriétaire pour la violation d'une obligation professionnelle, également de résultat (Cass. Com., 04/11/2008, n° 07-21481 ; RD bancaire et fin. 2009, comm. n° 32, note A.-C. MULLER ; BJB févr. 2009, p. 47, n° 7, note B. LE BARS ; Dr. Soc. 2009, comm. n° 35, note T. BONNEAU). V. A. LEBORGNE, « Responsabilité civile et opérations sur le marché boursier », *RTD com.*, 1995, p. 261 ; M. STORCK, « Responsabilité civile d'une société de gestion à l'égard des porteurs de parts de FCP », art. préc. ; P.-F. CUIF, « Gestion (contrat de) », Lamy Patrimoine, 2013, n° 330-140.

²⁰⁸⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 22/03/1977, Bull.civ. I, n° 143, arrêt préc. V. F. BUSSIERE, « Droit de la responsabilité civile et gestion collective », BJB, 2007, p. 297 ; I. RIASSETTO, *Lamy Droit du financement*, 2020, n° 1516.

²⁰⁸⁶ J.-M. BOSSIN, G. de LAMBILLY, art. préc. ; S. PIEDELIEVRE, art. préc. ; P.-F. CUIF, « Gestion (contrat de) », Lamy Patrimoine, 2013, n° 330-140.

le propriétaire leur accorde.²⁰⁸⁷ S'il s'agit d'une obligation de résultat, la simple inexécution induit une faute du gestionnaire et s'il s'agit d'une obligation de moyens, il conviendra au propriétaire de prouver le manquement. La difficulté est alors d'apprécier la faute.

B) L'appréciation de la faute du gestionnaire

La principale obligation du gestionnaire des biens d'autrui est la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. Elle implique de tenir compte de la valeur que le propriétaire donne à ses biens pour déterminer leur destination et en déduire les actes qui s'imposent. Lorsque la réalisation de ces actes n'implique aucun aléa, cette obligation est de résultat et le simple manquement sera assimilé à de la négligence.²⁰⁸⁸ La plupart du temps cependant, cette obligation est de moyens, et il est plus difficile d'apprécier la faute du gestionnaire, puisque c'est son comportement qui est scruté.²⁰⁸⁹

307. Notion de raisonnable – Pour pouvoir l'évaluer, un modèle de comparaison est nécessaire. C'est pourquoi la loi utilise le standard du raisonnable dans de nombreux régimes de gestion des biens d'autrui.²⁰⁹⁰ Elle faisait référence auparavant à celui du bon père de famille.²⁰⁹¹ Cette modification n'a pas eu d'influence pratique, dans la mesure où les deux modèles se rapprochent.²⁰⁹² Le terme « raisonnable » est cependant plus juste dans ce qu'il représente. Il renvoie à plusieurs caractéristiques. Le raisonnable est d'abord le modéré, le prudent, le juste milieu. Il se distingue de l'excessif, du risqué, du dispendieux.²⁰⁹³ Pour de

²⁰⁸⁷ Dans un sens proche, C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 615, qui mentionnent l'analyse de « l'économie du contrat » en tenant compte des circonstances de fait et de la volonté (expresse ou présumée) des parties. De même, H. MAZEAUD, art. préc. ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 299.

²⁰⁸⁸ Mais cela n'empêche pas le gestionnaire de s'exonérer en prouvant qu'il n'a accompli aucune faute, et son appréciation utilisera les mêmes outils que pour l'obligation de moyens. Cf. *infra*, n° 327 sur l'obligation de conservation.

²⁰⁸⁹ Une telle faute peut être d'omission ou de commission, matérielle ou juridique. V. pour la faute d'un époux dans la gestion des biens communs : F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 509.

²⁰⁹⁰ Art. 601 (usufruit) ; 626 (droit d'usage) ; 1197 (détenion du bien d'autrui) ; 1301-1 (gestion d'affaires) ; 1728 (bail) ; 1880 (prêt à usage) ; 1962 C. civ. (séquestre). V. C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 689, qui fonde la référence au raisonnable pour tous les régimes de gestion de biens d'autrui sur l'article 1197 C. civ., relatif à l'obligation de délivrer une chose (cf. *infra*, n° 326 pour le lien avec l'obligation de conservation). V. aussi B. BALIVET, *op. cit.*, n° 656.

²⁰⁹¹ Cf. *supra*, n° 173. Le « bon père de famille » est un standard utilisé sous le droit romain comme modèle de gestion diligente (D.18.35.4). La loi n° 2014-873 du 04/08/2014 a remplacé toutes les références à ce terme dans la loi par celui de « personne raisonnable » dans un souci de favoriser l'égalité femme/homme.

²⁰⁹² *Contra* : S. DARMAISIN, « A la recherche du bon père de famille », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 297-311.

²⁰⁹³ C. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD*, 1978, p. 35-42 ; G. KHAIRALLAH, « Le « raisonnable » en droit privé français », *RTD civ.*, 1984, p. 439.

nombreux auteurs, il est aussi une expression du bon sens, de la tradition, de l'usage.²⁰⁹⁴ Ces deux approches montrent l'ambiguïté de la notion et la difficulté d'en fixer les contours. L'appréciation du raisonnable comporte un aspect objectif, puisque le modèle visé doit respecter une norme sociale et de modération. Mais elle comporte aussi un aspect subjectif, puisque la norme en question doit être adaptée aux circonstances de la prise de décision.

Par ailleurs, les approches proposées de la notion (modération et conformité à la tradition) ne nous semblent pas être tout à fait adaptées à la gestion des biens d'autrui. Elles semblent orienter la gestion vers une visée exclusivement conservatrice, supposant que tous les biens devraient être gérés avec modération pour un usage fixé par les normes sociales. Or, il est tout à fait possible pour un propriétaire de préférer faire un usage non-conventionnel de ses biens et opter pour une gestion risquée de son patrimoine. C'est donc moins la conformité à la norme sociale qui importe que la prise en compte subjective de l'intérêt du propriétaire.²⁰⁹⁵ Est raisonnable le gestionnaire qui, en considération de la finalité que l'intérêt du propriétaire commande, prend les décisions qui ont le plus de chances de le satisfaire.²⁰⁹⁶ Ce faisant, il calcule la probabilité de réussite de son opération selon le risque d'échec et le bénéfice éventuel.²⁰⁹⁷

308. Facteurs influençant l'appréciation – Ce calcul peut cependant s'avérer difficile à réaliser et différents facteurs vont entrer en compte. Plus l'aléa est grand, plus la décision est difficile à prendre.²⁰⁹⁸ Face à un grand nombre de choix possibles, il n'est pas aisé de savoir si le chemin pris est le bon. C'est pourquoi les exigences ne seront pas les mêmes

²⁰⁹⁴ H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, « Les notions de *right reason* et de *reasonable man* en droit anglais », APD, 1979, p. 43-57 ; C. BAHUREL, « Le standard du raisonnable », RDA, 2014, n° 9, p. 60 ; G. KHAIRALLAH, art. préc. (pour l'auteur, le raisonnable a deux fonctions : la modulation des effets d'une règle, et en ce sens se rapproche du concept de modération, et la conformité d'un comportement à un modèle déterminé par l'usage).

²⁰⁹⁵ « Sachant que la valeur est la manifestation réelle, au sens juridique du terme, d'une personne et de ses aspirations, le gestionnaire doit disposer du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'accomplir une action au regard des circonstances auxquelles il doit faire face au moment « M ». V. MIALHE, « La délimitation des prérogatives en fonction des techniques », Dr. et pat., 2015, n° 252. Cette idée se retrouve droit des sociétés, où la faute de gestion est assimilée à un comportement contraire à l'intérêt social (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 437).

²⁰⁹⁶ C'est implicitement ce que recommande M. Pétel lorsqu'il fait référence à l'étendue du mandat, au comportement du mandant et à l'environnement général pour apprécier la faute du mandataire (P. PETEL, *op. cit.*, n° 153 et s.).

²⁰⁹⁷ C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 688. Selon cet auteur, le gestionnaire doit accorder un temps suffisant à sa tâche, s'assurer de l'efficacité technique des actes réalisés, agir promptement et s'informer afin de réaliser un choix éclairé.

²⁰⁹⁸ V. F. BARRIERE, *op. cit.*, n° 566, qui considère que le contrôle est plus strict lorsque la mission n'est pas simplement de conserver mais aussi de « gérer » les biens confiés.

selon la qualité du gestionnaire.²⁰⁹⁹ S'il est professionnel, il est supposé être suffisamment avisé pour analyser au mieux la situation, car il dispose d'une formation et d'une pratique lui permettant de connaître la meilleure solution au problème posé.²¹⁰⁰ L'existence ou non d'une rémunération va également entrer en compte, car le gestionnaire rémunéré est supposé être plus diligent que le bénévole.²¹⁰¹ Sa rémunération vient compenser le coût de cette formation et de l'effort supplémentaire qui lui est demandé.

A l'inverse, les parties peuvent convenir que l'appréciation de la responsabilité du gestionnaire sera plus souple en introduisant une clause limitative ou évasive de responsabilité.²¹⁰² Une telle clause ne peut cependant pas s'appliquer lorsque la faute commise est lourde ou dolosive²¹⁰³, et si elle contredit une obligation essentielle du contrat.²¹⁰⁴ *A fortiori*, elle ne peut exister que lorsque le transfert de gestion est contractuel.²¹⁰⁵

309. Cas particuliers – Certains régimes impliquent des règles différentes pour la sanction des fautes de gestion. D'abord, ceux pour lesquels la gestion se résume à une obligation de conservation, comme le dépôt, les sûretés réelles ou le prêt à usage. Dans ce cas, le gestionnaire n'a qu'une obligation de résultat et son comportement sera apprécié uniquement à l'aune de cet objectif.²¹⁰⁶

²⁰⁹⁹ Il s'agit d'une appréciation *in abstracto*. N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1965, n° 107 ; P. PETEL, *op. cit.*, n° 150 et s. ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 238 ; F. BARRIERE, *op. cit.*, n° 568 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 597 et s. ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 659 ; M. REBOURG, « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leur mission », *Dr. fam.*, 2010, ét. 17 ; C. BERGER-TARARE, art. préc. ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 292. V. par ex. Cass. Com., 12/07/1971, n° 70-12039 ; D. 1972. 153, note C. GAVALDA ; *RTD com.* 1972. 144, obs. M. CABRILLAC et M.-T. RIVES-LANGE ; Cass. Com. 04/02/2004, n° 01-13516 ; D. 2004. 2330, note C. BLOUD-REY.

²¹⁰⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 22/03/1977, arrêt préc. : « Mais attendu que l'intervention de la banque (...) l'obligeait à apporter dans l'exécution des opérations qu'elle a effectuées le soin que l'on peut attendre normalement d'un professionnel avisé ». P. PETEL, *op. cit.*, n° 151 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 659 ; S. BERRE, « La responsabilité civile professionnelle », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

²¹⁰¹ V. notamment art. 1927 et 1992 al. 2 C. civ. P. PETEL, *op. cit.*, n° 158 et s. (qui fonde cette distinction sur le fait que le mandataire salarié est bien souvent professionnel) ; C. BERGER-TARARE, *op. cit.*, n° 689 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 659 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 295. Cette distinction ne se retrouve pas dans les textes en matière de droit des personnes protégées (sauf pour le mandat de protection future), ce qui est regrettable (M. REBOURG, art. préc.). On peut cependant supposer qu'en pratique, les juges tiennent compte de ce facteur.

²¹⁰² J.-M. BOSSIN, G. de LAMBILLY, art. préc. ; P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 832 et s. ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 288.

²¹⁰³ Art. 1231-3 C. civ. La nature de la faute est rarement un facteur faisant varier la responsabilité du gestionnaire, mais certains régimes le prévoient, comme l'article 421 C. civ. pour la responsabilité du curateur et du subrogé-curateur (M. REBOURG, art. préc.).

²¹⁰⁴ Art. 1170 C. civ. En matière de gestion des biens d'autrui, une telle clause pourrait par exemple exonérer le gestionnaire de toute responsabilité en cas d'inexécution de son obligation de conservation.

²¹⁰⁵ P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 833.

²¹⁰⁶ Cf. *infra*, n° 327.

Ensuite, la gestion d'affaires et le mandat social sont spécifiques dans la mesure où la faute de gestion est ici assimilable à un dépassement de pouvoir. En effet, l'acte qui causerait un préjudice au(x) propriétaire(s) serait dans le premier cas disqualifié en acte inutile²¹⁰⁷, et dans le second contraire à l'intérêt social et donc hors des pouvoirs du dirigeant.²¹⁰⁸ Pour ces régimes, la satisfaction du propriétaire est une condition de sa validité à son égard.

310. Conclusion – Les actes irréguliers sont ceux qui violent l'un des principes fondamentaux de la gestion des biens d'autrui. Ils peuvent consister en un dépassement de pouvoir, un acte déloyal ou une faute de gestion. Bien qu'ils engagent tous la responsabilité du gestionnaire, ils peuvent parfois entraîner une sanction de l'acte lui-même afin d'en atténuer les effets pour le propriétaire. Il convient à présent de se concentrer sur la sanction du gestionnaire lui-même.

§ 3 : La sanction du gestionnaire

Une fois le manquement constaté, il est possible pour le propriétaire ou l'organe de contrôle de mettre en œuvre la sanction du gestionnaire. Plusieurs mesures sont alors susceptibles d'être prises afin de protéger l'intérêt du propriétaire et de dissuader le gestionnaire fautif. Elles peuvent être plus ou moins graves et définitives.²¹⁰⁹ La première d'entre elles est la réalisation de garanties que le gestionnaire a constituées au préalable (I). La deuxième est l'engagement de sa responsabilité (II). La troisième est sa révocation définitive (III).

I La réalisation de garanties spécifiques

311. Incitation négative – Il arrive que le régime de gestion des biens d'autrui prévoie une garantie financière ou matérielle du résultat de la mission, qui sera exigée en cas

²¹⁰⁷ Cf. *supra*, n° 256.

²¹⁰⁸ Cf. *supra*, n° 258. S. SCHILLER, art. préc. ; C. DUCOULOX-FAVARD, art. préc. L'action pour insuffisance d'actif nécessite une faute de gestion dont la nature est assez floue, mais qui ne semble pas correspondre à celle normalement exigée (I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », BJS, 2018, p. 600).

²¹⁰⁹ Nous avons déjà évoqué les mesures de crise, qui s'analysent comme des substitutions ponctuelles de gestionnaire associée à un dessaisissement des pouvoirs du gestionnaire précédent (cf. *supra*, n° 266). Elles peuvent être utilisées à titre de sanction. On peut citer également les mesures conservatoires qui existent dans certains régimes, sans développer ce point.

d'inexécution ou de faute, en plus de l'éventuel engagement de sa responsabilité.²¹¹⁰ Le but est de dissuader le gestionnaire de commettre un manquement, et donc de s'assurer de sa loyauté, en plus de garantir une réparation rapide en cas d'inexécution. L'incitation à la satisfaction du propriétaire est alors négative.²¹¹¹ Elle n'est cependant nécessaire que si l'incitation positive (la rémunération ou la communauté d'intérêts entre les parties) n'est pas suffisante. C'est la raison pour laquelle elle n'est généralement pas exigée lorsque la gestion prend place dans un cadre familial et que les relations entre propriétaire et gestionnaire sont affectives, comme nous l'avons expliqué plus haut.²¹¹² Une garantie sera en revanche plus fréquemment demandée lorsque les critères de choix du gestionnaire sont objectifs ou qu'il a été imposé au propriétaire, et d'autant plus si sa rémunération est modérée, afin de compenser la faiblesse de l'incitation positive par une incitation négative plus forte.

312. Sûretés – Une telle garantie peut prendre d'abord la forme d'une sûreté, personnelle ou réelle. L'usufruitier doit par exemple fournir une caution au nu-propriétaire.²¹¹³ Il en est toutefois dispensé s'il s'agit de l'usufruit légal des parents sur les biens du mineur, s'il est vendeur ou donateur avec réserve d'usufruit, ou si l'acte constitutif le prévoit. On retrouve l'idée que la relation affective suffit à donner une garantie suffisante de bonne exécution pour ce qui est du lien filial, et la loi présume que l'ancien propriétaire du bien, devenu usufruitier, est intéressé à la bonne gestion de celui-ci.²¹¹⁴ La dispense contractuelle ou judiciaire est aussi une marque de confiance accordée envers le gestionnaire qui dépend de la situation.²¹¹⁵ Les sûretés personnelles sont également fortement utilisées dans la pratique des affaires. Les dirigeants de société sont fréquemment sollicités pour garantir les dettes de leur société *via* le recours au cautionnement.²¹¹⁶ Néanmoins, il s'agit ici de garantir la bonne exécution des obligations réalisées au nom des copropriétaires envers des tiers, et non pas de s'assurer de la satisfaction du propriétaire.

²¹¹⁰ F. JULIENNE, art. préc.

²¹¹¹ O. GOUT, « La protection de l'administré par le jeu des garanties », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

²¹¹² Cf. *supra*, n° 207.

²¹¹³ Art. 601 C. civ. De même pour le droit d'usage et d'habitation (art. 626 C. civ.). Une autre garantie équivalente est acceptée (Cass. Civ., 03/02/1897 ; DP 1897.I.601, note M. PLANIOL). A défaut, d'autres garanties sont mises en œuvre (art. 602 et 603 C. civ.).

²¹¹⁴ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 625 ; A. CHAMOULAND-TRAPIERS, « Usufruit », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 189. Cette affirmation est contestable : pourquoi un ancien propriétaire serait-il plus loyal qu'un nouveau ? On pourrait penser que la libéralité avec réserve d'usufruit fait présumer un lien d'affection entre le donataire et le donateur qui justifierait la confiance accordée, mais cela ne vaut pas pour la vente.

²¹¹⁵ En pratique, cette dispense est quasiment toujours accordée, notamment dans les libéralités (A. CHAMOULAND-TRAPIERS, « Usufruit », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 192).

²¹¹⁶ M. DAGOT, C. MOULY, art. préc. ; D. DANET, « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD com.*, 1994, p. 173.

Souvent, ce sont des sûretés réelles qui sont préférées. Les hypothèques légales en sont un bon exemple.²¹¹⁷ Elles concernent en particulier le tuteur ou l'administrateur légal des biens d'un majeur sous tutelle ou d'un mineur.²¹¹⁸ Le créancier d'une telle hypothèque peut faire inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur.²¹¹⁹ Elle est cependant facultative et décidée par le conseil de famille ou le juge si le contexte l'exige.²¹²⁰ Le principe est par conséquent celui de la confiance accordée envers le gestionnaire, qui est en général un proche, mais peut être adapté si les gages de loyauté ne sont pas suffisants. A l'inverse, l'hypothèque légale du légataire particulier de sommes d'argent sur les biens de la succession n'est pas facultative et s'applique automatiquement²¹²¹, car il est possible que la libéralité ait créé des dissensions entre les héritiers et le légataire désigné. Une incitation négative à la bonne gestion est alors pertinente.

313. Assurances et garanties financières professionnelles – La garantie apportée par le gestionnaire peut prendre la forme d'un mécanisme assurantiel et faire intervenir un tiers. On le retrouve principalement au sein des gestions professionnelles.²¹²² Les professionnels de la gestion de biens, tels que les agents immobiliers s'occupant de la gestion locative ou les syndics de copropriété, doivent justifier d'une garantie financière permettant le remboursement des fonds qui leur sont confiés, et souscrire à une assurance de responsabilité civile.²¹²³ De même, les administrateurs et mandataires judiciaires doivent adhérer à une caisse d'assurance visant à garantir les fonds, effets et valeurs qu'ils sont susceptibles de gérer et à couvrir leur responsabilité civile en cas de faute dans l'exercice de leur mandat.²¹²⁴ L'assurance couvre les

²¹¹⁷ Art. 2400 et s. C. civ. Certains privilèges mobiliers spéciaux, plus ou moins désuets, ont à l'inverse pour but de garantir l'exécution de ses obligations par le propriétaire : ceux de l'hôtelier (art. 2332, 5° C. civ.), du transporteur (art. L. 133-7 C. com.), du commissionnaire (art. L. 132-2 C. com.), et surtout, de conservation (art. 2332, 3° C. civ.).

²¹¹⁸ On peut citer également l'hypothèque légale des époux, mais elle n'est pas spécifique à la gestion des biens. Elle s'appuie sur toute créance qui peut exister entre époux, quelle que soit son origine, dont éventuellement une faute de gestion.

²¹¹⁹ Art. 2401 C. civ.

²¹²⁰ Art. 2409 C. civ. Il peut également s'agir d'un gage. On peut par ailleurs contester la qualification d'hypothèque légale, dans la mesure où elle nécessite l'intervention du conseil de famille ou du juge pour s'appliquer (A. FOURNIER, « Hypothèque légale », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 58).

²¹²¹ Art. 2400, 4° et 1017 C. civ. Cette règle n'est pas d'ordre public et le testament peut y déroger (A. FOURNIER, « Hypothèque légale », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 85). Cf. *supra*, n° 125 sur la gestion par les héritiers saisis des biens de la succession.

²¹²² B. BALIVET, *op. cit.*, n° 628 et s. ; O. GOUT, art. préc. ; S. BERRE, art. préc.

²¹²³ Art. 3 al. 2, 2° et 3° L. n° 70-9 du 02/01/1970.

²¹²⁴ Art. L. 814-3 et s. C. com. Précisons également que l'État se porte garant en cas de faute réalisée par un mandataire judiciaire à la profession des majeurs ou par le juge chargé de la protection (art. 422 C. civ.). Il dispose ensuite d'une action récursoire contre le fautif.

fautes que peut commettre le gestionnaire, alors que la garantie financière a pour fonction de pallier l'inexécution de l'obligation de restitution des fonds, effets ou valeurs qu'il peut détenir dans le cadre de sa gestion.²¹²⁵

Si l'assurance de responsabilité civile ne pose pas de problème, la nature de la garantie financière professionnelle est en revanche contestée, notamment en raison du caractère autonome ou non de la créance que détient le propriétaire envers le tiers garant.²¹²⁶ Si elle est accessoire à la créance principale, ce qui est le cas en matière de cautionnement, alors la nullité de cette dernière entraîne celle de la garantie, ce qui peut arriver en cas d'omission de déclaration de créance dans le cadre d'une procédure collective. La jurisprudence exclut la qualification de cautionnement, ce qui permet au propriétaire de se retourner contre le garant même si sa créance envers le gestionnaire est nulle.²¹²⁷ Il n'y a par ailleurs aucun lien contractuel entre le garant et le propriétaire, qui dispose d'une créance délictuelle envers le garant en cas de faute.²¹²⁸ Pour cette même raison, et parce que l'autonomie de la créance envers le garant est relative²¹²⁹, les garanties financières professionnelles ne peuvent être assimilées à des garanties autonomes, constituts ou délégations. Certains proposent la qualification d'assurance pour compte, mécanisme par lequel une personne souscrit une assurance en son nom pour le compte d'autrui.²¹³⁰ La garantie professionnelle aurait alors une nature similaire à l'assurance de responsabilité civile. D'autres, enfin, y voient une institution *sui generis*, dont le régime comprend une base commune et un éclatement au sein des différents secteurs professionnels.²¹³¹ Il nous semble que cette qualification est pertinente, dans la mesure où les régimes des différentes garanties peuvent varier. Il s'agit fondamentalement de protéger

²¹²⁵ O. GOUT, art. préc.

²¹²⁶ Sur ce sujet, v. B. BALIVET, *op. cit.*, n° 631 ; L. MERLAND, « Garanties financières professionnelles », Rép. com. Dalloz, 2012, n° 46 et s.

²¹²⁷ Cass. Ass.Plén., 04/06/1999 ; JCP G, 1999, II, 10 152 ; JCP E, 1999, p. 1294, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; RTD civ., 1999, p. 664, obs. P. CROCQ ; D. 2000, somm., p. 140, obs. P. CAPOULADE. De même : Cass. Com., 15/02/2011, n° 10-10056 ; AJDI 2011, p. 645, obs. M. THIOYE : « le mandant d'une agence immobilière en liquidation judiciaire n'a pas à déclarer sa créance de restitution résultant des dispositions de la loi du 2 janvier 1970 au passif de la procédure, celle-ci échappant par sa nature aux dispositions de la procédure collective. » V. aussi L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 12^{ème} éd., 2018, n° 124. *Contra*, pour qui la garantie financière professionnelle est un cautionnement doublé d'une stipulation pour autrui : P. SIMLER, « Cautionnement », J.-Cl. Civil Code, 2020, n° 22.

²¹²⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 07/03/1995, n° 93-12986 ; L. MERLAND, « Garanties financières professionnelles », Rép. com. Dalloz, 2012, n° 42.

²¹²⁹ Le garant peut opposer certaines exceptions propres à la créance principale (S. CABRILLAC, *Les garanties financières professionnelles*, Paris, Litec, 2000, n° 408 ; L. MERLAND, « Garanties financières professionnelles », Rép. com. Dalloz, 2012, n° 61).

²¹³⁰ Art. L. 112-1 C. Assu. Dans ce sens, S. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 411 et s. ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 631.

²¹³¹ C.-I. FEVILIYE-DAWEY, *La garantie financière professionnelle*, Rouen, thèse de doctorat, 1999, p. 93 ; L. MERLAND, « Garanties financières professionnelles », Rép. com. Dalloz, 2012, n° 64-65.

certaines propriétaires qui confient des fonds à des gestionnaires professionnels, chaque régime étant adapté au secteur d'activité auquel il s'applique.

Quoi qu'il en soit, l'assurance de responsabilité civile et la garantie financière professionnelles sont des garanties supplémentaires apportées par le gestionnaire pour renforcer la confiance du propriétaire et le protéger en cas de manquement. L'incitation à la bonne gestion pour le gestionnaire n'est pas aussi forte que lorsqu'il s'agit d'une sûreté réelle, dans la mesure où un tiers prend en charge la responsabilité du gestionnaire. Toutefois, ce dernier reste responsable *in fine* et a tout intérêt à satisfaire le propriétaire s'il ne veut pas être sanctionné. La sanction classique reste pourtant l'engagement de sa responsabilité personnelle.

II La responsabilité du gestionnaire

La responsabilité est un mécanisme fondamental des droits libéraux qui fonde l'obligation pour une personne de répondre d'un dommage causé et d'en assumer les conséquences.²¹³² Celle du gestionnaire est engagée dès lors qu'il viole l'une de ses obligations, et par conséquent, s'il ne respecte pas l'un des trois principes fondamentaux.²¹³³ Il existe cependant plusieurs types de responsabilités, dont les enjeux sont différents. Le gestionnaire peut ainsi être responsable civilement (A), pénalement (B), ou à l'égard de sa profession (C).

A) La responsabilité civile du gestionnaire

314. Conditions à la responsabilité civile – La responsabilité civile renvoie à l'obligation pour celui qui a causé un dommage d'en réparer les effets à l'égard de la victime. Elle peut être contractuelle ou délictuelle, selon que la gestion est réalisée conventionnellement ou non.²¹³⁴ Cela aura un effet sur le montant de la réparation due à la victime.²¹³⁵ Pour être mise en œuvre, la responsabilité civile nécessite l'existence d'un fait générateur, d'un dommage et d'un lien de causalité entre l'un et l'autre. Certains auteurs ajoutent un dernier élément :

²¹³² P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité : Essai d'analyse sémantique », in *Le juste I*, Paris, Esprit, 1995, p. 41 et s.

²¹³³ Dans ce sens, C. BERGER-TARARE, art. préc.

²¹³⁴ Art. 1231 et s. et 1240 et s. C. civ. C. BERGER-TARARE, art. préc.

²¹³⁵ En matière de responsabilité contractuelle, la réparation est limitée à la perte prévisible, sauf faute lourde ou dolosive ou application d'une clause contraire (art. 1231-2 et s. C. civ.). En matière de responsabilité délictuelle, le principe est celui de la réparation intégrale du préjudice subi (P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 802 et s.).

l'imputation du fait générateur au responsable désigné.²¹³⁶ Nous avons déjà évoqué le fait générateur de la responsabilité du gestionnaire : il peut s'agir d'un dépassement de pouvoir, d'un comportement déloyal ou d'une faute de gestion. La causalité, l'évaluation du préjudice et les règles d'exercice de l'action ne posent pas ici de problème. L'imputation occasionne des particularités qui sont relatives aux relations avec les tiers.²¹³⁷ Nous nous concentrerons donc sur le seul élément qui peut donner lieu à des spécificités en matière de gestion des biens d'autrui dans les relations entre propriétaire et gestionnaire : la réparation du dommage.

315. Bénéficiaire de l'action en cas de propriété collective – La mise en œuvre de la responsabilité civile nécessite d'identifier la personne qui peut réclamer la réparation du dommage causé. Dans les gestions individuelles simples, la victime du dommage est à l'évidence le propriétaire. La situation est cependant plus complexe lorsqu'il s'agit d'une copropriété. Dans ce cas, un patrimoine commun est constitué, autonome vis-à-vis de celui de chaque copropriétaire.²¹³⁸ Si l'un d'eux agit en responsabilité contre le gestionnaire pour faute dans la gestion, il est légitime de se demander à qui profitera l'action : le patrimoine commun (et indirectement, chaque copropriétaire) ou uniquement celui qui agit ?

La réponse dépend du régime et de l'action exercée. En matière d'indivision, le gestionnaire est soumis au régime du mandat : il répond personnellement de ses fautes.²¹³⁹ Le mandant est ici le groupe des indivisaires, représenté par le patrimoine commun. La réparation est donc incluse au compte d'indivision et bénéficiera à l'ensemble d'entre eux. Bien que le gérant soit l'un des co-indivisaires, sa dette envers le patrimoine commun est considérée comme étant extérieure à l'indivision et traitée comme toute créance indivise.²¹⁴⁰ En revanche, si le dommage ne touche qu'un ou plusieurs indivisaires personnellement, la créance n'entre pas dans le compte d'indivision.²¹⁴¹ Le régime est sensiblement le même en droit des sociétés : un associé peut engager la responsabilité du dirigeant à travers une action *ut singuli*, au nom de la

²¹³⁶ *Contra*, P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Études à la mémoire de C. Lapoyade – Deschamps*, Bordeaux, Presse universitaire de Bordeaux, 2003, p. 67-81. Sur cette notion, cf. *infra*, n° 383.

²¹³⁷ Cf. *infra*, n° 383 et s.

²¹³⁸ Cf. *supra*, n° 140.

²¹³⁹ Art. 815-3 et 1873-10 al. 2 C. civ.

²¹⁴⁰ C. ALBIGES, « Indivision : régime légal », *Rép. civ.* Dalloz, 2021, n° 138. V. toutefois un arrêt Cass. Civ. 1^{ère}, 04/04/1991, n° 89-20351, Bull. civ. I, n° 118 ; Defrénois, 1991.868, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1991.IV.216 ; RTD civ. 1992.429, obs. J. PATARIN ; RTD civ. 1992. 797, obs. F. ZENATI, qui traite d'une indivision post-communautaire, dans lequel la conjointe victime a été exonérée des pertes dues à la mauvaise gestion du mari, au lieu de reconnaître une dette de ce dernier envers l'indivision (F. ZENATI, obs. préc.). Cette affaire démontre la difficulté d'articuler la copropriété et la conjugalité en matière de responsabilité.

²¹⁴¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 26/03/1974, n° 72-13132, Bull. civ. I, n° 99 ; D. 1975. 41, note J.-P. SORTAIS.

société, ce qui profitera à tous les copropriétaires ; ou à travers une action individuelle, à son seul bénéficiaire, si le préjudice lui est personnel.²¹⁴² De même pour la faute du syndic à l'égard du syndicat de copropriétaires ou d'un copropriétaire individuel.²¹⁴³

La situation est cependant différente en matière de fonds commun de placement. Le fonds n'ayant pas la personnalité morale, une action *ut singuli* n'est pas envisageable. On aurait pu s'attendre à une solution semblable à celle de l'indivision, où l'action exercée par l'un des porteurs profite à tous. Il n'en est pourtant rien : en l'absence de texte, aucune action au bénéfice du groupe n'est possible, et seule l'action individuelle d'un porteur peut aboutir.²¹⁴⁴ Il s'agit selon nous d'une lacune des textes, la situation particulière du fonds commun ne justifiant en rien l'absence d'une possibilité d'action au bénéfice de tous. La réparation obtenue pourrait être intégrée à l'actif du fonds, et réutilisée pour acquérir de nouvelles valeurs afin de respecter les règles de répartition de l'actif.

Enfin, la faute d'un conjoint dans la gestion de biens communs, et plus largement de biens dont les époux sont copropriétaires, a donné lieu à des débats.²¹⁴⁵ En effet, certains estimaient que la communauté, et donc indirectement l'époux fautif, ne pouvait bénéficier de la réparation du dommage causé.²¹⁴⁶ La Cour de cassation a cependant consacré la solution inverse, selon laquelle la créance bénéficie à la communauté, ce qui rapproche ce régime de celui des autres copropriétés.²¹⁴⁷ Ainsi, le fait que le fautif soit l'un des copropriétaires ne justifie pas d'accorder une réparation aux autres supérieure à la proportion de leur part dans le groupement.

Finalement, la responsabilité civile du gestionnaire pour faute de gestion ne pose pas réellement de difficultés. Lorsqu'il s'agit d'une copropriété, il faut déterminer qui subit le préjudice : est-ce un copropriétaire individuel ou l'ensemble d'entre eux ? Dans le premier cas, l'action lui bénéficie exclusivement, et dans le second, c'est le patrimoine commun qui obtient

²¹⁴² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 439 et s. Pour une étude approfondie de cette distinction, v. G.-A. LIKILLIMBA, « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », RTD com., 2009, p. 1.

²¹⁴³ J.-M. ROUX, art. préc. ; J.-L. BERGEL, I. CASSIN, J.-J. EYROLLES *et alii*, Lamy Droit immobilier, 2021, n° 5322 et 5325.

²¹⁴⁴ I. RIASSETTO, Lamy Droit du financement, 2020, n° 1517-1518. CA Paris, 27/11/2008, n° 07/09689. Plusieurs porteurs peuvent évidemment se réunir pour exercer une action conjointe.

²¹⁴⁵ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 511.

²¹⁴⁶ J. PATARIN, G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, *Statut fondamental et régime légal*, Paris, Defrénois, 4^{ème} éd., 1977, n° 204.

²¹⁴⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 01/02/2012, Bull. civ. I, n° 21 ; D. 2012. 2480, obs. V. BREMOND ; JCP G, 2012. 999, n° 10, obs. A. TISSERAND ; AJ fam. 2012. 152, obs. P. HILT ; Defrénois, 2012. 1198, obs. G. CHAMPENOIS. V. D. AUTEM, « De la nature commune de la créance de réparation du préjudice causé par une faute de gestion des biens communs », Defrénois, 2012, n° 17, p. 828.

réparation, ce qui affecte la valeur de l'ensemble des parts que chacun possède, même celle du fautif le cas échéant.

B) La responsabilité pénale du gestionnaire

316. Infraction générale et infractions spécifiques – La responsabilité pénale du gestionnaire n'est pas engagée de manière aussi automatique que sa responsabilité civile, en raison de la finalité attachée au droit pénal. La sanction pénale est exclusivement punitive et non réparatrice.²¹⁴⁸ Le propriétaire n'a aucun intérêt patrimonial à ce que le gestionnaire soit condamné : sa situation n'en sera pas améliorée si c'est le cas.²¹⁴⁹ Elle ne frappe donc que les comportements les plus répréhensibles du point de vue de la société. L'évolution du droit positif tend néanmoins vers une pénalisation des comportements imprudents, et une sanction plus systématique des infractions économiques.²¹⁵⁰ En matière de gestion des biens d'autrui, cela se manifeste de plusieurs façons.

Nous avons déjà évoqué la sanction pénale du détournement de pouvoir, qui est commune à tous les régimes de gestion des biens d'autrui : l'abus de confiance.²¹⁵¹ Il existe donc une infraction générale qui protège contre la déloyauté du gestionnaire. Existe-t-il d'autres sanctions de ce type pour les principes de diligence et de prudence ? Pour la violation de ces deux principes, le gestionnaire n'engage sa responsabilité pénale que plus rarement. La négligence et l'imprudence sont en principe des fautes non intentionnelles, et ne méritent pas d'être durement sanctionnées, sauf lorsqu'elles démontrent une incompétence grave.²¹⁵² C'est pourquoi seuls certains gestionnaires, en général professionnels, sont susceptibles d'être pénalement punis pour ces fautes. Ainsi, la violation de certaines obligations légales concernant

²¹⁴⁸ P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 598. V. cependant J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Resp. civ. et assur.*, 2013, n° 5, dossier 23.

²¹⁴⁹ Bien que la sanction pénale préalable puisse lui apporter des avantages pour obtenir une réparation au civil. Sur les aspects procéduraires, v. L. RASCHEL, « L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale », *Resp. civ. et assur.*, 2013, n° 5, dossier 24.

²¹⁵⁰ C. DUCOULOUX-FAVARD, art. préc. Nous ne nous attardons pas sur la responsabilité pénale des personnes morales, assez complexe dans son régime, mais qui n'apporte pas de véritable intérêt pour notre sujet, bien que le gestionnaire puisse être une personne morale. V. art. 121-2 C. pén.

²¹⁵¹ Cf. *supra*, n° 297 et s. Elle est complétée par l'abus de biens sociaux dans certains régimes.

²¹⁵² Art. 121-3 al. 3 C. pén. : « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. »

l'hygiène ou la sécurité peuvent entraîner l'engagement de la responsabilité pénale du syndic pour mise en danger de la vie d'autrui ou pour une infraction non intentionnelle.²¹⁵³

En raison des effets importants que leur comportement peut avoir sur la vie économique et sur les salariés de l'entreprise, les dirigeants sociaux sont soumis à une responsabilité pénale plus stricte, et peuvent être visés par des infractions spéciales plus graves en cas de faute de gestion.²¹⁵⁴ En plus des infractions précédentes, causées par un manquement à une obligation légale²¹⁵⁵, le dirigeant d'une société à responsabilité limitée peut être reconnu coupable de nombreuses infractions spécifiques.²¹⁵⁶

La responsabilité pénale du gestionnaire peut être engagée de manière plus limitée que sa responsabilité civile, mais cette atténuation dépend de la qualité du gestionnaire et du secteur concerné.

C) La responsabilité disciplinaire du gestionnaire

317. Sanctions spéciales – Certains régimes prévoient des sanctions supplémentaires spécifiques en raison de la qualité du gestionnaire.²¹⁵⁷ Ainsi, s'il s'agit d'un professionnel, il est possible qu'il appartienne à un ordre qui lui impose le respect de règles déontologiques, parmi lesquelles on trouve en bonne place la loyauté envers le client, et dont la violation est sanctionnée.²¹⁵⁸ En dehors des règles disciplinaires, le gestionnaire peut faire l'objet d'une sanction qui aura un effet sur son activité professionnelle. Le dirigeant social peut être frappé

²¹⁵³ Art. 223-1 C. pén. E. JOLY-SIBUET, art. préc. L'engagement de cette responsabilité est cependant assez complexe (v. CA Aix-en-Provence, 20/01/2014, n° 23/2014 ; Administrer 2014, n° 477, p. 51-53).

²¹⁵⁴ La banqueroute et les infractions qui y sont liées (art. L. 654-1 et s. C. com.) font partie de ces infractions qui s'appliquent à tout dirigeant de personne morale et à leurs administrateurs.

²¹⁵⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 464. Il peut aussi être condamné pour sa participation à une fraude fiscale (Cass. Crim., 19/09/2007, n° 06-88533 ; BJS 2008, § 16, p. 55, note F. DEBOISSY), mais il ne s'agit pas réellement d'une faute de gestion, dans la mesure où la société bénéficie du résultat de l'infraction.

²¹⁵⁶ Art. L. 241-2 et s. C. com. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 465. On peut citer en exemple l'abus de biens sociaux (v. *supra*, n° 298) ou la présentation ou publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle (art. L. 242-6 C. com.).

²¹⁵⁷ S. BERRE, art. préc.

²¹⁵⁸ V. par ex. les notaires, soumis à une déontologie stricte et susceptibles d'être sanctionnés pour une imprudence, négligence ou déloyauté dans la gestion des fonds qui leur sont confiés. J. DE POULPIQUET, « Notaire », Rép. immo Dalloz, 2020, n° 534 et s. V. aussi les articles L. 811-12 A et s. C. com. sur les sanctions disciplinaires applicables aux administrateurs judiciaires ; et art. L. 621-15 C. mon. fin. pour les OPCVM.

de faillite personnelle²¹⁵⁹ ou d'une interdiction de gérer²¹⁶⁰ s'il commet une faute de gestion suffisamment grave.²¹⁶¹

En conclusion, le gestionnaire doit répondre personnellement de sa faute s'il viole l'un des principes fondamentaux. Cela l'incite fortement à adopter un comportement loyal, prudent et diligent, puisqu'il en va également de son intérêt. Ses actions peuvent aussi provoquer sa révocation s'il n'y prend pas garde.

III La révocation

318. Principe de libre révocabilité – La révocation du gestionnaire est la sanction ultime, non pas dans son intensité, mais parce qu'elle met fin à la relation entre le propriétaire et le gestionnaire. Elle renvoie à la décision émanant du propriétaire ou d'un organe de contrôle de supprimer définitivement et unilatéralement les pouvoirs du gestionnaire sur les biens.²¹⁶² La cause de la révocation fait l'objet de discussions dans de nombreux régimes du fait des enjeux qu'elle implique. En effet, dans une optique de protection du propriétaire, il est logique d'admettre que la révocation soit facilitée dès lors que la confiance accordée est rompue.²¹⁶³ Néanmoins, l'intérêt du propriétaire n'est parfois pas le seul en cause, et la révocation peut être limitée afin de protéger celui du gestionnaire ou de tiers. Lorsque le gestionnaire est un professionnel, son activité économique dépend de sa relation avec le propriétaire, d'autant plus si elle est exclusive. C'est la raison pour laquelle la libre révocabilité du mandat est une caractéristique qui tend à s'atténuer avec sa professionnalisation.²¹⁶⁴ De même, il est possible que le gestionnaire ait cette qualité en raison d'un droit dont il dispose sur le bien ; il serait alors

²¹⁵⁹ Art. L. 653-1 et s. C. com. Un comportement déloyal peut donner lieu à cette sanction (art. L. 653-4 C. com.).

²¹⁶⁰ Art. L. 653-8 C. com. L'interdiction de gérer peut aussi être prononcée en tant que peine complémentaire à une infraction pénale (art. L. 249-1 C. com.).

²¹⁶¹ Il peut également engager sa responsabilité fiscale et être solidairement tenu aux dettes fiscales de l'entreprise, mais il ne s'agit pas à proprement parler de la sanction d'une faute de gestion (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 468).

²¹⁶² Nous adoptons une conception large de la révocation, qui ne se limite pas au seul contrat de mandat ou aux régimes de représentation.

²¹⁶³ E. SALLE DE LA MARNIERRE, « Le mandat irrévocable », RTD civ., 1937, p. 241 ; I. NAJJAR, « Mandat et révocabilité », D. 2003, p. 708. M. Didier l'explique par le fait que la révocation est le seul moyen de sanctionner un gestionnaire dont l'action est inefficace sans être fautive (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 257).

²¹⁶⁴ P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157.

injuste de l'en priver simplement parce que le propriétaire le décide. Des tiers peuvent aussi trouver leur intérêt dans la continuation de la gestion.²¹⁶⁵

Les régimes de gestion des biens d'autrui adoptent par conséquent des mécanismes divers face à la révocation. Globalement, il est admis que la révocation *ad nutum*, sur décision unilatérale, sans justification et sans contrepartie, ne peut être réservée qu'à des situations où seul l'intérêt du propriétaire doit être pris en compte, le gestionnaire étant entièrement dévoué à sa satisfaction.²¹⁶⁶ Ce principe reste celui du mandat, dont l'origine demeure ce « contrat d'ami » à titre gratuit.²¹⁶⁷ On le retrouve également en matière d'absence, où le juge peut « à tout moment et même d'office » mettre fin à la mission de l'administrateur²¹⁶⁸, ou de copropriété d'immeubles bâtis.²¹⁶⁹

319. Limites à la révocation – Parallèlement, on reconnaît pour certains gestionnaires un intérêt suffisamment important à rester dans la gestion, ce qui explique les limites posées à leur révocation. D'abord, sans faire obstacle à la libre révocation, certains gestionnaires ne peuvent être révoqués sans contrepartie. Quelques mandats spéciaux appartiennent à cette catégorie. La qualification de mandat d'intérêt commun, d'origine jurisprudentielle, désigne ces contrats dans lesquels la rupture reste à la discrétion du mandant²¹⁷⁰ mais qui, en raison de l'importance économique que représente la relation juridique pour le mandataire, doit donner lieu à une indemnisation.²¹⁷¹ La loi a intégré cette règle pour certains professionnels²¹⁷², et les parties peuvent librement introduire à leur contrat une clause d'indemnisation en cas de révocation.²¹⁷³

²¹⁶⁵ E. SALLE DE LA MARNIERRE, art. préc. L'exemple des patrimoines liquidatifs est assez pertinent : lorsqu'un administrateur est désigné pour prendre en charge la liquidation d'un patrimoine, il ne peut être révoqué par la simple volonté du ou des propriétaires.

²¹⁶⁶ Il convient de tempérer cette liberté en rappelant que la révocation abusive (réalisée de manière brutale ou vexatoire) sera toutefois sanctionnée (Cass. Com., 07/07/1992, n° 90-17885 ; CCC 1992, n° 222, note L. LEVENEUR).

²¹⁶⁷ Art. 2004 C. civ. P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 387 et s. Cf. *supra*, n° 194. Cela vaut également pour les régimes fondés sur le mandat, comme la gestion d'affaires. La fiducie a également adopté ce principe (art. 2028 C. civ.). V. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 372.

²¹⁶⁸ Art. 115 C. civ. F. LAROCHE-GISSEROT, « Absence », Rép. civ. Dalloz, 2019, n° 90.

²¹⁶⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 27/04/1988, n° 86-11718 ; D. 1989, Somm. p. 351, obs. C. ATIAS.

²¹⁷⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 02/10/2001, n° 99-15938, Bull. civ. I, n° 239 ; RTD civ. 2002. 118, obs. P.-Y. GAUTIER : « L'absence de cause légitime ne prive pas d'effet la révocation du mandat d'intérêt commun ».

²¹⁷¹ Ex. : Cass. Com., 26/05/2009, n° 08-13839 ; RJDA 2010, n° 26. Sur cette notion, v. P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 407 et s. et les références citées.

²¹⁷² Art. L. 134-12 C. com. (agent commercial). P. LE TOURNEAU, art. préc. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 45 ; N. FERRIER, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 173-190.

²¹⁷³ P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 396. On parle pour les dirigeants sociaux de « parachutes dorés ». M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 912 et s.

Le dirigeant social occupe une place ambiguë dans cette classification.²¹⁷⁴ Les règles relatives à sa révocation dépendent de la forme sociale de la personne morale qu'il dirige.²¹⁷⁵ Dans une société anonyme, le président du conseil d'administration est révocable *ad nutum* et sans indemnisation²¹⁷⁶, mais le directeur général qui n'est pas également président du conseil d'administration a droit à une réparation s'il est révoqué sans juste motif.²¹⁷⁷ Il en va de même pour le gérant de SARL²¹⁷⁸, de SNC²¹⁷⁹ ou de société civile²¹⁸⁰, ces règles étant supplétives.

Enfin, selon certains auteurs, il existerait des mandats irrévocables, pour lesquels il serait impossible pour le mandant de mettre fin à la relation unilatéralement, sauf faute du mandataire.²¹⁸¹ Son fondement serait son caractère accessoire à une opération juridique plus large, qui intégrerait l'intérêt de tiers, ou la présence d'une clause d'irrévocabilité au sein du contrat.²¹⁸² L'irrévocabilité a pour effet de limiter le mandat dans le temps²¹⁸³ et de ne pouvoir porter que sur certains actes déterminés, car elle emporterait dessaisissement des prérogatives du mandant.²¹⁸⁴ Il semblerait néanmoins que ce mécanisme soit rejeté par la jurisprudence, qui considère que la clause d'irrévocabilité ne prive pas d'effet la révocation du mandataire, même sans juste motif, mais qu'elle donne simplement lieu à une indemnisation.²¹⁸⁵ En effet, plusieurs arguments justifient ce rejet. D'abord, le mandat étant un contrat consensuel, il n'est pas publié et par conséquent est inopposable aux tiers qui n'en ont pas connaissance. Il serait perturbant pour un tiers contractant qui a eu connaissance de la révocation de ne pas pouvoir savoir qui écouter, du mandataire qui évoque l'efficacité de son mandat du fait de la clause d'irrévocabilité ou du mandant qui refuse d'exécuter l'acte conclu en raison de la révocation effectuée. Par

²¹⁷⁴ Un auteur qualifie le dirigeant social de mandataire d'intérêt commun (S. ASECIO, art. préc.).

²¹⁷⁵ Si le dirigeant est également salarié, sa révocation totale nécessite de le licencier aussi, les deux ruptures étant autonomes mais entretiennent des liens étroits (M. RAKOTOVAHINY, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. Soc.*, 2014, p. 152). Pour un rapprochement entre les différents mécanismes de révocation des dirigeants, v. K. ADOM, « La révocation des dirigeants des sociétés commerciales », *Rev. Soc.*, 1998, p. 488.

²¹⁷⁶ Art. L. 225-47 al. 3 C. com. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 905 et s.

²¹⁷⁷ Art. L. 225-55 al. 1 C. com. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 953.

²¹⁷⁸ Art. L. 223-25 C. com. La révocation peut émaner de l'assemblée générale ou d'une décision judiciaire demandée par un associé minoritaire.

²¹⁷⁹ Art. L. 221-12 al. 4 C. com.

²¹⁸⁰ Art. 1851 C. civ.

²¹⁸¹ E. SALLE DE LA MARNIERRE, art. préc. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 43 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 324. *Contra*, P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 400 ; I. NAJJAR, art. préc.

²¹⁸² J. STOUFFLET, « Le mandat irrévocable, instrument de garantie », in *Mélanges en l'honneur d'André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 478-484.

²¹⁸³ Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/1968 ; D. 1968. 624 ; RTD civ. 1968. 560, obs. G. CORNU.

²¹⁸⁴ E. SALLE DE LA MARNIERRE, art. préc. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 43.

²¹⁸⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 05/02/2002, n° 99-20895, Bull. civ. I, n° 40 ; D. 2002. 2640, note Y. DAGORNE-LABBE ; JCP 2003. II. 10029, note D. MARTIN. *Contra*, J. STOUFFLET, art. préc. V. I. NAJJAR, art. préc., qui démontre que l'irrévocabilité implique une dénaturation de la notion de mandat.

ailleurs, rien n'indique que le mandat irrévocable devrait dessaisir le mandant de ses pouvoirs, là encore en raison de l'inopposabilité de l'acte.²¹⁸⁶ Le mandat exclusif, par exemple, n'interdit pas au mandant de réaliser une prérogative confiée au mandataire, simplement, il lui devra une compensation s'il le fait.²¹⁸⁷ Si le transfert de prérogatives implique un dessaisissement, il ne s'agit alors plus d'un mandat au sens strict, mais d'un autre type de contrat. Le mandat à effet posthume en est un bon exemple : il dessaisit le représenté de ses pouvoirs sur les biens gérés.²¹⁸⁸ Mais il reste indirectement révocable dans la mesure où les héritiers peuvent toujours librement aliéner les biens pour y mettre un terme.²¹⁸⁹ Le mandat de la société de gestion est également spécifique car les porteurs de parts ne peuvent pas directement la révoquer, ils ne peuvent le faire qu'en engageant une action en responsabilité, et la révocation est alors judiciaire. Ils peuvent cependant céder leurs parts et ainsi mettre fin à la gestion, mais uniquement de manière individuelle.²¹⁹⁰

Finalement, il semblerait que la révocabilité du mandat implique l'existence de plusieurs contrats différents. Le mandat simple, d'abord, est librement révocable, pour quelque cause que ce soit et sans indemnisation. Le mandat d'intérêt commun et ses dérivés légaux (agent commercial et dirigeants sociaux), ensuite, permettent une révocation pour n'importe quel motif à condition d'indemniser le mandataire si la cause n'est pas légitime. Certains contrats, enfin, empêchent toute révocation sans juste motif et dessaisissent le mandant de ses prérogatives sur les biens gérés. Il n'empêche que le représenté peut toujours se libérer en cédant les biens qui font l'objet de la gestion.

320. Révocation à titre de sanction – Dans toutes ces situations, cependant, la révocation du gestionnaire reste possible, dès lors qu'elle est justifiée par la sanction d'un manquement de sa part. C'est là tout l'intérêt de la révocation : elle peut être l'instrument d'une sanction envers le gestionnaire.²¹⁹¹ S'il a commis une faute, la protection dont il bénéficie au titre de son mandat spécial (indemnisation en cas de rupture) lui est supprimée.²¹⁹² Dans

²¹⁸⁶ Dans le même sens, M. STORCK, *op. cit.*, n° 138.

²¹⁸⁷ P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 65 et 131 et s.

²¹⁸⁸ Cf. *supra*, n° 265.

²¹⁸⁹ Art. 812-4, 5° C. civ. G. WICKER, « Mandats successoraux : Le mandat à effet posthume », J.-Cl. Civil Code, 2014, n° 5. La société de gestion qui administre un fonds commun est dans la même situation : elle ne peut être révoquée par les porteurs de part sans juste motif, mais ils sont libres de céder leurs parts individuellement.

²¹⁹⁰ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 108.

²¹⁹¹ V. en droit québécois : M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 353.

²¹⁹² Cass. Civ. 1^{ère}, 17/03/1987, n° 85-11570, Bull. civ. I, n° 94 (mandat d'intérêt commun) ; art. 812-4, 3° C. civ. (mandat à effet posthume, qui mentionne la « mauvaise exécution ») ; K. ADOM, art. préc. ; M. COZIAN, A.

certaines régimes, la révocation doit passer par une décision de justice ou l'accord d'un organe de contrôle et ne peut émaner directement du propriétaire. C'est le cas lorsque le propriétaire est une personne protégée²¹⁹³, ou lorsqu'il s'agit d'un patrimoine liquidatif²¹⁹⁴ ou collectif.²¹⁹⁵

321. Droit du gestionnaire sur les biens – Lorsque le gestionnaire détient ses prérogatives d'un droit sur les biens gérés, il est beaucoup plus compliqué d'admettre sa révocation, et là encore, une faute sera nécessaire pour exiger son départ. En effet, révoquer le gestionnaire revient dans cette situation à le déchoir de son droit, ce qui est une conséquence importante puisqu'elle revient à le déposséder de l'un de ses biens, et donc à une expropriation.

S'il est titulaire d'un droit sur la chose, une faute suffisamment grave permet de le lui retirer. C'est par exemple le cas du bail, qui peut être résilié en cas de faute du preneur.²¹⁹⁶ De même, l'usufruitier peut être déchu de son droit en cas d'abus de jouissance²¹⁹⁷ et le créancier gagiste avec déposition doit restituer le bien s'il manque à son obligation de conservation.²¹⁹⁸

Si le gestionnaire détient ses prérogatives de sa qualité de copropriétaire, le révoquer implique de l'obliger à céder son droit. Cette possibilité est assez mal vue par le droit positif, qui admet rarement la cession forcée de titres. Elle est permise par exception en droit des sociétés²¹⁹⁹ et peut prendre la forme d'une clause résolutoire, et à ce titre servir de sanction contre un associé.²²⁰⁰ Le droit des entreprises en difficulté l'autorise lorsque l'adoption d'un plan de sauvetage de l'entreprise en dépend, mais il ne s'agit pas à proprement parler d'une

VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1624 (sur les dirigeants sociaux). P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 415.

²¹⁹³ Le principe est énoncé à l'article 396 C. civ. : « Toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'incapacité, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude de celui à qui elle a été confiée. » C'est le conseil de famille ou le juge qui exercent ce retrait (art. 397 C. civ.). C'est le cas pour le mandat de protection future (art. 484 et 485 C. civ.), l'habilitation familiale (art. 494-10 al. 2 C. civ.) et pour les autres mesures de protection (art. 445 C. civ.). Le retrait de l'autorité parentale (et avec elle de l'administration légale) nécessite également une décision de justice et une faute suffisamment grave (art. 378 et s. C. civ.).

²¹⁹⁴ Art. L. 237-22 C. com. Le liquidateur peut être révoqué en cas de faute (Cass. Com., 24/11/1992 ; Bull. Joly 1993.240, note P. LE CANNU ; Rev. Soc. 1993.389, note J. HONORAT). Pour ce qui est de la sauvegarde et du redressement judiciaire, il est possible de demander le remplacement de l'administrateur ou du mandataire judiciaires (art. L. 621-7 C. com.).

²¹⁹⁵ Art. 1873-5 al. 4 C. civ. (indivision).

²¹⁹⁶ Art. 1729 C. civ. Le juge est souverain pour apprécier si la faute est suffisamment grave pour justifier la résiliation (Cass. Civ. 3^{ème}, 12/04/1972 ; JCP 1973. II. 17591, note M. LE GALCHER-BARON).

²¹⁹⁷ Art. 618 C. civ.

²¹⁹⁸ Art. 2344 al. 1 C. civ.

²¹⁹⁹ La jurisprudence a posé un principe d'interdiction d'éviction judiciaire d'un associé sans texte ou clause le prévoyant (Cass. Com., 12/03/1996 ; Rev. Soc. 1996. 554). M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 547 et s.

²²⁰⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 551.

sanction.²²⁰¹ L'interdiction de gérer ou la faillite personnelle qui frappe le dirigeant peut provoquer également la cession forcée de ses droits sociaux s'il en détient.²²⁰²

Dans le cas des patrimoines collectifs sans affectation, la solution est plus compliquée. Dans la mesure où ils n'ont pas de finalité précise, leur liquidation comporte moins d'enjeux que s'ils avaient la personnalité morale, et aucun objectif commun ne relie les copropriétaires entre eux. De plus, l'éviction étant une marque de conflit important entre copropriétaires, il est préférable de mettre fin à la copropriété elle-même si aucune solution amiable ne semble possible plutôt que de permettre l'exclusion de l'un d'eux. Ainsi, en matière d'indivision conventionnelle, il est possible de révoquer le gérant-indivisaire, mais cela ne lui fait pas perdre sa qualité. En contrepartie, la convention est réputée conclue à durée indéterminée pour permettre un partage si les relations entre indivisaires ne peuvent pas s'améliorer.²²⁰³ De même, le patrimoine conjugal appartenant uniquement à deux personnes, et la part de chacun étant indisponible²²⁰⁴, la cession forcée est impossible et l'éviction de l'un des copropriétaires revient à la liquidation du patrimoine.²²⁰⁵

322. Conclusion – Au cours de la gestion, les principes fondamentaux de loyauté, de diligence et de prudence transparaissent au travers du contrôle exercé sur l'action du gestionnaire. Réalisé en principe par le propriétaire, personne la mieux à même de constater les manquements dans la gestion de ses biens, il peut également être le fait d'un organe intégré à la gestion, ou se manifester par l'aide d'un tiers qui constate la faute commise. Ce contrôle passe par plusieurs mécanismes. Il vise d'abord à prévenir et réguler les conflits d'intérêts qui peuvent se présenter au gestionnaire, protégeant ainsi le principe de loyauté. De nombreux régimes prévoient des règles spécifiques qu'il n'est cependant pas possible d'étendre à tous, en raison de la configuration particulière de chacun. Le contrôle de l'action du gestionnaire est ensuite celui des actes qu'il accomplit, ce qui nécessite d'identifier ceux qui sont irréguliers. S'ils violent l'un des principes exposés, ils feront l'objet d'une sanction adaptée à la situation, dépendant de la faute commise (dépassement de pouvoir, détournement ou faute de gestion),

²²⁰¹ Art. L. 631-19-1 et L. 631-19-2 C. com. Cette règle peut s'appliquer aux dirigeants ou à un associé qui bloque l'adoption du plan. P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2020, n° 1052 et 1056 ; P. ROUSSEL GALLE, « La cession forcée des titres du dirigeant et le ministère public », *Rev. Soc.*, 2013, p. 521. Ces dispositions sont bien constitutionnelles, dans la mesure où elles sont exercées dans un objectif d'intérêt général, malgré l'expropriation qu'elles provoquent (CC, 07/10/2015, n° 2015-486 QPC ; BJS 2015. 658, note F. MELIN ; JCP E 2015. 1562, note A. CERATI-GAUTHIER ; JCP G 2015. 1390, note B. BRIGNON).

²²⁰² Art. L. 653-9 al. 2 C. com. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, n° 1378.

²²⁰³ Art. 1873-5 C. civ. C. ALBIGES, « Indivision : régime conventionnel », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 52-53.

²²⁰⁴ Cf. *supra*, n° 140.

²²⁰⁵ Sur cette difficulté, v. J.-F. SAGAUT, art. préc.

de l'information dont dispose le tiers, et du régime de gestion appliqué. Enfin, le comportement fautif du gestionnaire peut provoquer une sanction le visant directement, ce qui l'incite à adopter un comportement conforme aux principes de la théorie générale. L'éventail des sanctions étant relativement important, nous avons évoqué certaines d'entre elles : la réalisation d'une garantie, l'engagement de sa responsabilité et sa révocation.

Il convient à présent de s'intéresser à la fin de la gestion, pour constater que l'application de ces règles s'étend à l'ensemble du processus.

Chapitre 3 : La fin de la gestion

L'issue de la gestion est également marquée par l'application continue des principes de la théorie générale. Elle comprend deux étapes importantes, qui se réalisent simultanément ou successivement et recouvrent une période plus étendue qu'il semblerait. La première est la restitution des biens gérés (Section 1). Elle donne l'occasion d'aborder une règle importante qui découle directement du principe de prudence : l'obligation de conserver ces biens. La seconde est la reddition de compte (Section 2), qui se manifeste de plusieurs façons différentes.

Section 1 : La restitution des biens gérés

La restitution des biens gérés est une étape indispensable de la gestion des biens d'autrui, sans quoi elle n'aurait pas cette nature. En effet, toute action dans l'intérêt d'autrui implique que ce dernier bénéficie de son résultat. Or, la finalité de l'action de gestion est l'usage des biens par leur propriétaire. Il est donc nécessaire qu'il en retrouve l'accès à l'issue de la mission, ou pendant sa réalisation si elle s'exerce sur le long terme (§ 1).²²⁰⁶ Nous nous intéresserons également à ce qu'elle sous-entend, c'est-à-dire l'existence d'une obligation de conserver les biens en vue de leur restitution (§ 2).

§ 1 : La finalité essentielle de la gestion des biens d'autrui

323. Notion de restitution – La gestion des biens d'autrui est une situation dans laquelle une personne, le gestionnaire, administre un ou plusieurs biens appartenant à une autre personne, le propriétaire. Ce faisant, le premier accomplit des actes de gestion dans le but de permettre l'usage de ces biens par le second.²²⁰⁷ Les prérogatives qui lui sont reconnues pour cela impliquent une certaine maîtrise pour le gestionnaire sur les biens concernés. La finalité de la gestion étant l'usage par le propriétaire, il faut par conséquent que la maîtrise du gestionnaire n'empêche pas cet usage, c'est pourquoi il est soumis à un principe de prudence, lui interdisant de réaliser des actes qui l'entraveraient.²²⁰⁸ Mais la gestion pour autrui induit

²²⁰⁶ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 379. La question de l'identification des biens à restituer est également à rattacher à ce sujet (v. B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 521 et s.), mais elle est réglée par les mécanismes permettant leur autonomisation (cf. *supra*, n° 222 et s.) et par la détermination de l'objet de l'obligation de conservation (v. ci-dessous).

²²⁰⁷ Cf. *supra*, n° 75.

²²⁰⁸ Cf. *supra*, n° 204.

également une obligation pour le gestionnaire de laisser l'accès aux utilités des biens pour le propriétaire. Le fait pour le gestionnaire de devoir mettre à disposition du propriétaire les biens gérés est nommé obligation de restitution. On la retrouve à l'article 1197 du Code civil sous le terme « obligation de délivrer », mais ce texte ne fait référence qu'aux relations contractuelles. Pourtant, elle existe également dans les régimes extracontractuels²²⁰⁹, dans la mesure où elle fait partie intégrante de la théorie générale de la gestion des biens d'autrui.²²¹⁰ Elle est implicite dans tous les régimes, puisqu'ils exigent tous une gestion prudente, sous-entendu afin d'en rendre le résultat au propriétaire. C'est ce qui distingue la gestion des biens d'autrui de la situation du propriétaire-gestionnaire, qui a la libre disposition de ses biens.²²¹¹

324. Objet de la restitution – La restitution ne se traduit pas forcément par une délivrance physique des biens. Accomplir des actes de gestion sur un bien ne nécessite pas d'en avoir la détention. Il est possible que le gestionnaire n'ait jamais le bien entre ses mains, et que le propriétaire en conserve l'usage durant la gestion.²²¹² A l'inverse, dans d'autres régimes, le gestionnaire détient le bien durant toute sa mission et le propriétaire n'y aura aucun accès ou un accès limité.²²¹³ Pourtant, dans les deux cas, il reste selon nous tenu d'une obligation de restitution, dans le sens où il doit de toute façon permettre l'accès du propriétaire aux utilités du bien qui lui reviennent.

Lorsque la gestion est purement juridique, le gestionnaire n'a pas la détention des biens gérés. Mais il a accès à certaines de leurs utilités. Le mandataire chargé de vendre un bien a accès à sa valeur monétaire et peut donc en récolter le prix de vente. La restitution peut alors avoir plusieurs objets : les fruits éventuellement produits par les biens et perçus par le

²²⁰⁹ *Contra*, C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 9-10. L'auteur distingue l'obligation conventionnelle de conservation et l'obligation délictuelle de réparation, qui découle d'un dommage causé et ne nécessite pas de relation préalable. Cette distinction n'est cependant pas pertinente, et on le constate lorsqu'elle exclut de son sujet les obligations *propter rem* mais pas celles qui pèsent sur l'usufruitier, alors qu'elles ont la même nature (*ibid.*, n° 11).

²²¹⁰ M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 390 ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, n° 1154 et s. ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2019, n° 642 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 278 et s.

²²¹¹ Cf. *supra*, n° 168.

²²¹² C'est par exemple le cas du logement de la personne protégée : celle-ci continue d'y vivre et son administrateur n'a qu'un pouvoir juridique sur ce bien. *Contra*, P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 325, qui introduit une obligation de mise à disposition des biens au sein de son modèle de contrat de gestion.

²²¹³ Nous pouvons citer l'usufruit, les sûretés réelles avec dépossession, le fonds commun de placement, certaines formes sociales, la fiducie sans mise à disposition... Il existe aussi des régimes mixtes, qui peuvent prévoir un accès limité aux biens par le propriétaire, comme l'indivision ou le mandat. La détention dépend dans ces cas de la situation de fait.

gestionnaire, le prix de leur cession, et plus largement, toute somme récoltée auprès de tiers en lien avec la gestion des biens.²²¹⁴

La restitution concerne également, à la fin de sa mission, les prérogatives qu'il détient sur le bien. Ce processus est le miroir du transfert de gestion, qui est à l'origine de la situation de gestion des biens d'autrui. A son terme, le gestionnaire perd ses prérogatives sur les biens du propriétaire et les lui restitue.²²¹⁵

325. Moment de la restitution – La restitution a lieu en principe à l'issue de la mission du gestionnaire, lors de la reddition de compte²²¹⁶, mais pas nécessairement. Pour ce qui est de la restitution des prérogatives, elle se déroule effectivement au terme de la gestion. Mais pour les fruits produits par les biens, ce n'est pas le cas. Par exemples, les bénéfices créés par une société, distribués sous forme de dividendes, peuvent l'être à tout moment, et les associés n'ont pas à attendre la dissolution de la personne morale pour y avoir accès.²²¹⁷

Lors de la restitution, se pose la question de la détermination des biens qui doivent être rendus au propriétaire. Or, pour qu'ils soient rendus, il faut qu'ils aient été conservés durant leur administration.

§ 2 : Le fondement de l'obligation de conservation

326. Restitution et conservation – Il existe un lien direct entre obligation de restitution et obligation de conservation. En effet, permettre au propriétaire d'accéder aux utilités de ses biens suppose que celles-ci ne disparaissent pas. L'article 1197 précité est d'ailleurs très clair sur ce point : « L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance. » La conservation est un dérivé du terme latin *servus*, qui signifie « esclave », car celui qui conserve un bien le fait pour autrui. Le but de la conservation est de protéger la propriété d'autrui.²²¹⁸ L'obligation de restitution fonde celle de conservation : la première est la finalité de la gestion, et elle ne peut être réalisée que si la seconde est exécutée.²²¹⁹ Elles constituent les deux faces d'une même pièce. C'est la raison pour laquelle

²²¹⁴ Cf. *infra*, n° 336.

²²¹⁵ Il n'est pas nécessaire que le propriétaire les ait préalablement perdues, la gestion concurrente étant possible. Cf. *supra*, n° 264.

²²¹⁶ P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, coll. BDE, n° 627.

²²¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 1160 et s.

²²¹⁸ Sur l'origine du mot et son histoire, v. C. BRUNETTI-PONS, *op. cit.*, n° 1 et s.

²²¹⁹ C. BRUNETTI-PONS, *op. cit.*, n° 4.

l'une et l'autre sont communes à tous les régimes de gestion des biens d'autrui et intègrent la théorie générale.²²²⁰

327. Nature de l'obligation de conservation – Certains auteurs distinguent restitution et conservation parce qu'ils réduisent la seconde au fait de rendre le bien en bon état.²²²¹ Ils en concluent que l'obligation de restitution est une obligation de résultat (la délivrance du bien) alors que l'obligation de conservation (la délivrance du bien en bon état) serait une obligation de moyens avec présomption de faute. La confusion provient de la rédaction de l'article 1137 ancien du Code civil (article 1197 nouveau) et de son utilisation par la doctrine. Ce texte a servi à fonder la distinction entre obligations de moyens et de résultat, parce qu'il mentionne la charge d'apporter « tous les soins raisonnables » à son exécution.²²²² L'obligation de conservation a par conséquent été présentée comme l'archétype de l'obligation de moyens. Pourtant, la loi et la jurisprudence déclarent à de nombreuses reprises que l'effet essentiel de cette qualification (la charge de la preuve de l'inexécution pesant sur le créancier) ne s'y appliquait pas.²²²³ La notion même d'obligation de moyens avec présomption de faute est selon nous un oxymore. Il serait donc plus pertinent de voir dans l'obligation de conservation une obligation de résultat, qui est la traduction directe du principe de prudence : le gestionnaire doit s'assurer de préserver les utilités des biens gérés, sans quoi il engage sa responsabilité, sauf s'il prouve n'avoir commis aucune faute.²²²⁴ Elle se confond avec celle de restitution, l'inexécution de l'une entraînant obligatoirement l'inexécution de l'autre. Le fait que l'inexécution soit totale (disparition complète du bien) ou partielle (restitution du bien en mauvais état) ne concerne que le montant que la réparation qui sera due.²²²⁵

²²²⁰ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 656. On retrouve une trace de l'obligation de conservation dans tous les régimes de gestion des biens d'autrui. V. la liste faite par C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 313 et s., qui mentionne la détention du bien d'autrui, le droit des personnes protégées, les patrimoines liquidatifs, les mandataires et assimilés, le gérant d'immeuble et les droits sur la chose d'autrui. Cette liste n'est pas exhaustive, et il faut y ajouter notamment les actes accomplis par le dirigeant d'une personne morale (v. *supra*, n° 257). V. également en droit québécois : M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 198.

²²²¹ C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 599 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, n° 855.

²²²² Cf. *supra*, n° 305. C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 599.

²²²³ Ex. : art. 1730 et 1732 C. civ. pour le bail ; art. 1933 C. civ. et Cass. Civ. 1^{ère}, 29/03/1989, *Bull. civ. I*, n° 142 ; *RTD civ.* 1989. 560, obs. P. JOURDAIN pour le dépôt

²²²⁴ Il s'agit selon nous du sens de la référence aux « soins raisonnables » de l'article 1197 C. civ. : la présomption de faute du gestionnaire n'est pas irréfragable et il peut démontrer qu'il a apporté les soins qui convenaient. Le standard du raisonnable implique l'utilisation de l'appréciation *in abstracto* de la faute (cf. *supra*, n° 307).

²²²⁵ Sur la charge de la conservation de manière générale, v. C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 320 et s.

328. Objet de la conservation et intérêt du propriétaire – L’obligation de conservation n’est cependant pas monolithique pour toutes les situations de gestion des biens d’autrui. A l’inverse de ce qu’estime la doctrine majoritaire, l’objet de la conservation ne dépend pas de la nature des biens gérés mais de l’intérêt du propriétaire. Une partie de la doctrine considère que l’obligation de conservation ne porte que sur des biens aux caractéristiques spécifiques.²²²⁶ Or, la disparition de certains biens engage la responsabilité du gestionnaire, alors que d’autres non.²²²⁷ Ces auteurs expliquent que pour les biens consommables et fongibles, l’objet de la conservation ne serait pas les biens eux-mêmes mais l’universalité de fait qui les contient.²²²⁸ Mais cette conception ne retient qu’une sorte de conservation, la conservation en nature.²²²⁹ Il est cependant possible d’admettre que la conservation puisse avoir lieu en valeur.²²³⁰ Tout dépend en réalité de la destination que le propriétaire attribue à ses biens, et des utilités dont il souhaite bénéficier. S’il est intéressé par la valeur utile d’un bien, le gestionnaire s’attachera à préserver les caractéristiques du bien permettant son usage par le propriétaire. S’il ne lui attribue qu’une valeur monétaire, le gestionnaire devra s’assurer que c’est la valeur représentée par ce bien qui est protégée, soit en accomplissant des actes l’empêchant de perdre de la valeur²²³¹, soit en le remplaçant par un autre bien d’une valeur équivalente.

L’étude du portefeuille de valeurs mobilières est très significative. Généralement, le propriétaire d’un portefeuille de valeurs n’est attaché qu’à sa valeur monétaire, il s’agit pour lui de placements financiers.²²³² Le remplacement de certains titres par d’autres, dès lors que cet acte permet de conserver la valeur globale du placement, va donc dans son intérêt. Pour le

²²²⁶ C. BRENNER, *L’acte conservatoire*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1999, n° 224 (qui la restreint aux biens ayant une valeur monétaire) ; C. BRUNETTI-PONS, *op. cit.*, n° 6 (qui la limite aux choses corporelles) ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 852 (concernant l’usufruit, ils la limitent aux choses non consommables et non périssables). Un auteur distingue selon la nature des biens mais aussi selon la technique utilisée (elle parle cependant de l’obligation de restitution) (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 523 et s.).

²²²⁷ Cf. *supra*, n° 235.

²²²⁸ M. STORCK, « La propriété d’un portefeuille de valeurs mobilières », in *Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 695- 707 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 528 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Usufruit », *Rép. civ.* Dalloz, 2019, n° 509.

²²²⁹ C’est effectivement le principe énoncé à l’article 1352 C. civ., mais ce texte fait référence à l’annulation ou la résolution d’un contrat, ce qui n’est pas nécessairement la cause de la fin de la gestion. Dans le cas de l’universalité, il s’agit également d’une conservation en nature mais dont l’objet n’est pas le contenu mais le contenant. V. S. PIEDELIEVRE, « Universalité et gestion d’un portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et pat.*, 2000, n° 82.

²²³⁰ Dans le même sens, F. ZENATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsycose de la valeur) », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 605-639, spéc. n° 20.

²²³¹ S’il s’agit par exemple d’une créance, le gestionnaire devra s’assurer de l’efficacité du droit du propriétaire, en empêchant sa prescription ou en exerçant une action en vue de l’exécuter.

²²³² « L’associé a fait place à l’épargnant. » D. FIORINA, « L’usufruit d’un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD civ.*, 1995, p. 43.

justifier, la jurisprudence et la doctrine ont qualifié le portefeuille d'universalité de fait, considérant que son gestionnaire devait en conserver la substance, c'est-à-dire la valeur globale.²²³³ Les biens contenus dans l'universalité seraient alors fongibles et susceptibles d'être remplacés. Mais universalité et fongibilité ne sont pas corrélées : dans un fonds de commerce, qui est qualifié d'universalité de fait, certains biens sont fongibles (stocks, fonds propres...) et d'autres non (bail commercial, machines industrielles...)²²³⁴

En réalité, la confusion qui a lieu en doctrine provient surtout de la conception classique de la notion d'acte de disposition, qui est rattaché abusivement à l'aliénation.²²³⁵ Dès lors qu'on admet qu'une aliénation puisse être un acte d'administration si l'intérêt du propriétaire le commande, il devient inutile d'avoir recours à la notion d'universalité dans ce contexte.²²³⁶ Ce concept présente de nombreux avantages pour appréhender un groupe de biens, mais il n'est pas indispensable pour identifier l'objet de l'obligation de conservation, qui est la valeur de chaque bien présent dans la masse.²²³⁷ C'est donc l'intérêt du propriétaire qui indique au gestionnaire l'objet de l'obligation de conservation, qui peut être en nature ou en valeur, et pas la nature du bien, qui est indifférente. Ce faisant, l'intérêt du propriétaire a une influence sur la qualification du bien, qui peut devenir fongible et susceptible d'être subrogé, dès lors que c'est sa valeur qui l'intéresse.²²³⁸

²²³³ Cass. Civ. 1ère, 12/11/1998, n° 96-18041, Bull. civ. I, n° 315 ; GAJC, 12e éd., n° 77 ; D. 1999. 167 ; D. 1999. 633, note D. FIORINA ; RTD civ., 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; RTD com., 1999, p. 459, obs. M. STORCK ; JCP N 1999. 351, note H. HOVASSE. V. notamment D. FIORINA, art. préc. ; H. HOVASSE, « Incapacités et valeurs mobilières », Defrénois, 1995, p. 369 ; S. PIEDELIEVRE, art. préc.

²²³⁴ V. S. PIEDELIEVRE, art. préc., qui constate que le propriétaire peut exiger du gestionnaire une finalité différente pour chaque titre, ce qui empêche leur fongibilité et la reconnaissance d'une universalité unique. Il remarque cependant que la notion d'universalité est utile pour unifier la gestion de différents biens (de même que F. ZENATI, obs. préc.). V. aussi P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 457 et s.

²²³⁵ Cf. *supra*, n° 244 et s. V. typiquement D. FIORINA, art. préc., qui s'efforce de démontrer que l'usufruitier peut accomplir certains actes de disposition sans porter atteinte à la substance du portefeuille, ce qui est antinomique avec la notion d'acte de disposition.

²²³⁶ Dans le même sens, L. AYNES, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Soc.*, 1999, p. 593.

²²³⁷ Dans ce sens, R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Defrénois*, 1997, n° 2, p. 65 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 467 et s.

²²³⁸ Si on s'intéresse à une action, sa possibilité d'aliénation par l'usufruitier dépend de la destination que lui donne le nu-propiétaire : placement financier ou moyen de contrôle d'une société (L. AYNES, art. préc.). Sur le caractère artificiel de la fongibilité, v. E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.*, 1995, p. 479 ; A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD com.*, 1995, p. 307 ; F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.*, 1995, p. 307 ; M. GRIMALDI, « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *LPA*, 23/07/1999, n° 146, p. 4 ; F. ZENATI, art. préc. ; R. HAMOU, « La fiducie-gestion et le quasi-usufruit : étude approfondie des effets de la consomptibilité », *Dr. et pat.*, 2003, n° 119 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 2003, p. 298 et s. ; J.-M. PLAZY, « Le quasi-usufruit », in *L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018. Sur le lien entre fongibilité et subrogation, v. F. ZENATI, art. préc., n° 26 et s. ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 541 et s. et les références citées.

La gestion des biens d'autrui, parce qu'elle suppose que le propriétaire bénéficie ultimement du résultat de la gestion, implique une obligation de restitution pour le gestionnaire. Cette dernière suppose corrélativement une obligation de conservation des biens gérés, en nature ou en valeur selon la destination voulue par le propriétaire. Cette conservation peut engendrer des frais dont la répartition doit être réglée par l'opération de reddition de compte.

Section 2 : La reddition de compte

329. Définition – Afin d'évaluer l'action du gestionnaire, il est nécessaire de faire le bilan de son administration. Ce mécanisme se nomme reddition de compte. Il peut cependant recouvrir plusieurs concepts. A l'origine, la reddition de compte renvoyait simplement au fait pour le détenteur du bien d'autrui de le restituer à son propriétaire.²²³⁹ Elle fait aujourd'hui référence plus largement²²⁴⁰ au fait de réaliser un compte de gestion, listant l'ensemble des créances réciproques du gestionnaire et du propriétaire, afin d'apurer les relations entre les parties.²²⁴¹ Des auteurs en ont une conception encore plus large, et y intègrent l'obligation de faire un compte-rendu de la gestion, ce qui se traduit de deux manières : l'obligation de faire un bilan d'étape régulier de la gestion, et l'obligation de donner toutes les informations utiles sur l'avancée de la gestion au propriétaire.²²⁴² Nous adhérons à cette dernière définition : la reddition de compte est un processus dont le but est à la fois de contrôler la diligence du gestionnaire, ce qui peut se faire en cours de gestion grâce aux informations transmises par ce dernier, et à la fois d'apurer les créances qu'ils peuvent avoir l'un envers l'autre en fin de gestion.²²⁴³

²²³⁹ R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, Dalloz, 1969, n° 155.

²²⁴⁰ *Contra*, B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 632, qui distingue restitution des biens et reddition de compte.

²²⁴¹ « Opération consistant de la part d'un mandataire, d'un administrateur du patrimoine d'autrui, d'un comptable, à présenter à l'amiable ou en justice son compte de gestion (sommes dépensées, sommes encaissées, indemnités, etc.), afin que celui-ci soit vérifié, réglé et arrêté. » Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Reddition ». N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 1156.

²²⁴² P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, coll. BDE, n° 368 et s. ; P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 614 et s. ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 632 et 636 ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 284 et s. ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2019, n° 640 ; M. MEKKI, « Le mandat », J.-Cl. Civil Code, 2020, n° 40.

²²⁴³ Dans le même sens : M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 388 : « Le compte définitif de l'administrateur du bien d'autrui vise un double objectif : identifier exactement ce qui doit être remis et fournir les renseignements permettant de juger si l'administrateur a exercé ses pouvoirs avec diligence et loyauté. » V. aussi F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 640.

La reddition de comptes est une étape nécessaire dans tous les régimes de gestion des biens d'autrui.²²⁴⁴ Il ne faut néanmoins pas en conclure qu'elle s'applique automatiquement et toujours de la même manière. Elle est la plupart du temps supplétive²²⁴⁵, et parfois même facultative.²²⁴⁶ L'obligation pour le gestionnaire de transmettre les informations à sa disposition est plus ou moins intense selon sa qualité et le régime concerné. Les créances du gestionnaire envers le propriétaire peuvent également varier selon qu'une rémunération est prévue ou non. Les objectifs et la procédure sont toutefois globalement les mêmes. Nous aborderons successivement chaque finalité de la reddition de compte : l'évaluation de l'action du gestionnaire (§ 1) et la liquidation des créances réciproques (§ 2).

§ 1 : L'évaluation de l'action du gestionnaire

330. Mise en œuvre du contrôle – La reddition de compte a d'abord pour but de vérifier que le gestionnaire respecte ses obligations et accomplit véritablement et diligemment sa mission. Pour cela, le propriétaire doit avoir accès à deux choses : l'état de départ des biens gérés et la description du résultat de leur administration. C'est pourquoi l'inventaire est un élément important du processus.²²⁴⁷ Malheureusement, il n'est pas exigé dans tous les régimes de gestion des biens d'autrui, ce qui peut compliquer l'évaluation de la gestion.²²⁴⁸ Par ailleurs, l'évolution de l'état des biens n'est pas forcément à mettre au débit ou au crédit du gestionnaire, qui ne répond que des fautes qu'il commet dans le cadre de sa gestion. Leur détérioration, si elle est causée par l'effet du temps et de l'usage, ne peut lui être reprochée, de même que la perte de valeur qui ne lui est pas imputable.²²⁴⁹ Il est toutefois redevable de toute détérioration

²²⁴⁴ « Nul ne reçoit la chose d'autrui qu'il n'en doive rendre compte. » Citation de LOYSEL, in L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, 1999, n° 288, p. 576. V. aussi M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 379 ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 288 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 326 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 636 ; V. MIAILHE, « La délimitation des prérogatives en fonction des techniques », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252.

²²⁴⁵ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 637. Elle peut parfois être d'ordre public, notamment en matière de tutelle selon une jurisprudence ancienne (Cass. Civ., 29/06/1903 ; D. 1903.I.411).

²²⁴⁶ En matière d'administration légale, le juge peut demander l'établissement d'un inventaire actualisé chaque année ainsi qu'un compte de gestion annuel (art. 387-4 et 387-5 C. civ.). Les relations familiales entre propriétaire et gestionnaire impliquent une confiance accrue et une atténuation de la reddition de compte (F. BICHERON, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in N. Dissaux (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 97-113).

²²⁴⁷ « C'est la combinaison de l'inventaire et des comptes qui permet de suivre les résultats de la gestion. » R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 158. V. aussi P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 620 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 638.

²²⁴⁸ Cf. *supra*, n° 222 et s.

²²⁴⁹ C'est ce que prévoient les textes : art. 607 C. civ. (usufruit) ; art. 1732 C. civ. (bail) ; art. 1884 C. civ. (prêt à usage) ; art. 1932 C. civ. (dépôt) ; art. 1999 al. 2 C. civ. (mandat)...

ou perte de valeur causée par sa faute.²²⁵⁰ La reddition de compte permet d'apprécier l'état des biens et leur évolution, mais ne peut servir à conclure à la négligence du gestionnaire.²²⁵¹

La fréquence de ce contrôle peut varier. En principe, il ne survient qu'une seule fois, à l'issue de la mission. Mais lorsqu'il s'agit d'une gestion courante qui dure dans le temps, la production de comptes annuels ou sur demande permet au propriétaire ou à l'organe de contrôle d'évaluer plus efficacement le résultat de la gestion.²²⁵²

331. Obligation d'information – La production de comptes réguliers n'est cependant pas suffisante pour considérer l'obligation de compte-rendu comme étant remplie. Le gestionnaire doit également informer le propriétaire durant le cours de sa mission en portant à sa connaissance tout élément qui pourrait provoquer de sa part une décision quant à la suite de la mission.²²⁵³ Il est également tenu d'informer le propriétaire de l'état d'avancement de sa mission, afin que ce dernier puisse l'évaluer, en dehors du simple résultat comptable contenu dans les comptes réguliers qu'il met à sa disposition.²²⁵⁴ Enfin, si la mission confiée avait pour but un résultat particulier, le gestionnaire doit informer le propriétaire de son succès ou de son

²²⁵⁰ R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 155. Cf. *supra*, n° 314.

²²⁵¹ Art. 1999 al. 2 C. civ. : « S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres. »

²²⁵² R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 157 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 623 et s. Ex. : art. 387-5 C. civ. (administration légale, mais la reddition de comptes est facultative) ; art. 510 et s. C. civ. (droit des personnes protégées) ; art. 486 C. civ. (mandat de protection future) ; art. 812-7 C. civ. (mandat à effet posthume) ; art. 813-8 C. civ. (mandat successoral judiciaire) ; art. 815-8 C. civ. (indivision) ; art. 1855 C. civ. (société civile) ; art. 1873-11 C. civ. (convention d'indivision) ; art. L. 123-12 et s. C. com. (sociétés commerciales) ; art. L. 225-117 C. com. (société anonyme) ; art. L. 533-15 C. mon. fin. (OPCVM)... V. en droit québécois : art. 1351 et s. et 1363 et s. C. C. Q. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 307. Depuis peu, le droit des majeurs protégés prévoit la possibilité de dispenses de reddition de compte (art. 513 C. civ. ; N. PETERKA, « La déjudiciarisation du droit des majeurs protégés par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », JCP G, 2019, 437 ; J.-J. LEMOULAND, « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs », D. 2019, p. 827).

²²⁵³ P. PETEL, *op. cit.*, n° 394 et s. ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 647 ; F. JULIENNE, art. préc. ; N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 1170 et s. ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 642. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 14/01/1997, Bull. civ. I, n° 18 : obligation pour le mandataire. Elle peut même aller jusqu'à un devoir de conseil (N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 1006 et s. ; M. MEKKI, F. JACOB, « Synthèse : Le mandat », J.-Cl. Civil Code, 2021, n° 39). V. pour le banquier dépositaire de valeurs mobilières : B. BOULOC, « La responsabilité en matière de gestion de titres », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, LexisNexis, 1999, p.437-447. Et pour le prestataire de services d'investissement : M. STORCK, « Du devoir d'alerte en droit des marchés financiers », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, LGDJ, 2006, p. 514-527. Enfin, pour les époux : R. CABRILLAC, « L'information entre époux dans les régimes matrimoniaux », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 129-138.

²²⁵⁴ P. PETEL, *op. cit.*, n° 411 et s. ; T. REVET, obs. sur Cass. Civ. 1^{ère}, 03/12/2002, RTD civ. 2003, p. 118 (qui parle d'une « mesure privée d'instruction »). Les associés peuvent également poser des questions écrites aux dirigeants sociaux (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 1112, 1628, 1767 et 1849).

échec. L'obligation d'information est de résultat, que la gestion soit ou non une réussite.²²⁵⁵ Elle est d'autant plus importante lorsque la gestion est déléguée et que les biens gérés représentent une grande valeur. C'est le cas notamment en matière de gestion de sociétés cotées²²⁵⁶ et d'OPCVM.²²⁵⁷

Non seulement utile pour évaluer l'action du gestionnaire, la reddition de compte permet également la liquidation des créances entre propriétaire et gestionnaire.

§ 2 : La liquidation des créances réciproques

332. Procédure de liquidation et nature du compte – A l'issue de la mission confiée au gestionnaire, il convient d'apurer ses relations avec le gestionnaire, ce qui se traduit par une phase de liquidation. Elle comprend deux étapes. La première est la détermination des créances de chacun envers l'autre, afin d'obtenir un solde qui sera présenté et arrêté par le propriétaire ou son organe de contrôle.²²⁵⁸ La seconde est le paiement du solde par celui qui en est le débiteur à l'autre.²²⁵⁹ Nous nous concentrerons ici uniquement sur la nature des créances à prendre en compte dans le calcul du solde.

Il convient de présenter d'abord la nature du compte en question pour en apprécier les effets. Le développement de la monnaie scripturale a fait évoluer la tenue du compte de gestion, passant de la simple détention de fonds pour le compte d'autrui avant leur restitution à une compensation de créances au sein d'un compte abstrait.²²⁶⁰ Ce dernier peut avoir différentes natures selon plusieurs auteurs. Celle d'un compte arithmétique, qui ne fait que recenser les créances de chacun envers l'autre sans provoquer de conséquences juridiques, et celle d'un compte autonome, qui provoque l'application de certains effets.²²⁶¹ La notion de compte de

²²⁵⁵ P. PETEL, *op. cit.*, n° 418 ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 642. CA Paris, 13/09/2018, n° 16/18122.

²²⁵⁶ V. MAGNIER, « Gouvernance des sociétés cotées », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 85 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1107. Les sociétés cotées doivent informer leurs actionnaires des conséquences environnementales et sociales de leur action et des solutions qu'elles mettent en place pour les réduire (V. MAGNIER, « Gouvernance des sociétés cotées », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 102).

²²⁵⁷ Art. L. 533-22-2-1 C. mon. fin. I. RIASSETTO, M. STORCK, *Les organismes de placement collectif*, Issy-les-Moulineaux, éd. Joly, t. 1, 2^{ème} éd., 2016, n° 991 et s. ; I. RIASSETTO, *Lamy Droit du financement*, 2020, n° 1662 et s. ; P.-F. CUIF, « Gestion (contrat de) », *Lamy Patrimoine*, 2013, n° 330-125.

²²⁵⁸ P. PETEL, *op. cit.*, n° 602 et s. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 381 et s. ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 642 ; M. MEKKI, F. JACOB, « Synthèse : Le mandat », *J.-Cl. Civil Code*, 2021, n° 42.

²²⁵⁹ P. PETEL, *op. cit.*, n° 625 et s.

²²⁶⁰ R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 159.

²²⁶¹ P. PETEL, *op. cit.*, n° 532 ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 618 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 639.

gestion et ses effets sont cependant discutés.²²⁶² Nous ne préférons pas nous attarder sur ces débats et constatons simplement que le compte de gestion aboutit à un solde qui opère une compensation entre les créances du gestionnaire et du propriétaire, quel que soit le régime de gestion considéré, car tous créent des obligations réciproques entre eux.²²⁶³ Il nous paraît plus intéressant de déterminer la nature des créances qui sont susceptibles de peser sur chacun : celles du gestionnaire envers le propriétaire (I) et celle du propriétaire envers le gestionnaire (II).

I Les créances du gestionnaire envers le propriétaire

333. Indemnisation du gestionnaire – Un constat peut être fait sur l'ensemble des régimes de gestion des biens d'autrui : celui de la nécessaire indemnisation du gestionnaire. Celui qui administre des biens qui ne lui appartiennent pas exclusivement doit toujours être indemnisé pour les frais que son action a engendrés et le préjudice subi.²²⁶⁴ On retrouve cette conséquence au sein du régime du mandat, sur lequel s'appuient un grand nombre d'autres régimes.²²⁶⁵ De même au sein des propriétés collectives comme l'indivision²²⁶⁶ ou la communauté.²²⁶⁷ On peut y voir un élément de la théorie générale de la gestion des biens d'autrui.

Cette règle générale comporte néanmoins des nuances. D'abord, ne sont pris en compte que les frais raisonnables.²²⁶⁸ Si les dépenses du gestionnaire étaient excessives par rapport à l'objectif visé, il ne peut en réclamer le remboursement. Sont également exclues les dépenses causées par la faute ou l'imprudence de l'administrateur.²²⁶⁹

²²⁶² La présentation classique est celle de A. CHAVANNE, *Essai sur la notion de compte en droit civil*, Paris, LGDJ, 1947, p. 215 et s., qui retient comme effets la novation (toute nouvelle créance ajoutée au solde le modifie et crée une nouvelle obligation qui remplace l'ancienne) et l'indivisibilité des créances (indisponibilité des créances particulières qui ont été fondues dans le compte et du solde provisoire). Les auteurs postérieurs ont contesté l'effet novatoire (P. PETEL, *op. cit.*, n° 543 et s. ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 642, en tout cas pour le mandat) ou celui de l'indivisibilité (M.-T. RIVES-LANGE, *Le compte courant en droit français*, Paris, Sirey, 1968 ; N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2008). Sur le fonctionnement du compte bancaire, v. *supra*, n° 225.

²²⁶³ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 615. La question se posait surtout pour les droits sur la chose d'autrui, cf. *supra*, n° 99.

²²⁶⁴ N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 1284 et s. Cette règle n'est cependant pas impérative, et les parties peuvent convenir d'une répartition des risques différente. F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 644.

²²⁶⁵ Art. 1999 C. civ. F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 644 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2021, n° 302 et s. Cf. *supra*, n° 193 et s.

²²⁶⁶ Art. 815-13 C. civ.

²²⁶⁷ Art. 1433 C. civ.

²²⁶⁸ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 391 et s. Cass. Com., 20/02/1990, n° 88-10695, Bull. civ. IV, n° 50.

²²⁶⁹ La règle générale est énoncée à l'article 1352-1 C. civ. Ex. : art. 1999 al. 2 et 2000 C. civ. (mandat) ; art. 815-13 C. civ. (indivision) ; art. 1732 C. civ. (bail). Cf. *infra*, n° 383 et s. sur les préjudices causés aux tiers.

Surtout, elle s'applique différemment lorsque le gestionnaire a lui-même un droit sur le bien. S'il fait partie des copropriétaires, il devra supporter une partie des frais de gestion dans la mesure où les sommes utilisées sont communes. Sa part dans la contribution à la dette dépend donc de sa part dans la propriété collective.²²⁷⁰ Lorsqu'il a simplement un droit sur la chose d'autrui, l'indemnisation dépend de la nature de l'acte réalisé.²²⁷¹ Si le gestionnaire a accompli un acte qui ne faisait pas partie de ses obligations, il aura droit à une indemnisation.²²⁷² Sinon, il était supposé le réaliser et doit en supporter le coût.²²⁷³ Enfin, sans même avoir de droit sur le bien, le gérant d'affaires devra également participer aux frais de gestion s'il était intéressé au résultat de son action.²²⁷⁴

334. Gestion gratuite ou rémunérée – La rémunération se définit ici comme « toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité. »²²⁷⁵ Elle se distingue de l'indemnisation, qui vise à dédommager le gestionnaire des frais qu'il a engagés dans le cadre de sa mission.²²⁷⁶ La rémunération va au-delà de l'indemnisation car elle implique un enrichissement du gestionnaire, il retire un avantage de son action. Elle peut prendre n'importe quelle forme, qu'il s'agisse d'une commission, d'honoraires, d'émoluments, de fruits, d'intérêts ou d'avantages en nature. Elle constitue une créance de ce dernier envers le propriétaire et doit donc être ajoutée au solde du compte.²²⁷⁷ Elle est une manière de l'inciter à réaliser sa mission de la manière la plus efficiente lorsqu'il

²²⁷⁰ Sauf clause contraire, le passif d'un patrimoine commun est réparti en proportion de la part de chacun sur ce patrimoine (art. 815-10 al. 4 C. civ. ; art. 1844-1 C. civ.).

²²⁷¹ Par ex., en matière de gage avec dépossession, l'article 2343 C. civ. dispose que seules les « dépenses utiles ou nécessaires » sont remboursées. V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 6^{ème} éd., 2018, n° 919.

²²⁷² Le titulaire du droit ne peut cependant pas agir de n'importe quelle manière. En matière de bail, il doit d'abord réaliser une mise en demeure et obtenir une autorisation judiciaire d'agir pour espérer être indemnisé (Cass. Civ. 3^{ème}, 20/03/1991, n° 89-19866 ; RTD civ. 1991. 735, obs. J. MESTRE). Par ailleurs, la dépense qui serait inutile pour le propriétaire et extérieure aux obligations du titulaire du droit ne sera pas non plus indemnisée, comme une dépense voluptuaire (ex. : peinture des murs du bien loué). V. CA Lyon, 20/05/2014, n° 12/08005.

²²⁷³ La situation de l'usufruitier-bailleur est à ce titre intéressante. Dans un cas d'espèce, un locataire exige envers son bailleur la réfection de la toiture du logement loué. Ce dernier refuse, arguant de sa qualité d'usufruitier, et estimant que la charge des travaux revient au nu-propriétaire. La Cour de cassation répond qu'à l'égard du locataire, le bailleur est tenu de réaliser toute réparation qui n'est pas d'entretien, quelle que soit sa qualité (Cass. Civ. 3^{ème}, 28/06/2006, Bull. civ. III, n° 161 ; D. 2006.IR.2056 ; JCP 2006.I.178, chron. H. PERINET-MARQUET ; RTD civ. 2006. 788, obs. P.-Y. GAUTIER). En revanche, l'usufruitier pourra demander remboursement au nu-propriétaire en raison des améliorations effectuées (P.-Y. GAUTIER, obs. préc. ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 836). Pour une étude approfondie, v. F. PLANCKEEL, « La combinaison de l'usufruit et du bail », RTD civ., 2009, p. 639.

²²⁷⁴ Art. 1301-4 C. civ. P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 21.

²²⁷⁵ Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Rémunération ».

²²⁷⁶ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 184.

²²⁷⁷ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 185 ; F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 643 et s. ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 313 et s.

n'est pas motivé par des considérations morales, ou lorsque le lien affectif avec le propriétaire est insuffisant. Elle assure la transparence des relations entre propriétaire et gestionnaire et justifie la charge de la gestion.²²⁷⁸ Sans lien affectif ni rémunération, le gestionnaire n'a *a priori* aucun intérêt à être prudent, diligent et loyal envers le propriétaire.²²⁷⁹

Historiquement, la gestion des biens d'autrui est considérée comme un service d'ami qui ne nécessite pas de rémunération.²²⁸⁰ Le régime du mandat en est un bon exemple.²²⁸¹ Le droit romain le considère comme étant par essence gratuit.²²⁸² Néanmoins, la rémunération est possible par exception sous forme d'honoraires, qui représentent une reconnaissance du service rendu.²²⁸³ Il s'agit d'une expression de gratitude et non d'un paiement dans l'esprit des juristes de l'époque. Sous l'Ancien droit, cette idée perdure malgré la multiplication en pratique des mandats salariés, qui sont justifiés par une intention libérale et unilatérale du mandant (d'où l'expression de « profession libérale » pour les professionnels qui réalisent des mandats).²²⁸⁴ Un courant minoritaire admet toutefois que la gratuité soit de la nature du mandat et pas de son essence.²²⁸⁵ Le Code civil suit cette idée et fait de la gratuité une simple présomption.²²⁸⁶ Malgré les réticences d'une partie de la doctrine²²⁸⁷ et de la jurisprudence²²⁸⁸, il sera admis progressivement que le mandat peut tout à fait être salarié.²²⁸⁹ La pratique est par ailleurs conforme à cette idée, et nombre de mandataires exercent à titre professionnel.²²⁹⁰ Il est même présumé être salarié dans ce contexte.²²⁹¹ A l'instar du mandat, la gestion des biens d'autrui

²²⁷⁸ Il convient de remarquer que l'existence d'une rémunération a un effet sur la responsabilité du gestionnaire, qui sera plus sévèrement appréciée dans ce cas, cf. *supra*, n° 308.

²²⁷⁹ A. COURET, « Le désintéret social », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 63-77.

²²⁸⁰ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 8 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 367.

²²⁸¹ V. notamment F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité : Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 593-630 ; L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité : Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. Dissaux (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 1-38.

²²⁸² « Tout mandat doit être gratuit, car il doit son origine à l'amitié : c'est un service qu'on rend à un ami ; et l'idée d'un service d'ami n'est pas compatible avec celle d'un salaire. » PAUL, D. 17. 1. 1. 4.

²²⁸³ ULPIEN, D. 17. 1. 6.

²²⁸⁴ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Le Clerc, t. 1, 1777, p. 154 ; R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, Paris, 1830, t. 3, n° 22.

²²⁸⁵ A.-G. BOUCHER D'ARGIS, « Procuration », in *L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, t. 13, 1765, p. 410.

²²⁸⁶ Art. 1986 C. civ.

²²⁸⁷ M. TROPLONG, *Du mandat*, Paris, 1846, p. 8, qui fonde la distinction entre le mandat salarié et le mandat gratuit sur la nature de l'activité exercée, certains services étant « inestimables parce qu'ils sont le fruit d'un dévouement, du zèle, de l'amitié. »

²²⁸⁸ Cass. Req., 27/01/1812.

²²⁸⁹ J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 4, 1837, n° 267 et s. Le critère de la représentation sera ensuite adopté comme caractéristique essentielle du mandat (cf. *supra*, n° 194).

²²⁹⁰ P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157.

²²⁹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 10/02/1981, Bull. civ. I, n° 50. F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 645.

dans son ensemble comporte un important volet professionnel et salarié, même si de nombreux régimes restent fondés sur l'altruisme et les relations affectives.²²⁹²

335. Modes de rémunération – Le gestionnaire peut être rémunéré de différentes manières. La plupart du temps, il reçoit un paiement régulier pour la mission effectuée s'il s'agit d'une mission au long cours, ou unique à son issue. Cette charge pèse sur le propriétaire.²²⁹³ C'est la personne qui désigne le gestionnaire qui fixe également le montant de sa rémunération en principe, à moins qu'il soit légalement déterminé.²²⁹⁴ Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs reçoit par exemple des émoluments qui sont supportés de manière totale ou partielle par le majeur protégé, cumulés à une dotation globale accordée par le département, selon un barème fixé par décret.²²⁹⁵ Le gestionnaire peut également être rémunéré pour l'ensemble de sa mission en une fois, et sa rémunération peut dépendre du résultat de sa gestion.²²⁹⁶ L'émolument de l'administrateur judiciaire dépend ainsi du nombre de salariés de l'entreprise débitrice, de son chiffre d'affaires et du prix de cession le cas échéant.²²⁹⁷ Lorsque la loi ne prévoit rien et qu'il s'agit d'un transfert de gestion judiciaire, c'est au juge de fixer la rémunération accordée au gestionnaire. C'est le cas pour l'administrateur des biens de l'absent²²⁹⁸ et l'administrateur provisoire des biens successoraux.²²⁹⁹

Lorsque le transfert de gestion est conventionnel, la rémunération du gestionnaire dépend de l'acte conclu entre les parties. Elles peuvent ou non prévoir une rémunération, et

²²⁹² Un auteur y voit même l'émergence d'un « droit à rémunération » pour le gestionnaire (B. BALIVET, *op. cit.*, n° 365 et s.). M. Cuif donne à son contrat de gestion un caractère onéreux (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 567). Comp. en droit québécois : « À moins que l'administration ne soit gratuite en vertu de la loi, de l'acte ou des circonstances, l'administrateur a droit à la rémunération fixée par l'acte, les usages ou la loi, ou encore à celle établie d'après la valeur des services. » (art. 1300 C. C. Q.). V. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 177 et s., qui expose les nombreuses exceptions à ce principe.

²²⁹³ V. cependant le cas de la rémunération de l'administrateur *ad hoc* des biens du mineur, dont l'émolument est fixé par arrêté et pèse sur la personne condamnée aux dépens ou choisie par le juge (art. 1210-3 C. pr. civ.).

²²⁹⁴ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 183. Sur la révision judiciaire de la rémunération, v. F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 645 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 318 et s.

²²⁹⁵ Art. L. 361-1 et L. 471-5 CASF.

²²⁹⁶ B. BALIVET, *op. cit.*, n° 381.

²²⁹⁷ Art. R. 663-3 et s. et A. 663-4 et s. C. com.

²²⁹⁸ Art. 114 C. civ.

²²⁹⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 28/03/2019, n° 18-14364 ; D. actu. 12/04/2019, obs. F. MELIN : « en application des articles 720 et 721 C. pr. civ., le juge calcule la rémunération « suivant la nature et l'importance des activités de l'auxiliaire de justice, les difficultés qu'elles ont présentées et la responsabilité qu'elles peuvent entraîner. »

décider de son montant. Le dépôt²³⁰⁰, la fiducie²³⁰¹, le mandat, le contrat relatif à l'administration d'une copropriété par un syndic²³⁰², le contrat de gestion de portefeuille²³⁰³ sont dans cette situation. La rémunération des dirigeants sociaux est toutefois plus complexe car elle dépend de la forme sociale adoptée.²³⁰⁴ Elle peut prendre la forme de « stock-options », qui sont des offres de souscription ou d'achat d'actions accordées au dirigeant de société anonyme.²³⁰⁵ Elles lui permettent d'acquérir à des conditions avantageuses et s'il le souhaite des actions de la société, ce qui lui attribue la qualité d'actionnaire et donc de copropriétaire des biens sociaux. Le gestionnaire se retrouve alors intéressé directement au résultat de sa propre gestion en tant que copropriétaire des biens gérés.²³⁰⁶

Ce type d'intéressement est fréquent en matière de propriété collective et de droits sur la chose d'autrui. En effet, une bonne gestion des biens confère un avantage à toute personne qui dispose de leur jouissance, que ce soit à travers leur usage ou par la perception de fruits. Il ne faut toutefois pas confondre ce type de rémunération avec la compensation des frais relatifs à la gestion, car les fruits sont utilisés dans ces deux situations.²³⁰⁷ Ainsi, les fruits des biens propres d'un époux sont intégrés à la communauté en contrepartie du fait que la communauté doit supporter la charge de ces biens²³⁰⁸, mais un créancier gagiste peut se payer sur les fruits produits par les biens qu'il détient et aura droit en plus à l'indemnisation des frais de conservation qu'il aurait engagés.²³⁰⁹ A proprement parler, on ne peut pas vraiment parler de

²³⁰⁰ Art. 1928 C. civ. *in fine*. Comme le mandat, le dépôt est présumé être salarié lorsque le dépositaire est un professionnel (Cass. Civ. 1^{ère}, 05/04/2005, n° 02-16926, Bull. civ. I, n° 165 ; D. 2005, p. 1049 ; RTD com., 2006, p. 185, obs. B. BOULOC ; CCC, 2005, Comm. 148, note L. LEVENEUR ; RDC, 2005, p. 1029, obs. P. BENABENT ; RDC, 2005, p. 1123, obs. P. PUIG ; JCP G, 2006, I, 123, n° 8, obs. F. LABARTHE).

²³⁰¹ B. FRANCOIS, « Fiducie », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 157.

²³⁰² Art. 18-1 A L. n° 65-557 du 10/07/1965. La rémunération du syndic professionnel est toutefois assez complexe : elle doit être forfaitaire mais peut évoluer en comprenant des « honoraires spécifiques » venant rémunérer certains travaux plus exceptionnels, dont la liste est fixée par décret.

²³⁰³ Le mode de rémunération des sociétés de gestion est toutefois très encadré : art. 321-116 et s. Règ. AMF.

²³⁰⁴ Sur ce sujet, v. L. AMIEL-COSME, « Rémunération des dirigeants sociaux », Rép. soc. Dalloz, 2017. Alors que la fixation du salaire du gérant de SARL se fait librement au sein des statuts, celui du dirigeant de société anonyme doit respecter un certain nombre de règles qu'il n'est pas utile de détailler ici.

²³⁰⁵ Art. L. 225-184 C. com. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1282 et s. Sur les liens entre l'intéressement au résultat et la théorie de l'agence, v. A. COURET, art. préc. (en faveur) ; A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Pluriel, 2020, p. 268 et s. (pour une critique).

²³⁰⁶ Ce type de rémunération peut aussi donner lieu à des abus, le dirigeant pouvant profiter de sa position pour influencer sur le cours de l'action à court terme et revendre ses parts pour faire un bénéfice au détriment de l'intérêt de la société à long terme. Le conseil d'administration ou le conseil de surveillance peuvent limiter la cession des parts ainsi acquises s'ils en ont la volonté (art. L. 225-185 al. 4 C. com.), mais cette restriction reste assez timide.

²³⁰⁷ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 448 ; B. BALIVET, *op. cit.*, n° 374.

²³⁰⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 31/03/1992, Bull. civ. I, n° 96 ; JCP N 1992, II, p. 333, note J.-F. PILLEBOUT ; JCP N. 1993, p. 21, note A. TISSERAND ; Defrénois 1992, art. 35348, p. 1121, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 1993, p. 401, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

²³⁰⁹ Art. 2343 et 2345 C. civ. Il semble que la règle s'applique également au créancier d'un gage immobilier, qui « peut » employer les fruits perçus aux frais de conservation, mais n'est pas obligé (art. 2389 et 2390 C. civ.).

rémunération, car en réalité, le processus est inverse : c'est parce que les copropriétaires ou les titulaires de droits sur la chose d'autrui ont accès à la jouissance des biens qu'ils doivent en assumer la charge de la gestion. Il n'empêche que le fait de récolter les résultats d'une bonne gestion incite à remplir sa mission efficacement. Précisons que dans le cas de l'indivision, l'indivisaire-gestionnaire est redevable des « produits nets de sa gestion » (sous-entendu, les fruits et revenus tirés des biens indivis), mais a droit à une rémunération pour le travail fourni, fixée conventionnellement ou judiciairement à défaut.²³¹⁰ Il s'agit ici d'une véritable rémunération qui n'est pas réalisée par l'intermédiaire de l'appropriation des fruits, mais par une créance sur l'indivision, ce qui le rapproche d'un dirigeant social.

Le gestionnaire a envers le propriétaire deux créances principales : l'indemnisation des frais engendrés, qui vaut pour tous les régimes de gestion des biens d'autrui mais comporte des nuances ; et sa rémunération, qui est facultative mais fréquente. Le propriétaire a également des créances envers le gestionnaire à l'issue de leur relation.

II Les créances du propriétaire envers le gestionnaire

336. Restitution des biens et du résultat de la gestion – A l'issue de sa mission, le gestionnaire doit restituer au propriétaire les biens qu'il lui avait confiés.²³¹¹ La créance de restitution se transmet aux ayants-droit du propriétaire. Selon la destination que le propriétaire leur avait donnée, les biens devront être rendus dans le même état que celui qu'ils avaient au départ, améliorés, ou substitués par d'autres biens. Tout dépend de l'objet de l'obligation de conservation qui s'impose au gestionnaire.²³¹² Devront également être remis tous les biens et fonds provenant de tiers à l'attention du propriétaire et détenus par le gestionnaire dans le cadre de sa gestion.²³¹³ En matière de copropriété, les biens faisant l'objet de la gestion sont réintégrés dans le patrimoine commun, et ont vocation à être partagés entre les copropriétaires en proportion de la part de chacun.²³¹⁴

²³¹⁰ Art. 815-12 C. civ. C. ALBIGES, « Indivision : régime légal », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 118 et s., spéc. n° 124.

²³¹¹ Cf. *supra*, n° 323.

²³¹² Cf. *supra*, n° 328. M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris, Cujas, 1991.

²³¹³ Art. 1352-3 C. civ. L'indivisaire doit par exemple restituer les produits nets de sa gestion (art. 815-12 C. civ.). Pour un exposé détaillé en matière de mandat, v. P. PETEL, *op. cit.*, n° 554 et s. V. les particularités propres aux mandats entre époux : R. BERNARD-MENORET, « Les mandats conventionnels entre époux », LPA, 15/10/2004, p. 3.

²³¹⁴ Ex. : art. 815-10 al. 4 C. civ. (indivision) ; art. 1843-2, 1844-1 et 1844-9 C. civ. (société).

337. Conclusion du chapitre – La fin de la gestion renvoie à deux étapes essentielles : la restitution des biens gérés et la reddition de comptes. La première fait référence à l'accès que le gestionnaire doit laisser au propriétaire dans l'usage de ses biens, soit tout au long de la gestion, soit à son terme lorsqu'il doit lui en redonner la détention. Elle ne peut se réaliser que si les biens ont subsisté à son action. C'est pourquoi y est rattachée une autre obligation, celle de conserver les biens, en nature ou en valeur, selon l'intérêt que leur porte le propriétaire. La seconde a une double nature : elle se traduit à la fois par une obligation d'information à l'égard du propriétaire et/ou de l'organe de contrôle, afin de s'assurer que le gestionnaire a bien accompli sa mission et respecté les principes fondamentaux ; et à la fois par l'opération de liquidation des créances de l'un envers l'autre.

338. Conclusion du titre – L'étude de l'ensemble des règles qui régissent la relation entre le propriétaire et le gestionnaire nous enseigne l'application de trois grands principes, la loyauté, la diligence et la prudence, dont le respect par le gestionnaire est indispensable tout au long de sa mission. Nous avons analysé chronologiquement les différentes étapes que l'on retrouve dans tous les régimes de gestion des biens d'autrui et pouvons en conclure à l'existence d'une théorie générale composée de ces trois principes. La particularité de chaque régime explique que certains mécanismes ne puissent s'appliquer à l'ensemble d'entre eux, comme l'autonomisation des biens gérés ou la régulation des conflits d'intérêts. A l'inverse, certaines règles intègrent pleinement la théorie générale que nous proposons, parce qu'elles sont consubstantielles à la gestion de biens d'autrui. Il s'agit du contrôle de l'action du gestionnaire, de la sanction des actes irréguliers, des obligations de restitution et de conservation des biens gérés, et de la reddition de compte, chacune s'appliquant avec des nuances et des adaptations à chaque régime.

La théorie générale nous semble par conséquent être une réalité qu'il convient de reconnaître. Elle s'étend également d'une manière différente aux relations avec les tiers, afin de garantir l'efficacité de la gestion réalisée.

Titre 2 : L'efficacité de la gestion auprès des tiers

339. Notion de tiers – L'analyse de la théorie générale de la gestion des biens d'autrui ne serait pas complète sans l'étude des rapports qu'elle entraîne avec les tiers. Cela nécessite d'identifier au préalable les personnes qualifiées comme telles. Classiquement, le tiers est défini comme celui qui n'est pas partie à un acte juridique. Ce simple constat n'est cependant pas suffisant à délimiter cette notion, qui a fait l'objet de débats.²³¹⁵ Il faut d'abord distinguer le « tiers qualifié », selon les mots de M. Delmas-Saint-Hilaire, du *penitus extraneus*, celui qui n'a aucun lien avec la relation juridique et ne présente pas d'intérêt pour l'étude de ces rapports.²³¹⁶ Mais il convient également de tenir compte de la situation particulière qui est celle de la gestion des biens d'autrui.

En premier lieu, la gestion peut s'exercer par des actes juridiques mais également des actes matériels. La notion de tiers retenue ne peut donc pas se restreindre à celle choisie pour l'acte juridique. En second lieu, la gestion des biens d'autrui fait intervenir un certain nombre d'agents intermédiaires, qui participent plus ou moins à la réalisation des actes de gestion, et dont les relations sont imbriquées. Il est par conséquent nécessaire de déterminer quelle relation sert de référentiel à la qualification de tiers pour identifier ceux qui n'en font pas partie.

Nous faisons le choix de nous centrer sur la relation entre le propriétaire et le gestionnaire, que nous qualifierons de « parties ».²³¹⁷ Est qualifiée de tiers toute personne qui n'est pas partie à cette relation, et qui n'est donc ni propriétaire, ni gestionnaire ; mais qui est intéressée d'une manière ou d'une autre par la situation de gestion des biens d'autrui.²³¹⁸ Cela peut concerner plusieurs catégories de personnes.

²³¹⁵ A l'origine, les parties étaient assimilées aux seuls auteurs de l'acte juridique. Les discussions doctrinales des années 1990 ont abouti à l'extension dans le temps du critère d'identification des parties et à la variation de leur qualité, et corrélativement de celle des tiers. V. J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP G, 1992, doctr. 3628 ; « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ., 1994, p. 777 ; J.-L. AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ., 1993, p. 263 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ., 1994, p. 275. Sur ces débats, cf. P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, p. 16-20 ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, n° 408 et s. V. aussi antérieurement M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 34 et s.

²³¹⁶ P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 1-9.

²³¹⁷ Nous faisons ici un choix sémantique purement didactique : cela ne signifie pas nécessairement que le gestionnaire et le propriétaire ont conclu un acte. Ils sont parties à la situation juridique qu'est la gestion des biens d'autrui, à laquelle ne participent pas les tiers.

²³¹⁸ P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 8, qui retient également le critère de « l'intéressement ».

La première est celle des organes de contrôle.²³¹⁹ Dans la mesure où ils interviennent directement dans la relation entre le propriétaire et le gestionnaire, leur statut de tiers est ambigu. Lorsqu'ils participent à la réalisation des actes de gestion, ils peuvent même, par certains aspects, être qualifiés de gestionnaires.²³²⁰ Nous n'étudierons pas leur situation car celle-ci a déjà été abordée et parce qu'ils n'agissent pas dans leur intérêt personnel mais dans celui du propriétaire. Leur place est donc particulière, et bien qu'ils soient tiers à la situation, ils s'intègrent pleinement dans le système de gestion.²³²¹

La deuxième est celle des personnes ayant obtenu un droit sur le bien par le biais du gestionnaire. C'est par exemple le cas du locataire qui a conclu son contrat avec l'usufruitier du bien. Sa situation est ambivalente puisqu'il reste un tiers envers le propriétaire avec qui il n'a pas de lien juridique. Mais en parallèle, il devient gestionnaire du bien du fait de sa détention et des obligations qui pèsent sur lui. Il nous semble que dans cette situation, la personne qui accomplit des actes de gestion sur le bien d'autrui doit être qualifiée de gestionnaire, même si ses prérogatives lui ont été transmises par un intermédiaire. Elle ne sera donc pas évoquée par la suite. De même, la personne qui devient gestionnaire en substitution du précédent n'est pas un tiers, puisqu'il acquiert une nouvelle qualité de gestionnaire.²³²²

La troisième catégorie est celle des tiers contractants, c'est-à-dire les personnes qui ont conclu un acte juridique avec le gestionnaire dont l'objet est un bien appartenant au propriétaire. Ils sont directement affectés par la situation de gestion des biens d'autrui dans la mesure où ils contractent volontairement avec le gestionnaire relativement aux biens du propriétaire, et sont pleinement concernés par les développements qui suivent.

La quatrième et dernière catégorie est celle des autres tiers intéressés. Il s'agit globalement de ceux qui peuvent subir un préjudice du fait de la gestion : créanciers chirographaires du propriétaire, victime d'un accident lors de la réalisation d'un acte matériel... A l'inverse des précédents, ces tiers n'ont pas choisi d'établir un rapport avec le propriétaire et le gestionnaire et la situation s'est imposée à eux de manière défavorable.²³²³ Ils seront également étudiés dans les développements suivants.

²³¹⁹ Cf. *supra*, n° 279 et s. V. P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 103 et s. ; N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 523 et s.

²³²⁰ Cf. *supra*, n° 180.

²³²¹ V. N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 698, qui qualifie d'intermédiaires « les personnes qui, favorisant la conclusion d'un contrat pour le compte d'autrui, sont à la fois parties à la procédure de conclusion de ce contrat et tiers à son émolument ».

²³²² Cf. *supra*, n° 217 et s.

²³²³ P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 219 et s.

340. Intégration de l'intérêt des tiers – La gestion des biens d'autrui est une situation dans laquelle une personne, le gestionnaire, réalise des actes matériels ou juridiques sur des biens appartenant à une autre personne, le propriétaire, dans l'intérêt de ce dernier. Pour que son administration soit véritablement efficace, il faut que les actes réalisés soient reconnus par les tiers comme étant valides, qu'ils leur soient opposables. Les tiers doivent pouvoir savoir à qui s'adresser s'ils ont besoin d'établir une relation avec l'une des parties concernant les biens administrés. Les solutions proposées par le droit positif sont alors variées et dépendent de facteurs extérieurs à la relation qui lie propriétaire et gestionnaire. La théorie générale de la gestion des biens d'autrui doit par conséquent intégrer ces divergences au sein de son système et les expliquer.²³²⁴

Celle que nous proposons est fondée sur la protection de l'intérêt du propriétaire, mais il ne saurait supplanter celui du tiers. Sa prise en compte est une contrainte que le gestionnaire doit intégrer à sa prise de décision, sans quoi l'équilibre entre les intérêts ne serait pas assuré.²³²⁵ Cependant, le gestionnaire agit uniquement dans l'intérêt du propriétaire, et il n'est pas chargé de rechercher celui des tiers. La protection qui lui est due ne peut donc être mise en œuvre que de manière objective, selon les paradigmes du droit positif : l'individualisme, le libéralisme et le rationalisme. Le tiers, comme tout *homo juridicus*, est supposé être un individu rationnel cherchant à satisfaire son intérêt personnel et prenant ses décisions en connaissance de cause.²³²⁶ C'est pourquoi les effets de la gestion vont varier selon le régime juridique choisi, l'information à la disposition du tiers et son intention d'établir un rapport.

Ces trois facteurs vont influencer le mode de relations qui s'applique avec les tiers. Il en existe trois différents : la représentation parfaite, la représentation imparfaite et la gestion sans représentation. Il convient de les présenter avant d'apprécier leur champ d'application, ce dernier dépendant des trois facteurs précités.

Nous analyserons donc en premier lieu les modes de relations avec les tiers (Chapitre 1) avant de s'intéresser en second lieu aux facteurs influençant l'application des modes de relations (Chapitre 2).

²³²⁴ « Dès qu'un troisième personnage apparaît dans une situation juridique, les difficultés se multiplient. Passer de deux à trois ce n'est pas, comme en arithmétique, multiplier par 1,5 ; c'est décupler les difficultés. » R. RODIÈRE, préface de A. UTUDJIAN, *La location de véhicules pour le transfert routier de marchandises*, 1964, p. 6, cité par J. NÉRET, *Le sous-contrat*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1979, p. 195.

²³²⁵ P. DIDIER, « Rapport de synthèse », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 217-234.

²³²⁶ Cf. *supra*, n° 166.

Chapitre 1 : Les modes de relations avec les tiers

341. Dissociation des qualités – Nous appelons « mode de relations avec les tiers » les différentes techniques d'imputation des effets d'un acte passé pour le compte du propriétaire par le gestionnaire.²³²⁷ En effet, lorsque le gestionnaire réalise un acte (matériel ou juridique), celui-ci est susceptible de créer des relations juridiques envers les tiers, qui deviennent ainsi liés aux parties. Le lien juridique entre deux personnes est un droit subjectif, plus particulièrement ici un droit personnel puisqu'il relie deux personnes identifiées : le tiers et le propriétaire ou le gestionnaire.²³²⁸ Selon la théorie dualiste de l'obligation, le droit personnel peut être divisé en deux parties : le *debitum*, qui correspond à la prestation due, ou plutôt à « l'avantage économique retiré du contrat »²³²⁹ ; et l'*obligatio*, qui renvoie à la faculté qu'a le créancier d'exiger le paiement auprès du débiteur, quitte à exercer son droit de gage général sur son patrimoine.²³³⁰ Cette distinction se retrouve dans son versant négatif dans celle entre l'obligation à la dette, qui signifie qu'un débiteur peut être appelé en paiement de l'obligation, et la contribution à la dette, c'est-à-dire le devoir pour une personne de supporter la charge économique définitive de la dette.²³³¹ Il est possible de dissocier ces deux versants : ainsi, une personne peut être créancière du *debitum* et/ou de l'*obligatio*, ou être débitrice du *debitum* et/ou de l'*obligatio*. Cela permet de comprendre que les modes de relations entre les parties et les tiers peuvent varier.²³³²

La question qui se pose est celle du partage des qualités de créancier et de débiteur. Il faut d'abord comprendre que les relations avec les tiers peuvent être réciproques : le tiers et les parties peuvent être créanciers et/ou débiteurs. Du côté du tiers, pour simplifier la situation,

²³²⁷ Nous excluons dès à présent les relations de travail, qui ne concernent pas la gestion de biens et sont soumises à un régime particulier. Pour un aperçu, v. G. AUZERO, « La représentation en droit du travail en France », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 205-215.

²³²⁸ Cf. *supra*, n° 67.

²³²⁹ F. LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom », RTD civ., 1999, p. 283, n° 23.

²³³⁰ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations* (1937), Paris, Dalloz, 2004, p. 14 ; F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964 ; F. LEDUC, art. préc. ; S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », RTD civ., 2008, p. 401 et les références citées ; C. WITZ, « Droit de gage général », J-Cl. Civil Code, 2016, n° 55 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 12^{ème} éd., 2018, n° 2. Pour une analyse plus précise, v. N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, n° 591 et s.

²³³¹ Sur ce raisonnement, v. F. LEDUC, art. préc.

²³³² Un auteur (M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 80 et s.) utilise un autre type de distinction qui aboutit à un résultat différent. Il se fonde sur la qualité de partie, qui est divisée en trois éléments : l'auteur de l'acte, le titulaire du droit subjectif exercé, et le sujet d'imputation des effets de l'acte. Cette division nous paraît cependant plus complexe et moins pertinente, puisqu'elle exclut la possibilité d'une gestion sans représentation dans l'intérêt d'autrui en se concentrant uniquement sur la réalisation d'actes juridiques par l'intermédiaire d'un pouvoir.

nous estimerons qu'il concentre à lui seul toutes les qualités : il engage son patrimoine et supporte la charge de son action en tant que débiteur, et peut à la fois bénéficier du résultat de l'opération et agir contre le débiteur de l'*obligatio* en tant que créancier. Du côté des parties, la réponse est plus complexe, et c'est ce qui explique l'existence de plusieurs modes de relations. Quatre solutions sont possibles. Dans la première, le propriétaire est à la fois titulaire du *debitum* et de l'*obligatio*. Le gestionnaire, qui a réalisé l'acte, est alors extérieur à la relation et parfaitement transparent. On parle de représentation parfaite. Dans la deuxième, c'est le gestionnaire qui est à la fois débiteur du *debitum* et de l'*obligatio*. Il s'agit d'une gestion sans représentation. La troisième solution implique une dissociation entre *debitum* et *obligatio*. Dans celle-ci, le propriétaire est titulaire du premier (il supporte la charge économique de la gestion) et le gestionnaire du second (il engage son patrimoine en cas d'inexécution). On parle de représentation imparfaite.²³³³ La dernière situation est celle où le propriétaire est titulaire de l'*obligatio* et le gestionnaire du *debitum*, ce qui signifie qu'il a agi dans son propre intérêt en engageant le patrimoine du propriétaire. Il commet dans ce cas une faute qui peut être sanctionnée.²³³⁴ Cette dernière situation ne crée pas de mode de relations particulier avec le tiers, car de son point de vue, rien ne distingue la situation d'une représentation parfaite ou d'une gestion sans représentation.²³³⁵

Il convient donc d'analyser les trois modes de relations entre les tiers et les parties : la représentation parfaite (Section 1), la représentation imparfaite (Section 2), et la gestion sans représentation (Section 3).

Section 1 : La représentation parfaite

342. Historique – La représentation parfaite est une situation dans laquelle une personne accomplit un acte au nom et pour le compte d'autrui dans la limite de ses pouvoirs.²³³⁶ Elle implique la réalisation d'un acte juridique par une personne donc les effets seront imputés

²³³³ La distinction entre représentation parfaite et imparfaite est discutée en doctrine, mais il s'agit surtout de conflits autour de la sémantique. Un auteur distingue plusieurs groupes selon la conception stricte ou extensive qu'ils utilisent des notions de mandat et de représentation (M.-L. IZORCHE, « A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, p. 369). Le problème de cet exposé est qu'il occulte selon nous les véritables cas d'action sans représentation. Or, il nous paraît nécessaire de distinguer la réalisation d'un acte matériel et l'action d'un commissionnaire. C'est pourquoi nous admettons une conception stricte du mandat (qui ne peut exister qu'avec une représentation parfaite), mais nuancée de la représentation (qui peut être parfaite, imparfaite, ou ne pas exister). Cf. *infra*, n° 346.

²³³⁴ M. STORCK, *op. cit.*, n° 86. Cf. *supra*, n° 296 et s.

²³³⁵ Tout dépend de l'information dont il dispose, cf. *infra*, n° 370 et s.

²³³⁶ Art. 1154 al. 1 C. civ. Vocabulaire juridique G. CORNU, v. « Représentation ».

sur une autre personne.²³³⁷ Elle est apparue relativement tardivement en droit positif. On en trouve seulement quelques traces en droit romain, dans la mesure où les membres de la famille pouvaient accomplir certains actes au nom du *pater familias*, mais ce dernier représentait la famille entière. On peut donc estimer qu'ils agissaient comme des organes de la famille, sans réelle personnalité juridique.²³³⁸ Le *nuntius* qui existait à cette époque n'est pas considéré comme un véritable représentant mais seulement comme un messager de la volonté du père de famille.²³³⁹ Le formalisme du droit romain, qui exige la présence de toutes les parties, complique le processus de représentation.²³⁴⁰ On retrouve un tel formalisme au début du Moyen-Âge.²³⁴¹ A partir du XIII^{ème} siècle, le développement du commerce²³⁴² et les réflexions des juristes canonistes²³⁴³ permettent la création de personnes morales et de relations de représentation, mais la représentation parfaite ne commencera véritablement à être admise dans la pratique et par les auteurs qu'aux environs des XV^{ème}-XVI^{ème} siècles.²³⁴⁴ Le Code civil de 1804 y fait référence dans ses articles 1984 et 1998 relatifs au mandat.²³⁴⁵ La théorie de la représentation a par la suite été construite à partir du régime du mandat, dans la mesure où elle n'apparaissait nulle part ailleurs dans le code, ce qui a conduit à donner une place bien trop

²³³⁷ On parle alors « d'imputation dérogatoire », par opposition au principe selon lequel l'auteur de l'acte en subit tous les effets. P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 178 ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, n° 406-407 ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ.* Dalloz, 2018, n° 3 ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 131.

²³³⁸ Cf. *supra*, n° 51. Dans le même sens, G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris, Sirey, 1950, n° 18 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 93 ; J. CARBONNIER, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Quadrige manuels, t. 2, 2^{ème} éd., 2017, n° 1035.

²³³⁹ M. STORCK, *op. cit.*, n° 93 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010, n° 605.

²³⁴⁰ M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. *Traité de droit civil*, 2000, n° 9. Sur les ersatz de représentation qui existaient en droit romain, v. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 602 et s. ; E. CHEVREAU, « Aux origines romaines de la gérance », *RDC*, 2012, p. 11 ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ.* Dalloz, 2018, n° 7.

²³⁴¹ M. STORCK, *op. cit.*, n° 101 et s. ; J.-L. GAZZANIGA, « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », *Droits*, 1987, n° 6, p. 21-30.

²³⁴² P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 273-288.

²³⁴³ Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif à l'origine de la personne morale », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 951-960.

²³⁴⁴ F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité : Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 593-630 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 606.

²³⁴⁵ Le premier définit le mandat comme l'habilitation donnée pour agir au nom et pour le compte d'autrui, et le second dispose que le mandant est engagé par les actes réalisés par le mandataire. Mais les rédacteurs du Code civil n'entendait en réalité pas rompre avec la conception antérieure (F. LEDUC, art. préc., n° 5-6).

importante à ce régime.²³⁴⁶ Depuis 2016, un véritable droit commun lui est consacré aux articles 1153 et suivants, qui ne fait que reprendre les solutions déjà en vigueur.²³⁴⁷

La représentation parfaite a pu s'épanouir sous l'effet de deux causes. La première est la nécessité pratique d'accomplir des actes au nom d'autrui.²³⁴⁸ La représentation du *pater familias* par les *alieni juris* est rendue nécessaire par l'absence de personnalité juridique de ces derniers ; celle de la communauté ecclésiastique par la nécessité de faire vivre son patrimoine malgré l'absence de personnes physiques la composant²³⁴⁹ ; celle du commerçant par son préposé en raison de la sécurité juridique apportée au tiers...²³⁵⁰ C'est la raison pour laquelle des poches de représentation ont pu exister tout au long de l'Histoire alors même que le mécanisme n'était pas systématisé. Au fur et à mesure, le développement des échanges et l'amélioration des techniques ont permis une meilleure diffusion de l'information et donc une plus grande sécurité juridique pour les tiers.

La seconde est le développement du subjectivisme et de l'individualisme à l'époque moderne.²³⁵¹ Le fait de reconnaître qu'un individu puisse rationnellement décider de s'engager par l'effet de sa volonté a abouti au développement du consensualisme et, plus tard, à la théorie de l'autonomie de la volonté.²³⁵² Un fort courant volontariste a ainsi justifié la représentation parfaite par une fiction, rendue possible par le fait que le représenté consentait à parler à travers le représentant.²³⁵³

²³⁴⁶ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 38 et s. et n° 71 et s. ; N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 9 et s. Cf. *supra*, n° 193 et s.

²³⁴⁷ R. CABRILLAC, « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français », in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier Martin*, Paris, Lextenso, 2015, p. 111-119 ; P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », JCP G, 2016, n° 20-21, 580 ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », D. 2016, p. 1942 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2018, n° 372 et s.

²³⁴⁸ R. SAVATIER, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté », D. 1959, chron. 9 ; E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé », *Droits*, 1987, n° 6, p. 91-98 ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 56 et s.

²³⁴⁹ Y. THOMAS, art. préc.

²³⁵⁰ E. CHEVREAU, art. préc.

²³⁵¹ E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies... », art. préc. ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 10 et s.

²³⁵² Cf. *supra*, n° 26 sur cette théorie.

²³⁵³ V. les références citées par G. WICKER, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, n° 52 ; N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 16 et 53-54 ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 134.

343. Action pour autrui – Cette théorie a toutefois été abandonnée par la doctrine majoritaire²³⁵⁴, qui préfère aujourd’hui se concentrer sur la finalité technique de la représentation.²³⁵⁵ Le point central retenu par les auteurs tient dans le fait que la représentation est avant tout une action réalisée dans l’intérêt d’autrui²³⁵⁶, ce qui correspond à une relation d’agence.²³⁵⁷ C’est cette finalité qui explique que les effets de l’acte réalisé soient imputés sur un autre que son auteur.²³⁵⁸ Pour reprendre le raisonnement que nous avons exposé plus haut, le titulaire du *debitum* est alors le représenté car l’action est accomplie dans son intérêt. Le fondement de la représentation n’est plus sa cause efficiente (la volonté du représenté) mais sa cause finale (l’imputation des effets d’un acte sur autrui).²³⁵⁹ Le représentant reste toutefois le véritable auteur de l’acte, et c’est auprès de lui que les conditions relatives à l’intégrité du consentement sont appréciées.²³⁶⁰

²³⁵⁴ Surtout parce que la théorie volontariste ne tient pas lorsque la représentation s’impose au représenté. V. R. SAVATIER, art. préc. ; G. WICKER, *op. cit.*, n° 52 ; C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 134.

²³⁵⁵ Pour M. Didier, la représentation a d’autres fonctions supplémentaires : donner une existence juridique à un groupement et transmettre un bien en octroyant sur lui un pouvoir irrévocable et sans reddition de compte à une personne (P. DIDIER, « Rapport de synthèse », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 217-234). V. aussi E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies... », art. préc., qui relève l’utilité du mécanisme pour renforcer la personnalité juridique des groupements et des personnes protégées.

²³⁵⁶ M. STORCK, *op. cit.*, n° 162 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 217 ; G. WICKER, *op. cit.*, n° 50 et s. ; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 179 et s. ; M.-L. IZORCHE, « A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, p. 369 ; M.-P. DUMONT, *L’opération de commission*, Paris, LexisNexis/Litec, 2000, n° 273 ; F. LEDUC, art. préc., n° 21 ; N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 618 et s. ; S. HEBERT, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », D. 2008, p. 307 ; C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 132. La plupart de ces auteurs utilisent la théorie des pouvoirs (sauf M. Didier, *ibid.*, n° 81 et s. et Mme Izorche, qui se concentre plutôt sur l’étymologie du terme), que nous préférons rejeter (cf. *supra*, n° 90). V. en droit allemand : G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in *La représentation en droit privé*, *op. cit.*, p. 19-45. Sur la notion d’action pour autrui, v. G. FLATTET, *op. cit.*, n° 15 ; N. DISSAUX, « Commissionnaire », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 53 et s.

²³⁵⁷ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 206. Pour un droit commun applicable à toutes les relations d’agence, v. K. GRÖNFORS, « *Unification of Agency as a Legislative Challenge* », *Revue de droit uniforme*, 1998-2/3, p. 467-474. Pour une présentation critique de la représentation comme inégalité de droit qui nécessite d’être légitimée, v. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, p. 174 et s.

²³⁵⁸ G. WICKER, *op. cit.*, n° 107 : « L’action du représentant n’engage le représenté qu’à la condition qu’elle soit accomplie dans l’intérêt de ce dernier. Ce n’est donc pas tant la manifestation de volonté que l’intérêt qu’elle fait valoir qui est à la base de l’engagement du représenté et qui justifie qu’il soit partie à l’acte. »

²³⁵⁹ Sur cette distinction, cf. *supra*, n° 42.

²³⁶⁰ E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 217 ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 159 ; N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 63. Un auteur (B. FAGES, « La représentation en droit des groupements », in *La représentation en droit privé*, *op. cit.*, p. 125-135) critique cependant l’application de cette règle aux personnes morales, à l’appui d’une jurisprudence récente : Cass. Civ. 3^{ème}, 27/01/2015, n° 13-20974 ; AJDI, 2015, p. 376. Dans cet arrêt, une SARL est sanctionnée pour avoir commis un dol auprès d’une SCI alors qu’elles disposent d’un dirigeant commun, qui a conclu l’acte en représentation des deux. Or, la conclusion d’un acte par une personne morale fait intervenir plusieurs organes, ce qui signifie que l’auteur de l’acte n’est pas le seul à pouvoir être victime d’un vice de consentement. *Contra*, qui critiquent les conclusions de cet arrêt : P. STOFFEL-MUNCK, « Le dol est-il possible dans un contrat avec soi-même ? », RDC, 2015, p. 443 ; N. KILGUS, « Le contrat conclu entre le dirigeant et la société : quelques remarques autour d’un « contrat avec soi-même », AJ contrat, 2018, p. 455.

Il faut toutefois préciser ce que signifie « agir pour autrui ». Se concentrer uniquement sur l'effet de l'action n'est pas suffisant. Un tiers peut tout à fait bénéficier du résultat d'un acte parce que les circonstances font qu'il est en sa faveur.²³⁶¹ Il convient également d'ajouter que l'action pour autrui nécessite un certain désintéressement de la part de l'intermédiaire, qui ne doit pas profiter directement de l'opération, même s'il peut en retirer un bénéfice indirect comme une rémunération de la part du représenté.²³⁶² L'opération doit être réalisée dans le but de profiter à autrui et à l'exclusion du représentant. Le fait qu'elle n'ait créé aucun résultat positif ne met pas fin à la représentation.²³⁶³ L'élément psychologique est alors fondamental : c'est la volonté d'agir pour qu'autrui bénéficie ultimement de l'acte qui caractérise l'action pour autrui.²³⁶⁴

344. Engagement exclusif du représenté – Elle n'est cependant pas suffisante à justifier toutes les particularités de la représentation parfaite. Il ne s'agit pas du seul mode de relations avec les tiers réalisé dans l'intérêt du propriétaire. La caractéristique de la représentation parfaite est la création d'un lien d'*obligatio* avec le propriétaire, à l'exclusion du gestionnaire.²³⁶⁵ Le représentant agit au nom d'autrui, ce qui emporte deux conséquences : il n'est pas engagé à l'acte²³⁶⁶ et il engage le représenté, qui est bien identifié.²³⁶⁷ Le tiers sait avec qui il contracte réellement et agit en conséquence.²³⁶⁸ Pour agir au nom d'autrui, il faut nécessairement qu'un échange ait lieu entre le tiers et le représentant, matérialisé au sein d'un

²³⁶¹ Un auteur prend l'exemple d'un propriétaire qui achète une source, ce qui crée un bénéfice pour ses voisins situés en aval (G. FLATTET, *op. cit.*, n° 11).

²³⁶² N. DISSAUX, « Commissionnaire », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 53 et s.

²³⁶³ Sauf en matière de gestion d'affaires, mais cela est dû au critère du transfert de gestion, qui est l'utilité de l'acte. Cf. *supra*, n° 255.

²³⁶⁴ D. L'HOTE, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne : De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Lille, ANRT Diffusion, coll. Thèse à la carte, 2002, n° 106 ; N. DISSAUX, « Commissionnaire », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 57.

²³⁶⁵ M. STORCK, *op. cit.*, n° 306 et s. ; P. DIDIER, « Rapport de synthèse », art. préc. ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 690.

²³⁶⁶ G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in *La représentation en droit privé*, *op. cit.*, p. 47-65 ; N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 26. Ce principe comporte des exceptions. Par exemple, le représentant peut se porter garant de l'exécution par le gestionnaire au travers d'une promesse de porte-fort ou d'une clause de ducroire (C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 133).

²³⁶⁷ Comp. G. REINER, art. préc. La mention du nom du représenté est primordiale, sans quoi la représentation parfaite ne peut pas être mise en œuvre, quand bien même les parties avaient conclu un mandat (Cass. Civ. 1^{ère}, 17/11/1993, Bull. civ. I, n° 329 ; Defrénois, 1994, p. 791, note P. DELEBECQUE).

²³⁶⁸ N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 64 et s. ; C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 135.

acte juridique. C'est pourquoi la représentation ne peut pas s'appliquer en cas d'acte matériel et ne peut s'exercer qu'au sein d'un acte juridique.²³⁶⁹

En termes pratiques, la conséquence est un lien direct entre le tiers et le représenté, qui est la véritable partie à l'acte.²³⁷⁰ Chacun peut agir contre l'autre en cas d'inexécution de l'une des parties. L'exécution du contrat par le représentant (envers le tiers) ou auprès de lui (envers le représenté) produit les mêmes effets que si elle avait eu lieu directement entre le tiers et le représenté. Le représentant reste hors de portée de toute contestation liée à l'inexécution du contrat, et sa responsabilité personnelle ne peut aucunement être engagée par les tiers dans cette hypothèse.²³⁷¹

Ces effets sont différents en cas de représentation imparfaite.

Section 2 : La représentation imparfaite

345. Évolution historique – Alors qu'elle semble être une anomalie juridique, la représentation imparfaite a toujours eu une place importante en droit positif.²³⁷² Elle a subi une évolution inverse à celle de la représentation parfaite. Elle est apparue antérieurement et a été largement utilisée dès le droit romain²³⁷³, puis durant le Moyen Âge.²³⁷⁴ Sa forme la plus connue est celle du *procurator*, un contrat de droit romain par lequel une personne charge une

²³⁶⁹ M. STORCK, *op. cit.*, n° 259 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, op. cit.*, n° 46 ; S. HEBERT, art. préc. ; G. REINER, art. préc. ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 73 et s. Cela n'empêche pas le représentant d'accomplir des actes matériels, mais ils n'engagent pas le représenté (M. STORCK, *op. cit.*, n° 262 ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 22). V. P. DIDIER, *De la représentation en droit privé, op. cit.*, n° 151 et s., qui explique que la représentation des faits juridiques a été exclue par la doctrine française en raison d'une mauvaise interprétation des auteurs allemands, les premiers cas de représentation étant liés à la possession d'un bien. *Contra*, qui considèrent que la représentation peut porter sur des faits juridiques : J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 929 et s. ; N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 265 et s. ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 23. Les situations évoquées ne correspondent selon nous pas à des cas de représentation à proprement parler, mais à des situations dérogatoires où le commettant est responsable du fait de son préposé (cf. *infra*, n° 385 et s.).

²³⁷⁰ N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 111 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, n° 570.

²³⁷¹ Cass. Com., 09/05/1985, n° 83-15603, *Bull. civ. IV*, n° 143 ; Cass. Com., 21/03/1995, n° 93-13132, *Bull. civ. IV*, n° 101.

²³⁷² La notion est issue de B. STARCK, « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers », in J. HAMEL (dir.), *Le contrat de commission : Etudes de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1949, p. 147 et s.

²³⁷³ P.-F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1906, p. 660 et s.

²³⁷⁴ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 92 et s. ; M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, Paris, LexisNexis/Litec, 2000, n° 12 ; J.-L. GAZZANIGA, « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », *Droits*, 1987, p. 21-30 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010, n° 603 ; L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité : Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. Dissaux (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 1-38.

autre d'accomplir un acte juridique en son propre nom.²³⁷⁵ Après l'avènement de la représentation parfaite au sein du Code civil et au cours du XIX^{ème} siècle, la représentation imparfaite a conservé une place au sein des relations commerciales au travers du contrat de commission.²³⁷⁶ Son rôle économique reste encore aujourd'hui important, malgré le risque d'agence qu'il présente.²³⁷⁷ On peut également noter que la représentation imparfaite est préférée dans le droit anglo-saxon et dans les propositions d'unification du droit des obligations.²³⁷⁸ La réforme du Code civil a intégré la notion au sein de l'alinéa 2 du nouvel article 1154 du Code civil, selon une formule assez simple et sans référence au terme « représentation imparfaite » : « Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. »²³⁷⁹

346. Critiques de la notion – Une partie de la doctrine rejette la distinction entre représentation parfaite et imparfaite, pour plusieurs raisons. La première est uniquement sémantique.²³⁸⁰ L'idée d'imperfection déplaît à certains auteurs, car elle sous-entendrait un état instable qui a vocation à évoluer, et donc que la représentation imparfaite pourrait devenir parfaite.²³⁸¹ D'autres préfèrent donc parler de représentation directe ou indirecte.²³⁸² Le problème peut également venir de la définition du mandat, qui est prise dans un sens large, tandis que celle de représentation est prise dans un sens strict : des auteurs considèrent alors que le mandat peut être avec ou sans représentation.²³⁸³ Ils ont tendance à rejeter la notion de

²³⁷⁵ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 40 et s. ; M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 12.

²³⁷⁶ Ce contrat serait apparu dans le courant du XVI^{ème} siècle, car il était auparavant confondu avec le mandat (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 111 ; N. DISSAUX, « Commissionnaire », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 4). C'est lorsqu'on a commencé à attacher un effet de représentation parfaite à ce dernier que le contrat de commission au sens strict est apparu, afin de s'en distinguer.

²³⁷⁷ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 112 et s. ; N. DISSAUX, « Commissionnaire », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 3.

²³⁷⁸ M. ELLAND-GOLDSMITH, « La notion de représentation en droit anglais », *Droits*, 1987, n° 6, p. 99-106 ; K. GRÖNFORS, « *Unification of Agency as a Legislative Challenge* », *Revue de droit uniforme*, 1998-2/3, p. 467-474. Le mécanisme de l'*agency* prévoit cependant une option pour le tiers contractant, qui peut saisir au choix le *principal* ou l'*agent* dès lors que l'identité du premier est connue. Pour une intégration de ce système en droit français, v. D. L'HÔTE, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne : De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Lille, ANRT, 2002, n° 622.

²³⁷⁹ La distinction entre représentations parfaite et imparfaite existe dans la plupart des législations qui ont adopté un droit commun de la représentation (R. CABRILLAC, « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français », in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier Martin*, Paris, Lextenso, 2015, p. 111-119).

²³⁸⁰ Sur ce sujet, v. M.-L. IZORCHE, « A propos du « mandat sans représentation », *D.* 1999, p. 369 ; M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 15 et s.

²³⁸¹ Ce qui est le cas pour la déclaration de comand, cf. *infra*, n° 371. V. M.-L. IZORCHE, art. préc., n° 16.

²³⁸² H. NICOLANEO, *De la représentation indirecte*, Paris, Giard et Brière, 1912, cité par M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 607 et s.

²³⁸³ M.-L. IZORCHE, art. préc. Nous rejetons cette idée, cf. *supra*, n° 194.

représentation imparfaite selon une option binaire : soit il y a représentation, soit il n'y en a pas, et les « contrats sans représentation » sont des mandats comprenant des modalités particulières afin de protéger l'intermédiaire ou le donneur d'ordre.²³⁸⁴

La seconde raison est plus théorique. Elle vise à proposer d'autres distinctions qui seraient plus pertinentes que celle-ci. Celle entre représentation de la personne et de ses intérêts en est un exemple, la première correspondant à la représentation au nom d'autrui, qui permet l'engagement de son patrimoine (d'après le lien entre personne et patrimoine que fait la théorie classique du patrimoine) ; et la seconde ne le permettant pas mais mettant en jeu les obligations liées à l'action pour autrui.²³⁸⁵ Il s'agit finalement toujours de la même distinction mais qui prend de nouveaux atours qui ne sont pas réellement pertinents, puisque toute représentation vise à exprimer l'intérêt du représenté.²³⁸⁶ La distinction entre représentation fiduciaire et représentation objective, présentée par M. Didier, en est un autre exemple.²³⁸⁷ Elle dissocie les cas où le représentant a plusieurs choix possibles pour prendre sa décision, aucun n'étant particulièrement évident, ce qui nécessite de lui faire confiance ; et ceux où la décision à prendre est unique. Le critère de séparation est alors complètement différent, puisqu'il ne porte pas sur les effets à l'égard des tiers mais sur le contrôle de l'action du gestionnaire, plus strict en cas de représentation objective. Elle n'a donc pas vocation à remplacer la distinction entre représentations parfaite et imparfaite.²³⁸⁸

Nous choisissons de conserver cette dernière. D'abord, parce que c'est la plus utilisée en doctrine, ce qui rend la compréhension plus facile. Ensuite, parce que nous estimons qu'elle décrit bien la situation. « Imparfait » ne signifie pas « en voie de stabilisation ». Cela veut dire qu'il manque un élément pour que la représentation déploie ses pleins effets. Or, nous avons expliqué que la représentation imparfaite ne produisait qu'un lien de *debitum* entre le tiers et le

²³⁸⁴ Par ex. : P.-Y. GAUTIER, « Nature et régime juridique du mandat : jeux croisés », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 79-88 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 241 et s. ; N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 28 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 691.

²³⁸⁵ V.-J. CLARISE, *De la représentation. Son rôle dans la création des obligations*, Lille, thèse de doctorat, 1949, n° 38 et s. ; G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Paris, LGDJ, t. 2, 17^{ème} éd., 1998, n° 2635 ; M.-L. IZORCHE, art. préc., n° 30.

²³⁸⁶ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 13 ; N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 44.

²³⁸⁷ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 218 et s. ; N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 45 et s.

²³⁸⁸ M. Didier exclut cette distinction car pour lui, la représentation imparfaite n'est qu'un « mécanisme de circulation des effets juridiques qui ne relève pas de la représentation » (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 169). Plus clairement, soit il y a représentation, soit non, et les situations intermédiaires (comme le contrat de commission) ne sont que des cas de représentation comportant des modalités spécifiques (l'engagement du commissionnaire à titre de garantie) (*ibid.*, n° 121 et s.). Cette proposition ne correspond cependant pas au droit positif, qui ne reconnaît pas l'existence par principe d'une relation directe entre le représenté et le tiers (v. ci-dessous).

propriétaire, à l'instar de la représentation parfaite, qui crée en plus un lien d'*obligatio* et permet au propriétaire de devenir une véritable partie au contrat. Par conséquent, il n'est pas complètement « rendu présent », comme l'indique l'étymologie du terme.²³⁸⁹ Enfin, nous estimons qu'il est malgré tout représenté, même imparfaitement, car il est le véritable bénéficiaire (et contributeur) de l'acte. C'est bien son intérêt qui est directement recherché, le représentant ne recevant pas d'avantage direct de l'opération. Cela nous permet de distinguer cette situation de la gestion sans représentation, qui provoque des effets différents.

347. Effets réels et personnels de l'acte – La représentation imparfaite est un cas de représentation, c'est-à-dire une situation où les effets d'un acte sont imputés sur autrui car l'action est réalisée dans son intérêt. Comme la représentation parfaite, elle se limite à la réalisation d'actes juridiques et le représentant est considéré comme étant l'auteur de l'acte.²³⁹⁰ Mais à la différence de celle-ci, il agit en son nom propre, ce qui signifie qu'il est une véritable partie à l'acte conclu avec le tiers. Cela n'empêche pas d'en faire une action pour autrui, et donc un cas de représentation²³⁹¹ : les effets de l'acte imputés sur autrui ne se réduisent pas à un engagement de son patrimoine. Il s'agit de tous les effets économiques dont autrui sera le destinataire final.²³⁹²

La représentation imparfaite opère une dissociation entre le lien d'*obligatio* et le lien de *debitum*.²³⁹³ Mme Dumont a proposé pour l'expliquer de distinguer les effets personnels et les effets réels de l'acte conclu.²³⁹⁴ Plus clairement, il faut comprendre que le représentant est engagé au stade de l'obligation à la dette : il supporte les effets personnels de l'acte. En cas d'inexécution, c'est vers lui que se tournera le tiers pour exiger un paiement, et ce sont ses biens qui seront saisis en cas d'exercice du droit de gage général. Cependant, au stade de la contribution à la dette, il pourra se retourner contre le représenté lors de l'étape de reddition de compte, pour exiger le remboursement de ce qu'il aura dû déboursier.²³⁹⁵ Seul le représenté doit

²³⁸⁹ En ce sens, nous approuvons les critiques de Mme Dumont concernant la proposition de Starck (M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 600 et s.). Ce dernier considère que la représentation imparfaite n'est qu'une représentation parfaite dans laquelle le représentant s'engage en plus du représenté, en tant que codébiteur. Or, le représenté n'est pas engagé à l'acte dans cette situation et seul le représentant y est partie.

²³⁹⁰ M. STORCK, *op. cit.*, n° 87.

²³⁹¹ F. AUCKENTHALER, « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers-contractant », D. 1998, p. 53 ; C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 136 et s.

²³⁹² M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 6 ; N. DISSAUX, « Commissionnaire », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 56 et s.

²³⁹³ F. LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom », RTD civ., 1999, p. 283 ; M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 626.

²³⁹⁴ M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 623 et s.

²³⁹⁵ *Ibid.*, n° 628.

porter le poids de l'opération : il en subit les effets réels.²³⁹⁶ Mais son patrimoine est protégé d'une action du tiers, car il n'est pas partie au contrat.²³⁹⁷

Les « effets réels » de l'acte sont de deux sortes, selon que l'on considère le versant actif ou passif de l'obligation. D'un point de vue actif, l'effet réel concerne les avantages que le représenté retire du contrat. Dans le cas d'une commission de marchandise par exemple, il s'agit du transfert de propriété sur les biens acquis, qui est réalisé directement dans le patrimoine du commettant sans passer par celui du commissionnaire.²³⁹⁸ D'un point de vue passif, le représenté doit prendre en charge le poids économique de l'opération, et donc rembourser le représentant de toutes les sommes qu'il aurait pu avancer pour exécuter le contrat ou à titre de sanction de son inexécution.²³⁹⁹

Il existe une dernière situation dans laquelle le tiers et le propriétaire n'entretiennent aucun lien de droit.

Section 3 : La gestion sans représentation

348. Fondements – La gestion sans représentation est le troisième mode de relations avec les tiers. A l'inverse de la représentation, elle ne crée aucune conséquence directe sur le patrimoine du propriétaire : seul le gestionnaire est considéré comme étant en relation avec le tiers. Pourtant, elle est une modalité possible de gestion des biens d'autrui et provoque des effets sur les biens du propriétaire, même s'ils sont indirects.

La gestion sans représentation n'est jamais abordée par la doctrine pour deux raisons. La première est que l'aspect « gestion pour autrui » est occulté de son analyse par la doctrine majoritaire qui reste attachée à l'aspect individualiste du droit positif.²⁴⁰⁰ Les règles de gestion des biens d'autrui qu'elle met en œuvre²⁴⁰¹ sont vues comme des anomalies qu'il faut alors expliquer par d'autres biais. La seconde est qu'elle n'intègre pas la théorie du pouvoir,

²³⁹⁶ *Ibid.*, n° 335.

²³⁹⁷ *Ibid.*, n° 552 et s. ; N. DISSAUX, « Commissionnaire », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 226-227. La loi prévoit dans certains cas une action directe du représenté envers le tiers contractant ou inversement. Il s'agit toutefois d'exceptions légales, justifiées par la situation respective des parties, qui ne saurait être élevées au rang de principe (M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 845-2 et s. ; N. DISSAUX, *ibid.*, n° 229 et s.). En ce sens : Cass. Com., 09/12/1997, n° 95-22096, Bull. civ. IV, n° 333 ; RJ com. 1998. 194, rapp. J.-P. REMERY et note A. VIALARD ; JCP 1998. II. 10201, note O. LITTY ; JCP E 1998. II. 2022. Cette solution est critiquée au regard de l'action directe reconnue au sous-acquéreur d'un bien, ce dernier bénéficiant de la transparence de l'acquéreur alors que la succession de contrats de vente n'en prévoit aucune, tandis que la commission, qui organise une opacité limitée, ne le permet pas (G. FLATTET, *op. cit.*, n° 143 ; P. DIDIER, *op. cit.*, n° 119 ; N. DISSAUX, *ibid.*, n° 234).

²³⁹⁸ M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 279 et s.

²³⁹⁹ Cf. *supra*, n° 333.

²⁴⁰⁰ Cf. *supra*, n° 82.

²⁴⁰¹ Notamment l'existence d'obligations réelles, cf. *supra*, n° 99.

puisqu'elle ne dissocie pas l'auteur de l'acte du sujet d'imputation de ses effets.²⁴⁰² D'un côté, l'approche individualiste empêche d'en comprendre les effets ; de l'autre, la théorie du pouvoir ne permet pas d'en expliquer les causes.

Cette confusion provient de la situation particulière de la gestion sans représentation. Dans celle-ci, une personne accomplit des actes matériels ou juridique sur des biens qui ne lui appartiennent pas, qui peuvent créer des relations avec les tiers. Le gestionnaire répond alors personnellement et définitivement des conséquences des actes accomplis. Plusieurs causes l'expliquent. La première est qu'il a un intérêt direct et personnel à la réalisation de ces actes, parce qu'il a lui-même accès à certaines utilités des biens. La seconde est que la représentation est inapplicable, parce qu'il s'agit d'un acte matériel ou que le gestionnaire a agi hors de ses pouvoirs. Toutes ces hypothèses sont bien des situations de gestion des biens d'autrui pour lesquelles le mécanisme de représentation ne peut pas être appliqué. Nous parlons donc de gestion sans représentation.

349. Effets – La gestion sans représentation se rapproche de la représentation imparfaite sous certains aspects. Tout comme elle, le propriétaire n'est pas tenu par le lien d'*obligatio* et ne peut donc pas être saisi par le tiers. Il ne peut pas non plus s'adresser à lui en cas d'inexécution.²⁴⁰³ Mais il n'est pas tenu non plus par le lien de *debitum*. Cela a pour conséquence, d'une part, que sa situation juridique n'est pas affectée par les actes réalisés, et d'autre part, qu'il ne peut lui être demandé de comptes pour contribuer à cette charge ou pour rendre les avantages qu'il aurait pu en retirer. Cela ne veut cependant pas dire que la gestion ne crée pour lui aucun effet. Les actes accomplis le sont sur ses biens, il en retire par conséquent les avantages ou inconvénients que produit la gestion.²⁴⁰⁴ L'exemple de l'usufruitier qui réalise des réparations sur le bien est alors assez parlant : le nu-propriétaire n'est pas engagé auprès des tiers pour les actes accomplis, et il ne peut lui être demandé aucune indemnisation pour les frais engagés par l'usufruitier.²⁴⁰⁵ De même, l'emprunteur qui réalise des dépenses liées à l'usage de la chose contracte en son nom auprès des tiers et doit les prendre à sa charge.²⁴⁰⁶

²⁴⁰² Cf. *supra*, n° 88.

²⁴⁰³ Sauf à invoquer sa responsabilité délictuelle, soit en raison d'une faute délictuelle, soit en raison d'une inexécution contractuelle lui causant un préjudice, ce que permet la jurisprudence depuis l'arrêt Cass. Ass. plén., 06/10/2006, n° 05-13255, Bull. civ., ass. plén., n° 9 ; D., 2006, p. 2825, note G. VINEY ; RTD civ., 2007, p. 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 123, obs. P. JOURDAIN. Dans cet arrêt, un bailleur a été condamné sur le terrain délictuel pour défaut d'entretien par le locataire-gérant du fonds de commerce appartenant à la société locataire du bail commercial. On peut imaginer à l'inverse que l'action puisse être réalisée dans l'autre sens. Mais la source de la créance n'est pas la relation qui unit les différentes parties mais la faute causée par l'une d'elles.

²⁴⁰⁴ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 209.

²⁴⁰⁵ Cf. *supra*, n° 333.

²⁴⁰⁶ Art. 1886 C. civ.

350. Conclusion – Ce panorama des trois modes de relations avec les tiers nous permet d'envisager les différents effets possibles des actes accomplis sur les biens d'autrui. L'analyse dualiste de l'obligation nous enseigne que ces relations peuvent être de trois ordres : soit le propriétaire est lié au tiers par les liens d'*obligatio* et de *debitum* (représentation parfaite) ; soit il n'est lié que par le lien de *debitum* et c'est le gestionnaire qui est engagé à l'acte (représentation imparfaite) ; soit il n'est pas rattaché au tiers et le gestionnaire subit toutes les conséquences de l'acte réalisé (gestion sans représentation). On perçoit alors que la gestion des biens d'autrui, pour être pleinement efficace, nécessite de tenir compte de ces différents effets. La question est de savoir dans quelle situation chacun va s'appliquer.

Chapitre 2 : Les champs d'application des modes de relations avec les tiers

Le champ d'application de chaque mode de relations varie selon trois facteurs. D'abord, le régime choisi par le propriétaire et le gestionnaire va imposer un mode de relations particulier envers les tiers. Si tout se passe bien, les actes accomplis par le gestionnaire donnent lieu à des relations apaisées avec les tiers, sans leur causer de préjudice, à l'avantage de tous. Les tiers savent à qui s'adresser pour demander l'exécution des créances qu'ils peuvent avoir envers les parties puisque ces éléments sont prédéterminés par le régime applicable. Des éléments perturbateurs vont cependant affecter cet idéal. En premier lieu, certaines informations peuvent être occultés par les parties, et le tiers n'aura pas forcément conscience de contracter avec un gestionnaire des biens d'autrui, ou de l'étendue des pouvoirs de ce dernier. Cela va avoir des conséquences sur les actes réalisés, indépendamment du régime normalement applicable. En second lieu, dans le cadre de son action, le gestionnaire peut causer un préjudice au tiers. Son intérêt va alors dans le sens d'une indemnisation facilitée, et les règles applicables suivent cette orientation, quitte, là encore, à bouleverser les rapports initialement prévus.

Ainsi, il convient tout d'abord d'étudier l'influence du régime applicable (Section 1), avant d'analyser les éléments perturbateurs de ces règles que sont l'information dont dispose le tiers (Section 2) et le préjudice qu'il subit (Section 3).

Section 1 : Le régime applicable

Nous nous attacherons ici à démontrer que le choix par les parties d'un régime de gestion des biens d'autrui influence les relations qu'elles pourraient entretenir envers les tiers. Le fait que tous aient conscience du régime en vigueur est un gage de prévisibilité et de sécurité juridique, car à chacun est en principe associé un mode de relations spécifique. Certaines techniques mettent en place une représentation parfaite (§ 1), d'autres une représentation imparfaite (§ 2) et d'autres enfin une gestion sans représentation (§ 3). Ce sera également l'occasion pour nous de nous pencher sur les effets de certains mécanismes dont la qualification peut être discutée.

§ 1 : Les régimes avec représentation parfaite

La représentation parfaite est probablement le mode de relations avec les tiers le plus utilisé en matière de gestion des biens d'autrui.²⁴⁰⁷ Elle possède en effet de nombreux avantages : elle assure un lien direct entre le tiers et le propriétaire, le gestionnaire étant parfaitement transparent et donc protégé en cas d'inexécution. Le tiers sait exactement avec qui il contracte, ce qui renforce la sécurité juridique. Les principaux régimes de gestion des biens d'autrui utilisent sans conteste la représentation parfaite (I). Pour d'autres, cette qualification est plus contestable, parce qu'ils font intervenir un patrimoine secondaire qui n'a pas la personnalité juridique (II).

I Les mécanismes de représentation parfaite reconnus

351. Représentation légale, judiciaire ou conventionnelle – Les régimes de gestion des biens d'autrui les plus utilisés fonctionnent grâce à la représentation parfaite. Il est intéressant de relever que la source du transfert de gestion n'affecte pas ce constat. Cela prouve la pertinence de ce mécanisme quelle que soit la situation et la cause de la gestion par autrui des biens du propriétaire.²⁴⁰⁸

Nous pouvons citer en premier lieu le mandat, qui a souvent été directement associé à la notion de représentation parfaite, jusqu'à se confondre avec elle par moments, à tel point que le droit commun de la représentation introduit en 2016 est calqué sur son régime.²⁴⁰⁹ L'article 1984 du Code civil le définit comme « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. » Il s'agit donc clairement d'une application de la représentation parfaite, le mandataire agissant au nom du mandant.²⁴¹⁰

²⁴⁰⁷ M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, n° 6. Certains réduisent même la notion aux seuls cas de représentation (v. les références citées par G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris, Sirey, 1950, n° 2 et B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, n° 8). Comp. art. 1319 C. C. Q., qui dispose que la représentation parfaite est le principe en droit québécois tandis que la représentation imparfaite s'applique uniquement si l'administrateur contracte en son propre nom.

²⁴⁰⁸ Cf. *supra*, n° 103.

²⁴⁰⁹ G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », D. 2016, p. 1942 ; P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », JCP G, 2016, n° 20-21, 580.

²⁴¹⁰ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle M. Cuif considère qu'il est inadapté à la gestion pour autrui, du fait de la place importante laissée au mandant et aux coûts que cela occasionne pour lui (P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 156 et s.).

En second lieu, elle est également utilisée lorsque le propriétaire voit ses prérogatives réduites et que la gestion est déléguée. Elle est alors très efficace pour permettre une action patrimoniale malgré cet état. Le droit des personnes protégées y recourt la plupart du temps dès lors que le gestionnaire peut agir de manière autonome pour le propriétaire. C'est le cas en matières de tutelle²⁴¹¹, d'habilitation familiale²⁴¹², de mandat de protection future²⁴¹³ ou d'administration légale.²⁴¹⁴ Le régime de l'absence le prévoit également.²⁴¹⁵ Le droit des procédures collectives met en place cette technique lorsqu'elle est nécessaire pour assurer la continuité de la gestion après dessaisissement du précédent dirigeant.²⁴¹⁶

352. Représentation des personnes morales – Pour ce qui est des personnes morales, il est globalement admis que leurs dirigeants les représentent lorsqu'ils concluent des actes juridiques en leur nom.²⁴¹⁷ L'intérêt de cet outil est d'assurer une administration facilitée des biens qui la composent. La fonction de la personnalité morale est de permettre l'opposabilité du groupement auprès des tiers, qui peuvent contracter sans crainte que le patrimoine personnifié ne soit pas engagé.²⁴¹⁸ La structure de la personne morale exige qu'une personne physique exprime son intérêt par la voie de la représentation, en agissant en son nom.²⁴¹⁹ La personne morale est ainsi représentée par son dirigeant, autrement appelé « mandataire social ». Il engage le patrimoine social par son action. On peut donc y voir l'existence d'un lien

²⁴¹¹ Art. 473 C. civ.

²⁴¹² Art. 494-1 C. civ. Le texte est étrangement rédigé puisqu'il dispose que la personne désignée peut « la représenter ou passer un ou des actes en son nom ». Il semblerait que la distinction entre les deux propositions soit celle qui est faite entre représentation générale et représentation spéciale.

²⁴¹³ Art. 477 C. civ.

²⁴¹⁴ Art. 388-1-1 C. civ. Pour une nuance, v. J. HAUSER, « De la nature juridique de la représentation légale du mineur », RJPF, 2001, n° 6.

²⁴¹⁵ Art. 113 C. civ.

²⁴¹⁶ Art. L. 631-14 et L. 641-9, I C. com. *Contra*, P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 34.

²⁴¹⁷ *Contra*, qui refuse d'y voir une situation de représentation : P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 30. Sur ce débat, v. G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 83. Sur l'ambiguïté de l'application du droit commun de la représentation au droit des sociétés, v. B. DONDERO, « La réforme du droit des contrats et la représentation des sociétés : premières vues », Gaz. Pal., 2016, n° 30, p. 56.

²⁴¹⁸ Cf. *supra*, n° 21. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, LexisNexis, 2009, p. 691-731 ; P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 273-288 ; B. FAGES, « La représentation en droit des groupements », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 125-135.

²⁴¹⁹ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale... », art. préc., spéc. n° 51-52 ; B. DONDERO, « Capacité et représentation des sociétés », BJS, 2016, p. 510.

d'*obligatio* direct entre les copropriétaires et le tiers et l'application de la représentation parfaite.²⁴²⁰

Selon l'étanchéité du patrimoine commun, il est possible que le dirigeant engage aussi le patrimoine propre des membres de la personne morale, ce qui rend le mécanisme d'autant plus visible.²⁴²¹ Entre alors également en compte la solidarité qui s'applique éventuellement entre les membres de la personne morale, soit parce qu'il s'agit d'une société commerciale²⁴²², soit parce que les parties l'ont convenu avec le tiers.²⁴²³ Si la personne morale met en œuvre une responsabilité limitée, alors le patrimoine personnel de ses membres est protégé, ce qui n'empêche en rien de parler de représentation à leur égard.²⁴²⁴ Si elle implique une responsabilité illimitée, cela signifie que les patrimoines personnels de ses membres devront répondre subsidiairement des dettes sociales²⁴²⁵, comme le ferait un garant.²⁴²⁶ Une distinction s'opère alors entre les situations où la solidarité s'applique, et dans ce cas, l'associé ne peut opposer au tiers créancier les bénéfices de discussion et de division et doit payer l'intégralité de la dette demandée²⁴²⁷ ; et celles où la solidarité ne joue pas, et l'associé peut alors ne payer que sa part de la dette, calculée en proportion de sa part au sein du groupement.²⁴²⁸ Quoi qu'il en soit, un lien d'*obligatio* lie le tiers avec les membres de la personne morale, ce qui est l'effet principal de la représentation. C'est néanmoins le patrimoine social qui est titulaire du *debitum*, et qui devra prendre en charge le coût de l'opération et récupérer les avantages créés.²⁴²⁹ La représentation vise donc les membres de la personne morale, mais uniquement en tant que copropriétaires du patrimoine commun.²⁴³⁰

²⁴²⁰ Art. 1849 C. civ. (société civile) ; art. 18 L. n° 65-557 du 10/07/1965 (syndicat de copropriété) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 05/02/1991, n° 88-11351, Bull. civ. I, n° 45 ; Rev. Soc. 1991. 773, note D. RANDOUX ; RTD com. 1991. 256, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN (association).

²⁴²¹ Ex. : art. 1857 C. civ. (société civile) ; art. L. 221-1 C. com. (SNC).

²⁴²² Cass. Com., 21/04/1980, n° 78-14765, Bull. civ. IV, n° 158.

²⁴²³ Art. 1309 C. civ.

²⁴²⁴ Cf. *infra*, n° 352.

²⁴²⁵ Art. 1858 C. civ.

²⁴²⁶ « Le garant est engagé à payer une dette qui ne lui serait pas personnelle ; mais puisqu'il y est engagé, c'est qu'elle lui est tout de même personnelle, en quelque manière. » R. LIBCHABER, « L'obligation aux dettes sociales de l'associé d'une société civile », RDC, 2015, p. 864. V. aussi D. GIBIRILA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », Defrénois, 1998, p. 625 ; T. MASSART, « Contrat de société », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 39. Sur cette distinction, v. Cass. Com., 20/03/2012, n° 10-27340 ; Dr. soc. 2012, comm. 102, note M. ROUSSILLE ; BJS, 2012, p. 388, n° 223, obs. J.-F. BARBIERI ; Cass. Com., 07/05/2019, n° 17-15077 ; BJS, 2019, p. 43, obs. J.-F. BARBIERI.

²⁴²⁷ Art. 1311 C. civ.

²⁴²⁸ Art. 1844-1 C. civ. D. GIBIRILA, art. préc.

²⁴²⁹ D. GIBIRILA, art. préc. ; R. LIBCHABER, art. préc.

²⁴³⁰ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 183. Cf. *infra*, n° 358. Individuellement, chaque associé est tiers à l'acte conclu, bien qu'il puisse y être engagé, ce qui a des conséquences en termes pratiques, comme le fait qu'un associé ne puisse pas agir contre un cocontractant de la société, sauf à invoquer sa responsabilité délictuelle (Cass. Civ. 3^{ème}, 08/11/2000, Bull. civ. III, n° 168 ; D. 2000, AJ p. 444, obs.

Dans toutes ces situations, l'application de la représentation parfaite n'est pas ou peu contestée. Il en est autrement dans d'autres, qu'il convient d'aborder.

II Les mécanismes de représentation parfaite contestés

353. Représentation parfaite et patrimoine secondaire – Lorsque le transfert de gestion implique la création d'un patrimoine secondaire²⁴³¹, l'application de la représentation parfaite devient moins évidente. En effet, dans plusieurs régimes, le gestionnaire engage par son action uniquement le patrimoine secondaire du (ou des) propriétaire, sans engager son patrimoine personnel. Il arrive également que le gestionnaire engage son propre patrimoine à l'acte. Comment articuler cette situation avec le mécanisme de représentation ?

Il convient de revenir à la théorie dualiste de l'obligation, et de la confronter avec la théorie du patrimoine. Nous avons expliqué précédemment qu'une personne pouvait créer un patrimoine secondaire de deux manières : soit individuellement, soit collectivement. Lorsqu'elle le fait individuellement, elle reste propriétaire exclusive des biens qui le composent. Il peut s'agir d'un EIRL, d'une société unipersonnelle ou d'une fiducie. Si ce patrimoine est collectif, il est relié à plusieurs copropriétaires qui disposent dans leur patrimoine personnel d'une part représentant les prérogatives qu'ils ont sur les biens communs, celles-ci variant selon la nature du patrimoine en question : indivision, société, communauté, syndicat de copropriété... Du point de vue du passif, le patrimoine est plus ou moins étanche, au sens où les créanciers peuvent parfois saisir le patrimoine commun et le patrimoine personnel de tous les copropriétaires, parfois uniquement le patrimoine commun²⁴³², ou bien en priorité ce dernier avant de saisir les autres.²⁴³³

Peut-on alors parler de représentation parfaite, dans la mesure où, du point de vue obligationnel, le droit de gage du créancier peut être limité, que le gestionnaire agit non pas au nom d'une personne mais au nom d'un patrimoine qui n'a pas la personnalité morale, et qu'il engage parfois son propre patrimoine ? Nous allons démontrer que ces trois questions appellent

A. LIENHARD ; D. 2002, Somm. p. 478, obs. J.-C. HALOUIN ; JCP 2001, II, 10450, concl. J.- F. WEBER, note Y. CHARTIER ; Bull. Joly 2001, p. 190, note F.- X. LUCAS ; LPA, 07/05/2001, n° 90, p. 16, note D. GIBIRILA ; RTD com. 2001, p. 162, obs. M.- H. MONSERIE-BON ; Dr. sociétés 2001, n° 21, obs. T. BONNEAU). V. D. CHOLET, « La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés », D. 2004, p. 1141, qui distingue la notion de partie et celle de membre du groupement, la seconde impliquant des effets qui la rapprochent de la première.

²⁴³¹ Sur cette notion, v. *supra*, n° 139.

²⁴³² Ex. : société à responsabilité limitée, fonds commun de placement...

²⁴³³ Ex. : société à responsabilité illimitée, indivision...

une réponse positive, en étudiant la restriction du droit de gage du tiers-contractant (A), l'action au nom d'un patrimoine (B), et l'engagement du gestionnaire à l'acte (C).

A) La restriction du droit de gage du tiers-contractant

354. Persistance du lien d'*obligatio* – Dans la théorie dualiste de l'obligation, le lien d'*obligatio* permet au créancier d'engager une action pour saisir les biens qui se trouvent dans le patrimoine du débiteur. Il s'agit du droit de gage général. Mais nous supposons qu'une personne peut avoir plusieurs patrimoines. Dans ce cas, comment doit s'exercer ce droit ?²⁴³⁴

Tout d'abord, il est admis qu'en dehors de toute séparation du patrimoine, il est possible de réduire le droit de gage d'un créancier, soit en protégeant certains biens spécifiques²⁴³⁵, soit contractuellement.²⁴³⁶ La possibilité de créer un patrimoine secondaire individuel n'a pas d'autre finalité que celle-ci : le législateur permet à une personne de retirer du gage de ses créanciers une partie de ses biens.²⁴³⁷ Le but politique qui a fondé la création de l'EURL et de l'EIRL était de protéger les biens personnels de l'entrepreneur.²⁴³⁸ Doit-on y voir une suppression du lien d'*obligatio* entre le créancier et le propriétaire ? Il nous semble qu'il s'agit simplement d'une atténuation de ce lien, qui ne supprime aucunement le droit de gage du créancier, mais le réduit. Quant au *debitum*, le patrimoine secondaire en est bien titulaire : c'est lui qui doit ultimement récolter l'avantage économique de l'opération et en supporter la charge, et pas le patrimoine personnel. Sinon, il s'agit d'une confusion des patrimoines, qui est sanctionnée puisqu'elle porte atteinte aux intérêts des créanciers.²⁴³⁹

Le même phénomène se manifeste lorsque le patrimoine est collectif. Dès lors que la créance du tiers a pour fondement un acte relatif à la gestion d'un bien indivis, son gage s'étend

²⁴³⁴ Sur ces questions, v. C. WITZ, « Droit de gage général », J.-Cl. Civil Code, 2016, n° 62 et s.

²⁴³⁵ Cf. *supra*, n° 132 et s.

²⁴³⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/1972, n° 70-12756, Bull. civ. I, n° 50 ; Cass. Com., 22/05/2007, n° 06-12196, Bull. civ. IV, n° 136 ; JCP G 2007, I, 212, n° 8, P. SIMLER ; RTD civ. 2008, p. 333, obs. P. CROCQ ; Cass. Com., 28/06/2011, n° 09-17201. V. également l'article 2025 al. 3 C. civ. qui permet de limiter le gage du créancier fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire s'il l'accepte.

²⁴³⁷ Sur la fonction de restriction du gage des créanciers donné au patrimoine d'affectation, v. P. BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », RTD civ., 2011, p. 635.

²⁴³⁸ M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », RLDC, 2010, n° 77 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », Dr. Fam., 2011, n° 5, étude n° 15 ; F. TERRE, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », JCP N, 2011, p. 1011 ; C. WITZ, « Droit de gage général », J.-Cl. Civil Code, 2016, n° 81 et s.

²⁴³⁹ V. pour l'EIRL, art. L. 526-12 al. 6 C. com. ; C. WITZ, « Droit de gage général », J.-Cl. Civil Code, 2016, n° 92-93. Cf. *supra*, n° 226. Cela n'empêche pas que les patrimoines peuvent avoir des relations entre eux, mais elles doivent être officielles et respecter l'étanchéité (cf. *supra*, n° 142).

à l'actif du patrimoine indivis.²⁴⁴⁰ Inversement, l'un des indivisaires peut en poursuivre un autre pour le paiement d'une créance due à l'indivision.²⁴⁴¹ Le patrimoine indivisaire est également titulaire du *debitum* puisque le produit net de la gestion des biens indivis doit revenir au sein du patrimoine collectif et que le gestionnaire est indemnisé des frais qu'il a engagés.²⁴⁴²

La réduction du gage du créancier ne portant pas atteinte à l'existence de l'*obligatio*, une relation personnelle relie bien le tiers-contractant et le patrimoine secondaire. Reste à savoir si l'on peut parler de représentation dans cette situation.

B) L'action au nom d'un patrimoine

Puisque le lien d'*obligatio* persiste, peut-on parler de représentation parfaite lorsque seul un patrimoine secondaire est engagé ? Cela implique d'admettre qu'un patrimoine qui n'a pas la personnalité morale puisse être représenté. Ce qui pose la question du critère nécessaire à la qualité de représenté : doit-il nécessairement être une personne juridique ? Si oui, alors qui est réellement représenté dans cette situation ? Il convient d'étudier cette question en distinguant selon que le patrimoine en question est individuel (i.) ou collectif (ii.).

i. La représentation d'un patrimoine secondaire individuel

355. Représentation de son propre patrimoine – La constitution d'un patrimoine secondaire individuel implique qu'une personne ait deux patrimoines et puisse éventuellement administrer les deux. Cela nous amène à la question : peut-on se représenter soi-même ? Nous avons défini la représentation parfaite comme l'action au nom et pour le compte d'autrui. La distinction entre le représentant et le représenté nous semble primordiale ici : il ne peut y avoir de représentation si une seule personne détient ces deux qualités. Il faudrait sinon admettre que toute personne qui agit le fait en représentation de son propre patrimoine.²⁴⁴³ Si elle dispose de

²⁴⁴⁰ Art. 815-17 C. civ. Il peut également saisir le patrimoine personnel de chaque indivisaire pour sa part dans la dette (Cass. Civ. 1^{ère}, 18/12/2013, n° 12-27059, Bull. civ. I, n° 248 ; AJ fam. 2014. 120, obs. A. de GUILLENSCHMIDT-GUIGNOT ; Gaz. Pal. 2014, n° 165v5, note C. ALBIGES ; JCP G 2013. 2133, obs. R. LIBCHABER). F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 586.

²⁴⁴¹ F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 565.

²⁴⁴² Art. 815-12 C. civ. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 582.

²⁴⁴³ Sur les liens entre personne et patrimoine, v. R. SEVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », APD, 1979, p. 247-257 ; G. WICKER, « La notion de patrimoine », in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244.

deux patrimoines, deux solutions sont possibles : soit on considère que chaque patrimoine est assimilé à une personne distincte, ayant un intérêt propre, et dans ce cas la représentation serait envisageable ; soit on admet que ces deux patrimoines, bien que séparés, appartiennent à la même personne et traduisent le même intérêt. Il est dans ce cas absurde de parler de représentation. Nous avons choisi de restreindre la qualité de personne juridique aux seules personnes physiques.²⁴⁴⁴ Par conséquent, la seule réponse logique est la seconde : on ne peut considérer que celui qui détient deux patrimoines agit en représentation de l'un ou de l'autre. La représentation ne peut jouer que dans le cas d'une gestion des biens d'autrui, lorsque le gestionnaire est distinct du propriétaire.

Dans le cas de l'EIRL, l'entrepreneur est propriétaire et gestionnaire de ses deux patrimoines, et son patrimoine professionnel n'est pas personnifié.²⁴⁴⁵ Il n'y a donc pas lieu de parler de représentation puisqu'il n'agit ni pour le compte d'autrui, ni au nom d'autrui.²⁴⁴⁶ Pour l'EURL, la situation est plus complexe dans la mesure où le dirigeant agit au nom et pour le compte de la société dont il est le seul propriétaire. Doit-on y voir un cas de représentation ? Il nous semble que, comme pour l'EIRL, le fait que le gérant soit le seul bénéficiaire de son action empêche d'y voir une véritable représentation.²⁴⁴⁷ Les effets sont cependant semblables, dans la mesure où le patrimoine personnel du gérant n'est pas engagé, mais ils sont liés à l'existence du patrimoine secondaire et non à la représentation.²⁴⁴⁸ L'idée est la même : il est interdit au gestionnaire de confondre son patrimoine personnel avec celui pour lequel il agit, mais dans un cas, il s'agit d'une protection des créanciers, et dans l'autre, d'une protection du représenté.²⁴⁴⁹

²⁴⁴⁴ Cf. *supra*, n° 15.

²⁴⁴⁵ Art. L. 526-6 al. 1 C. com. Il est cependant possible selon un auteur que le patrimoine professionnel de l'EIRL soit géré par un tiers pour son compte (P. BERLIOZ, « La gestion du patrimoine professionnel d'autrui », JCP N, 2013, 1194). Il s'agit alors d'une gestion des biens d'autrui et d'une représentation parfaite, le régime applicable étant celui de la gérance-mandat.

²⁴⁴⁶ Il doit cependant déclarer agir dans le cadre de son activité professionnelle, en mentionnant l'existence de l'EIRL (art. L. 526-6 al. 4 C. com.). Ce n'est néanmoins pas suffisant pour y voir une action « au nom » de l'EIRL.

²⁴⁴⁷ Les textes ne prévoient pas de distinction entre l'EURL et la SARL, ce qui donne lieu à des conséquences absurdes dans les relations avec les tiers : « Certes, en appliquant les termes de la loi, l'EURL peut ne pas être tenue dans l'éventualité où l'associé unique invoquerait le bénéfice de la disposition légale (art. L. 223-18 al. 5 C. com.), mais alors le tiers pourra se retourner contre l'associé unique en lui demandant réparation de la faute qu'il a personnellement commise, réparation engageant l'intégralité du patrimoine de l'associé unique, y compris les parts sociales de l'EURL. » (P. SERLOOTEN, M.-H. MONSERIE-BON, « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », Rép. soc. Dalloz, 2020, n° 123 et s.). De même pour une clause imposant la signature de l'associé unique pour la conclusion de certains actes (*ibid.*, n° 127).

²⁴⁴⁸ P. SERLOOTEN, M.-H. MONSERIE-BON, « Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », Rép. soc. Dalloz, 2020, n° 132. Ainsi, en cas de gestion de l'EIRL par un tiers, si le gérant ne mentionne pas l'existence de l'EIRL, le propriétaire est protégé par les règles de la représentation et peut éventuellement rendre l'acte conclu inopposable si les conditions de l'art. 1156 C. civ. sont remplies. En revanche, s'il le gère lui-même, il engagera nécessairement son patrimoine personnel (P. BERLIOZ, art. préc., spéc. n° 17).

²⁴⁴⁹ Par conséquent, les règles relatives au dépassement et détournement de pouvoirs ne devraient pas s'appliquer en matière d'EIRL ou d'EURL lorsque l'entrepreneur est gestionnaire. S'il ne respecte pas l'affectation réalisée,

356. Représentation du constituant par le fiduciaire – La fiducie est un autre cas de figure, qui peut être ou pas une situation de gestion des biens d’autrui. Lorsque le contrat prévoit une convention de mise à disposition, le propriétaire des biens reste gestionnaire. Dans ce cas, comme précédemment, il est difficile de parler de représentation.²⁴⁵⁰ Lorsque le fiduciaire gère les biens, les actes qu’il réalise engagent le patrimoine fiduciaire.²⁴⁵¹ Plus encore, il peut engager le patrimoine personnel du constituant si l’actif du premier n’est pas suffisant pour désintéresser les créanciers.²⁴⁵² Ultimement, la charge et le bénéfice de la gestion reviennent au constituant, qui récupérera le patrimoine fiduciaire à l’issue de l’opération.²⁴⁵³ Les liens d’*obligatio* et de *debitum* relient bien le tiers-contractant et le propriétaire, il s’agit donc vraisemblablement d’un cas de représentation.²⁴⁵⁴ Certes, le fiduciaire qui agit ne le fait pas au nom du constituant, mais il doit mentionner qu’il agit en cette qualité, pour le compte du patrimoine fiduciaire, ce qui revient *in fine* au même.²⁴⁵⁵ Le régime de la représentation est donc applicable²⁴⁵⁶, et le constituant peut exiger la sanction du fiduciaire qui excèderait ses pouvoirs, ou refuser d’exécuter un acte qu’il n’aurait pas dû conclure.

il encourt une sanction personnelle en raison de l’atteinte qu’il porte aux intérêts des créanciers en réduisant leur gage. Il serait cependant inique qu’il puisse faire annuler les actes qu’il a lui-même conclus sous prétexte qu’ils n’entraient pas dans le champ de ses prérogatives. Le fait que l’EURL soit une personne morale n’y change rien.

²⁴⁵⁰ Les sanctions relatives à la confusion des patrimoines sont envisageables (F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 112).

²⁴⁵¹ Art. 2025 al. 1 C. civ. P. CROCQ, « Transparence et patrimoines d’affectation », Dr. et pat., 2012, n° 68.

²⁴⁵² Art. 2025 al. 2 C. civ.

²⁴⁵³ Sauf s’il s’agit d’une fiducie-sûreté et que le bénéficiaire-créancier reçoit les biens en paiement. Mais comme le transfert de propriété n’a lieu qu’à l’issue de l’opération, on peut considérer qu’au moins virtuellement, à moins d’un transfert conditionné par l’inexécution du débiteur, la gestion est réalisée au bénéfice du constituant. Cela se manifeste également par le fait que si, lors du transfert, la valeur des biens est supérieure à la créance du bénéficiaire, il doit rendre le surplus au constituant (F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 99) : l’enrichissement qui est éventuellement créé par la gestion ne profite pas au créancier (qui ne peut recevoir que son paiement) mais au constituant.

²⁴⁵⁴ Un auteur (J. VALIERGUE, *Les conflits d’intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, n° 806) décrit le fiduciaire comme le représentant d’un patrimoine sans sujet. Un autre (N. DISSAUX, *La qualification d’intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 1109 et s.) y voit une « interposition réelle », soit une sorte de représentation imparfaite (mais il parle de la fiducie avec transfert de propriété).

²⁴⁵⁵ Ce constat amène une remarque. Il est vrai que le fiduciaire ne doit pas mentionner l’identité du constituant, et si une publicité est nécessaire, c’est son nom qui apparaîtra ainsi que sa qualité (art. 2021 C. civ.). On pourrait y voir un cas de représentation imparfaite, le fiduciaire ne révélant pas l’identité du véritable bénéficiaire (rapp. P. BERLIOZ, art. préc., n° 29, qui y voit une forme de « représentation réelle » semblable à celle d’une personne morale). Toutefois, ce texte est contradictoire avec l’article 2025 C. civ., qui dispose que le patrimoine du constituant est engagé en cas d’insuffisance de l’actif fiduciaire, ce qui nécessite pour le tiers de connaître son identité. Par ailleurs, à la différence de la représentation imparfaite, le fiduciaire n’est pas engagé à l’acte qu’il conclut (F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 109). Il en est cependant différemment si l’acte le prévoit, mais il s’agit simplement d’une garantie offerte au créancier qui ne remet pas en cause l’application de la représentation parfaite, le patrimoine principalement engagé étant la fiducie, qui appartient au constituant. Cf. *supra*, n° 95.

²⁴⁵⁶ Un auteur faisait déjà le rapprochement entre fiducie et société en termes de représentation, concernant les pouvoirs du fiduciaire à l’égard des tiers : P. DUPICHOT, « Si la fiducie était une société... », BJS, 2017, p. 157.

ii. *La représentation d'un patrimoine secondaire collectif*

357. Représentation des copropriétaires – Si le patrimoine appartient à plusieurs copropriétaires, il s'agit automatiquement d'une situation de gestion des biens d'autrui, que le gestionnaire soit un tiers ou l'un des copropriétaires.²⁴⁵⁷ Pour la doctrine majoritaire, l'application de la représentation ne fait aucun doute lorsque le groupement est doté de la personnalité morale, car elle considère que celui qui agit le fait au nom de la personne morale elle-même.²⁴⁵⁸ Mais comment expliquer dans ce cas que les effets sont exactement les mêmes lorsque le groupement n'a pas la personnalité morale ? Qui est représenté ici ? Si l'on admet que la personnalité morale n'est qu'une technique permettant de faciliter l'opposabilité d'un patrimoine envers les tiers, il apparaît que la situation n'est pas différente que le groupement en soit doté ou non. Il y a bien représentation, mais le représenté n'est pas la personne morale, mais les copropriétaires qui la composent. Ce n'est pas le patrimoine qui est représenté, mais les personnes à qui il appartient.²⁴⁵⁹ Cependant, le droit de gage des créanciers peut être limité aux biens qui le composent. Il convient de le démontrer en prenant quelques exemples.

358. Indivision et société – Comparons d'abord les régimes de l'indivision et de la société. Concernant le *debitum*, les associés et les indivisaires ont tous vocation à partager le bénéfice de l'activité et de contribuer à ses pertes.²⁴⁶⁰ Par conséquent, les effets des actes réalisés dans le cadre de la gestion du groupement leur sont directement et définitivement imputés, même si cela se limite au patrimoine commun. Il y a donc bien une action pour le compte d'autrui. Concernant l'*obligatio*, dans les deux cas, les créanciers du groupement peuvent saisir les biens qui le composent.²⁴⁶¹ L'avantage est en fait essentiellement pratique. Pour saisir les biens de la personne morale, le créancier n'a qu'à mentionner sa dénomination. De même, il suffit que le dirigeant dise agir en son nom pour que l'acte soit valable et que tous

²⁴⁵⁷ Cf. *supra*, n° 85.

²⁴⁵⁸ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 66. Le fondement de cette représentation est le mandat social attribué au dirigeant, bien que certains préfèrent se référer à la notion d'organe (*ibid.*, n° 83). Cf. *supra*, n° 352.

²⁴⁵⁹ Précisons que le mode de prise de décision au sein des propriétés collectives (principe de majorité) ne fait pas obstacle à la représentation, dans la mesure où la volonté du représenté n'est pas une condition nécessaire à son application (cf. *supra*, n° 343). Il est donc possible de parler de représentation même si une partie des copropriétaires ne souhaitait pas réaliser l'acte (*contra*, qui refusent de parler de représentation lorsque l'acte a été imposé par le juge à l'indivisaire qui bloquait la décision : F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 571).

²⁴⁶⁰ Art. 815-10 al. 4 et 1832 C. civ.

²⁴⁶¹ J. G. RAFFRAY, J.-P. SENECHAL, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », JCP N, 1985, 100344 ; T. MASSART, « Contrat de société », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 34.

les associés soient engagés.²⁴⁶² En revanche, le créancier de l'indivision doit viser tous les indivisaires s'il souhaite que son acte de saisie des biens communs leur soit opposable.²⁴⁶³ L'indivisaire qui agit comme gérant « représente l'indivision », soit en vertu d'un mandat classique²⁴⁶⁴, soit du fait d'un mandat tacite ou d'une gestion d'affaires.²⁴⁶⁵ Il doit en informer les autres indivisaires pour que les actes accomplis leur soient opposables.²⁴⁶⁶ La personnalité morale offre donc un avantage pratique appréciable lorsque les copropriétaires sont nombreux, en rendant l'action des tiers et du gestionnaire opposable à tous les copropriétaires dès l'origine, mais ne diffère pas fondamentalement de la situation d'une indivision.²⁴⁶⁷

359. Représentation du fonds commun de placement – La représentation d'un patrimoine non personnifié est d'autant plus évidente en matière de fonds communs de placement.²⁴⁶⁸ La possibilité même de cette représentation est inscrite dans les textes.²⁴⁶⁹ La loi indique explicitement que « dans tous les cas où des dispositions relatives aux sociétés et aux titres financiers exigent l'indication des nom, prénoms et domicile du titulaire du titre ainsi que pour toutes les opérations faites pour le compte des copropriétaires, la désignation du fonds commun de placement peut être valablement substituée à celle de tous les copropriétaires. »²⁴⁷⁰ Le texte exprime bien le fait que ce sont les copropriétaires eux-mêmes qui sont visés dans

²⁴⁶² D. CHOLET, art. préc. Précisons qu'au stade de la saisie, seuls les biens communs sont engagés, et si le créancier veut saisir les biens personnels des associés, il doit les viser directement (Cass. Civ. 2^{ème}, 19/05/1998, Bull. civ. II, n° 161 ; D. 1998, Jur. p. 405, concl. P. TATU ; Bull. Joly 1998, p. 1182, note J.-J. DAIGRE ; RTD civ. 1998, p. 750, obs. R. Perrot, et p. 933, obs. P.-Y. GAUTIER ; RGDP 1999, p. 116, obs. E. PUTMAN). Comp. art. 1872-1 C. civ. : dans une société en participation, si l'un des associés agit en se présentant comme tel, il engage tous les autres, alors qu'il reste seul engagé s'il contracte en son propre nom. Cf. *infra*, n° 365.

²⁴⁶³ Cass. Civ. 1^{ère}, 18/12/2013, arrêt précité. C. ALBIGES, « Indivision : Régime légal », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 219.

²⁴⁶⁴ Lorsqu'une convention d'indivision a été rédigée, le gérant doit indiquer, « à titre purement énonciatif », le nom de tous les indivisaires dans le premier acte de procédure (art. 1873-6 C. civ.).

²⁴⁶⁵ Art. 815-3 et 815-4 C. civ. J. G. RAFFRAY, J.-P. SENECHAL, art. préc. ; J.-L. COSTES, « La représentation dans la gestion d'une indivision », JCP G, 1985, 3181 ; J.-F. SAGAUT, « Du problème de la gestion de l'indivision : la solution de l'indivisaire-gérant », AJ fam. 2002, p. 280 ; N. PETERKA, « Le pouvoir, prérogative privilégiée d'administration du bien d'autrui (mandat, représentation, pouvoir) », Dr. et pat., 2015, n° 252.

²⁴⁶⁶ Art. 815-3 al. 2 C. civ. Le mandat tacite nécessite également la connaissance des autres sans opposition de leur part.

²⁴⁶⁷ Il convient toutefois de préciser que dans le cas de la société, la personne morale fait écran avec les associés, qui ne sont pas considérés comme étant parties à l'acte, même s'ils y sont engagés (D. CHOLET, art. préc.). La situation est néanmoins la même dans le cas d'une indivision lorsqu'un indivisaire agit seul en son nom propre.

²⁴⁶⁸ I. RIASSETTO, Lamy Droit du financement, 2020, n° 1507. Plus nuancé, un auteur parle d'un « mandat original, qui n'est pas nécessairement représentatif » (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 106).

²⁴⁶⁹ Art. L. 214-8-8 C. mon. fin. : « Le fonds commun de placement est représenté à l'égard des tiers par la société chargée de sa gestion. Cette société peut agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts. »

²⁴⁷⁰ Art. L. 214-8-3 C. mon. fin. Cette situation est alors très proche de celle d'une personne morale, ce que fait remarquer M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 509-524. V. aussi P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 106.

l'acte²⁴⁷¹, alors que leur patrimoine personnel n'est pas engagé.²⁴⁷² Le simple fait qu'une partie de leurs biens, qui constitue le patrimoine commun, le soit, suffit à qualifier cette situation de représentation.²⁴⁷³ De même, c'est la société de gestion qui exerce les droits rattachés aux actions détenues par le fonds²⁴⁷⁴, mais elle n'a pas la qualité d'actionnaire et agit en représentation des porteurs de parts.²⁴⁷⁵

En résumé, l'existence d'un patrimoine non-personnifié n'empêche pas la représentation de son (ou ses) propriétaire(s). Si ce patrimoine est engagé à l'acte, c'est parce que celui qui le gère (s'il se distingue du propriétaire individuel) agit en tant que représentant. Les règles rattachées à ce mécanisme ont donc vocation à s'appliquer. Il arrive cependant que le patrimoine du gestionnaire soit également engagé à l'acte conclu, ce qui peut être source de confusion avec la représentation imparfaite.

C) L'engagement du gestionnaire à l'acte

360. Distinction entre représentation et garantie – Nous avons décrit plus haut que la représentation parfaite impliquait une transparence complète du gestionnaire, qui n'était pas supposé être engagé à l'acte conclu : seul le représenté est censé être partie. On constate pourtant des cas où, malgré l'hypothèse de représentation parfaite, le gestionnaire se trouve être engagé à l'acte. Il faut alors bien distinguer la représentation et la garantie²⁴⁷⁶, et diviser ce constat en trois hypothèses.

D'abord, il peut arriver que la loi ou les parties à l'acte décident de faire du gestionnaire un garant de l'exécution de l'acte conclu. La promesse de porte-fort d'exécution est le modèle de ce type d'engagements²⁴⁷⁷, qui peut prendre la forme d'une convention de du croire dans

²⁴⁷¹ I. RIASSETTO, *Lamy Droit du financement*, 2020, n° 1745. V. également Cass. Crim., 15/09/1999, n° 98-81855, Bull. crim., n° 187 ; BJB, 2000, p. 71, note I. RIASSETTO, qui reconnaît que l'action en justice exercée par la société de gestion pour le compte du fonds vise en réalité à réparer le préjudice subi par les porteurs de parts.

²⁴⁷² Art. L. 214-8-5 C. mon. fin.

²⁴⁷³ Des auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à parler de « mandat spécial » de la société de gestion, les mandants en question étant les porteurs de parts : T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », RTD civ., 1991, p. 1, n° 72 ; R. ROBLOT, « Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) », Bull. ANSA, 3^{ème} éd., 2003, n° 194, spéc. n° 17 ; M. STORCK, art. préc., spéc. p. 515 et s.

²⁴⁷⁴ Art. L. 533-22 C. mon. fin.

²⁴⁷⁵ CA Douai, 27/11/2009 ; BJS, 2010, p. 265, note A. COURET et B. DONDERO.

²⁴⁷⁶ N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 26.

²⁴⁷⁷ Art. 1204 C. civ.

certains contrats conclus par un mandataire ou un commissionnaire.²⁴⁷⁸ Le régime de la fiducie prévoit également cette possibilité, le fiduciaire pouvant s'engager à la place du constituant envers le tiers.²⁴⁷⁹

Une autre situation est également possible : il arrive que le gestionnaire soit lui-même l'un des copropriétaires, et à ce titre, il a à la fois la qualité de représentant et de représenté. Cela a pour conséquence qu'il soit personnellement engagé à l'acte, soit de manière limitée par le seul patrimoine commun qu'il représente, soit également personnellement, comme les autres copropriétaires, parce qu'il est tenu de manière illimitée pour les dettes communes.²⁴⁸⁰ Dans ce dernier cas, son rôle est celui d'un garant des dettes communes.²⁴⁸¹

Enfin, une dernière hypothèse prévoit l'engagement du gestionnaire à l'acte conclu, qui se distingue en réalité d'une situation de gestion des biens d'autrui. A l'inverse de la première hypothèse, ce n'est pas le patrimoine personnel du gestionnaire qui est apporté en garantie, mais le patrimoine commun qui est engagé à l'acte conclu par l'un des copropriétaires pour son intérêt personnel.

Dans les deux premières hypothèses, on constate bien l'application d'une représentation parfaite, le gestionnaire agissant pour le compte d'autrui. Dans la première, il se porte simplement garant de la bonne exécution par le propriétaire, et engage donc son patrimoine en plus de celui du représenté. Lui-même ne bénéficie pas de l'opération et n'est donc pas représenté, seul le propriétaire l'est. Dans la deuxième, l'engagement de son patrimoine personnel n'est qu'une conséquence de la représentation mise en œuvre, puisqu'il est lui-même représenté et donc partie à l'acte conclu, mais le fait qu'il agisse pour plusieurs personnes permet de parler de représentation. Il est possible qu'il engage son patrimoine personnel en raison d'une responsabilité illimitée aux dettes communes, mais dans ce cas, la charge définitive de la dette pèse uniquement sur le patrimoine commun : il n'est donc représenté qu'en tant que copropriétaire. La troisième est quelque peu différente puisqu'ici, le gestionnaire agit pour son

²⁴⁷⁸ D. HENNEBELLE, « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », JCP E, 2000, 1366 ; S. PRAICHEUX, « Sûretés personnelles-Sûretés financières », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 23 et s. En principe, l'intermédiaire se porte garant envers le donneur d'ordre de l'exécution du contrat par le tiers. Cela vient du fait que la convention de ducroire est historiquement rattachée au contrat de commission (M. VIVANT, A. ROBIN, « Convention de ducroire », J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 2940, 2005, n° 5 et s.), et comme le commissionnaire est déjà engagé personnellement envers le tiers, il ne peut se porter garant qu'envers le commettant. Mais la polyvalence de cet instrument permet de l'utiliser au sein d'un mandat (*ibid.*, n° 8) et dans ce cas, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas garantir la bonne exécution du mandat envers le tiers.

²⁴⁷⁹ Art. 2025 al. 2 C. civ.

²⁴⁸⁰ L'exemple de la SNC est particulièrement pertinent : l'un des associés cogérant peut conclure un acte de gestion qui engage à la fois le patrimoine commun et le patrimoine personnel de tous les associés (dont le sien) de manière illimitée mais également indéfinie, en raison de la solidarité qui s'applique en matière commerciale (art. L. 221-1 C. com.).

²⁴⁸¹ Cf. *supra*, n° 352.

propre compte, mais engage son patrimoine secondaire en garantie de son action. Il ne s'agit donc pas d'un cas de représentation, et il devra indemniser le patrimoine secondaire pour les frais engagés. Pour parfaire ce tour d'horizon et démontrer les remarques précédentes, il convient d'évoquer plusieurs exemples.

361. Représentation des héritiers – Dans une indivision successorale, comme dans les régimes exposés précédemment, il existe un patrimoine commun, géré par une ou plusieurs personnes, engagé par les actes de gestion réalisés par le gestionnaire. L'indivision successorale est intéressante dans la mesure où son acceptation implique l'apparition d'une quote-part dans le patrimoine de l'héritier qui lui donne un accès aux biens successoraux dont font partie les dettes qui pesaient sur le défunt.²⁴⁸² Il est tenu *ultra vires*, c'est-à-dire indéfiniment, de toutes les dettes nées ou à venir qui intégreront le passif de ce patrimoine.²⁴⁸³ Etant obligé à la dette, il est rattaché au créancier par un lien d'*obligatio* en raison de la représentation opérée par l'action du gestionnaire de la succession.²⁴⁸⁴ Il s'agit donc d'une application de la deuxième hypothèse présentée ci-dessus : l'acte de gestion du copropriétaire engage son patrimoine personnel en plus du patrimoine commun, en tant que copropriétaire et garant des dettes de l'indivision. On retrouve par ailleurs la même division qu'entre sociétés à responsabilité limitée et celles à responsabilité illimitée. Lorsque tous les héritiers ont accepté purement et simplement la succession, tous engagent leur patrimoine personnel de manière indéfinie.²⁴⁸⁵ Mais si au moins l'un d'eux a accepté la succession à concurrence de l'actif net, alors aucun de leurs patrimoines personnels n'est engagé et le gage des créanciers se limite aux biens successoraux.²⁴⁸⁶

362. Représentation de la communauté conjugale – La communauté conjugale offre une analyse particulièrement intéressante de l'ensemble de ces mécanismes. L'article 1413 du Code civil dispose que la communauté est obligée pour toutes les dettes qui seraient

²⁴⁸² Sur la nature réelle des dettes, cf. *supra*, n° 134.

²⁴⁸³ Art. 785 C. civ. Cela concerne néanmoins uniquement l'héritier universel ou à titre universel. J. G. RAFFRAY, J.-P. SENECHAL, art. préc.

²⁴⁸⁴ Le gestionnaire peut être l'un des cohéritiers agissant en vertu des règles de gestion de la succession (art. 784 et 815-2 et s. C. civ.) ou un mandataire désigné à cet effet (art. 813 et s. C. civ.). Il est bien précisé que le mandataire « représente l'ensemble des héritiers » (art. 813-5 C. civ.). Sur le mandat à effet posthume, cf. *infra*, n° 364.

²⁴⁸⁵ Indéfinie, mais pas nécessairement illimitée : la solidarité ne s'applique pas en principe entre indivisaires. Ils peuvent donc opposer aux créanciers de l'indivision les bénéfices de discussion et de division. J. G. RAFFRAY, J.-P. SENECHAL, art. préc.

²⁴⁸⁶ Art. 791 et 792-2 C. civ.

nées « pour quelque cause que ce soit » durant la vie de la communauté.²⁴⁸⁷ En revanche, elle a droit à récompense dès lors que l'acte conclu est contracté dans l'intérêt personnel d'un époux.²⁴⁸⁸ Par ailleurs, la dette entrée en communauté du chef d'un seul époux n'engage pas le patrimoine personnel de l'autre, sauf cas de solidarité²⁴⁸⁹, celle-ci s'appliquant notamment pour les dettes ménagères.²⁴⁹⁰

On peut retirer plusieurs enseignements de ces trois règles. Premièrement, la communauté se comporte comme un garant des actes conclus par chaque époux pour leur propre compte.²⁴⁹¹ Cela explique le lien d'*obligatio* qui relie le créancier personnel d'un époux à la communauté chaque fois qu'il accomplit un acte, et la créance de cette dernière envers l'époux auteur au stade de la contribution à la dette. Il n'y a pas de représentation dans cette situation, l'époux auteur de l'acte agissant pour son propre compte et pas dans l'intérêt d'autrui. Il engage son patrimoine personnel à l'acte de manière tout à fait classique puisqu'il y est partie.²⁴⁹² Si la communauté paye sa dette à l'égard du tiers, il lui devra une récompense dans la mesure où il est titulaire du *debitum*.

Deuxièmement, l'époux qui gère les biens communs engage nécessairement la communauté, et celle-ci n'a pas droit à récompense dans cette situation, mais pas le patrimoine personnel de l'autre, sauf cas de solidarité.²⁴⁹³ La communauté agit donc comme une société à responsabilité limitée en principe, et comme une société à responsabilité illimitée en cas de dette ménagère.²⁴⁹⁴ Il s'agit bien ici d'une représentation, l'action étant réalisée dans l'intérêt commun. Cependant, l'époux qui agit engage également son patrimoine personnel, en tant que partie à l'acte.²⁴⁹⁵ Il joue ici un rôle de garant envers les créanciers. On le constate plus

²⁴⁸⁷ Il faut évidemment exclure les cas où l'époux gestionnaire aurait dépassé ou détourné ses pouvoirs.

²⁴⁸⁸ Art. 1416 C. civ. Cela vaut aussi pour les délits et fautes commises par l'époux (art. 1417 C. civ.).

²⁴⁸⁹ Art. 1418 C. civ. Comme en matière d'indivision, si les deux époux sont codébiteurs solidaires, le patrimoine commun est engagé, quelle que soit la nature de la dette. F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2019, n° 396.

²⁴⁹⁰ Art. 220 C. civ.

²⁴⁹¹ F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 392. Cela donne du crédit à chaque membre du couple et assure sa solvabilité (R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 583-598).

²⁴⁹² F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 395.

²⁴⁹³ Précisons que l'application de l'article 1426 C. civ. ne change rien à cet effet, il ne fait que restreindre les pouvoirs d'un époux sur les biens communs au profit de l'autre (F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 495). Pour ce qui est de l'article 1429 C. civ., il s'agit d'un mandat judiciaire, qui donne pouvoir à un époux de représenter l'autre dans la gestion de ses biens propres (dans le même sens, F. TERRE, P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 531 ; *contra*, qui y voit un « pouvoir propre », N. PETERKA, art. préc.).

²⁴⁹⁴ Cf. *supra*, n° 352. C'est ce qui la différencie de l'indivision, qui n'applique jamais les effets d'une société à responsabilité limitée. L'indivision « pacsale » des articles 515-5-1 et s. C. civ. constitue un mélange de ces deux régimes (N. PETERKA, art. préc.).

²⁴⁹⁵ J. G. RAFFRAY, J.-P. SENECHAL, art. préc., n° 47. On se rapproche de la situation d'un indivisaire, qui s'engage personnellement chaque fois qu'il conclut un acte pour le patrimoine commun.

précisément en étudiant l'article 1415 du Code civil, selon lequel l'époux qui contracte un emprunt ou un cautionnement sans le consentement exprès de l'autre n'engage que son patrimoine propre, permettant ainsi aux créanciers de pouvoir *a minima* saisir les biens de l'époux auteur de l'acte.²⁴⁹⁶ Il pourra éventuellement demander récompense à la communauté si l'acte n'était pas conclu dans son intérêt personnel.

La situation est néanmoins différente de celle d'un associé d'une société à responsabilité illimitée : l'opposabilité aux tiers qu'elle induit autorise le gestionnaire à ne pas s'engager, puisqu'il le fait au nom de la personne morale. Si le patrimoine n'est pas personnifié, il est impossible d'agir « en son nom », et il faut bien que quelqu'un soit partie au contrat. La place de l'époux ou de l'indivisaire qui agit dans l'intérêt commun est donc celle d'une partie au contrat, qui représente ses copropriétaires en tant que coobligés. Au stade de la contribution, il peut cependant se retourner contre le patrimoine commun.²⁴⁹⁷

Les règles gouvernant le passif de la communauté conjugale et de l'indivision tiennent compte des relations particulières qu'entretiennent les copropriétaires.²⁴⁹⁸ Formant souvent un foyer ou une famille, il est difficile de déterminer *a priori* si un acte est réalisé dans l'intérêt commun ou d'un seul d'entre eux. Il est donc plus aisé de prévoir des règles favorables aux créanciers concernant l'obligation à la dette. C'est pourquoi lorsqu'un copropriétaire conclut un acte, à la fois son propre patrimoine et le patrimoine commun sont engagés (voire celui des autres si la dette est solidaire), le partage définitif se déroulant *a posteriori* lors du calcul des récompenses ou du compte d'indivision.²⁴⁹⁹ Toujours est-il que malgré l'engagement de l'auteur à l'acte, toute administration des biens communs dans l'intérêt du groupe consiste en une représentation, les liens d'*obligatio* et de *debitum* étant bien établis, et justifie l'application des règles qui y sont attachées.²⁵⁰⁰

²⁴⁹⁶ F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 405.

²⁴⁹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 20/02/2001, n° 98-13006 ; JCP 2001. I. 358, no 5, obs. H. PERINET-MARQUET ; Dr. fam. 2002. Comm. 12, obs. B. BEIGNIER ; RTD civ. 2001. 642, obs. J. PATARIN ; RTD civ. 2001. 916, obs. T. REVET.

²⁴⁹⁸ P. CATALA, « L'indivision entre époux », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 187-205 ; R. BERNARD-MENORET, « Les mandats conventionnels entre époux », LPA, 15/10/2004, p. 3 ; G. GOUBEAUX, « La cogestion en régime de communauté : le commencement de la fin ? », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 131-148.

²⁴⁹⁹ C'est pourquoi certains auteurs considèrent qu'il n'existe pas de patrimoine commun séparé de celui des époux et des indivisaires (F. TERRE et P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 252-253 ; C. WITZ, « Droit de gage général », J.-Cl. Civil Code, 2016, n° 71).

²⁵⁰⁰ *Contra*, qui exclut la représentation dans cette situation et préfère parler de « la spécificité de la relation qui unit mari et femme », P. DIDIER, *op. cit.*, n° 186.

En conclusion, la grande majorité des régimes de gestion des biens d'autrui utilise la représentation parfaite. La plupart du temps, le propriétaire est donc engagé directement à l'acte. L'existence de patrimoines secondaires vient cependant brouiller la situation et entraîne l'application de certains effets comme l'engagement du gestionnaire à l'acte, soit en tant que copropriétaire représenté, soit en tant que garant, soit les deux réunis. Il n'empêche qu'il s'agit dans toutes ces hypothèses d'une véritable représentation parfaite. Certains régimes apportent d'autres solutions, comme ceux qui usent de la représentation imparfaite.

§ 2 : Les régimes avec représentation imparfaite

363. Préférence des parties – Pour diverses raisons, les parties peuvent choisir de soumettre leurs relations avec les tiers au mécanisme de la représentation imparfaite.²⁵⁰¹ Le rôle du représentant est alors d'assurer au tiers que le contrat sera exécuté par le représenté et d'accomplir certains services pour ce dernier (garantir son anonymat, rechercher le meilleur cocontractant possible...). Ce faisant, le gestionnaire engage son patrimoine envers le tiers et protège le propriétaire d'une action directe d'un créancier.²⁵⁰² Le nombre de ces régimes est cependant limité, car il suppose que le gestionnaire accepte d'être le seul à être engagé à l'acte alors qu'il n'en bénéficie pas directement.

Plusieurs types de contrats entre gestionnaire et propriétaire peuvent mettre en œuvre une représentation imparfaite. Les plus connus sont le contrat de commission, la déclaration de command et la convention de prête-nom.²⁵⁰³ Le premier fait intervenir un commissionnaire, professionnel commerçant, dont le rôle est de conclure des actes en son nom pour le compte d'un commettant.²⁵⁰⁴ Il agit sous cette qualité, en informant le tiers de cette situation.²⁵⁰⁵ Il est

²⁵⁰¹ M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, Paris, LexisNexis/Litec, 2000, n° 33, qui exprime que le choix entre mandat et commission dépend des effets voulus par les parties. M. Cuif préconise la représentation imparfaite pour son modèle de contrat de gestion (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 275).

²⁵⁰² Il convient d'exclure les contrats qui n'impliquent pas d'effets sur les biens du propriétaire car ne produisent aucun acte de gestion et ne sont que des préalables à la conclusion d'un acte, comme le contrat d'entremise. C. GRIMALDI, « Mandat et courtage », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 79-88 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, n° 539.

²⁵⁰³ Certains auteurs les distinguent et d'autres les confondent. Il est effectivement possible de voir dans le prête-nom une forme de contrat de commission. V. F. LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom », *RTD civ.*, 1999, p. 283.

²⁵⁰⁴ Art. L. 132-1 C. com. M. Cuif relève l'inadaptation de ce régime à la gestion des biens d'autrui, en raison de ses caractéristiques spécifiques restrictives (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 195). Il est vrai qu'en pratique, cette opération est utilisée pour d'autres types de services. Toutefois, il reste utile pour la cession de biens, et donc pour certains actes de gestion.

²⁵⁰⁵ Cf. *infra*, n° 371.

possible que le tiers ait connaissance de l'identité du commettant, mais il doit agir comme si le véritable bénéficiaire du contrat était le commissionnaire. La deuxième est une possibilité donnée au propriétaire de ne pas dévoiler son identité. Le gestionnaire conclut l'acte en son nom, mais en informant le tiers qu'il agit pour le compte d'autrui et qu'il est possible que le véritable cocontractant se fasse connaître à un moment. Dans ce cas, le contrat deviendra une véritable représentation parfaite et le gestionnaire s'effacera.²⁵⁰⁶ En attendant, il s'agit bien d'une représentation imparfaite. La troisième est un contrat qui ne fait pas intervenir le tiers²⁵⁰⁷, dans le sens où ce dernier pense véritablement contracter avec le gestionnaire, sans savoir que les effets réels de l'acte pèseront en réalité sur le propriétaire.²⁵⁰⁸ Dans ces trois hypothèses, le tiers ne connaît pas en principe l'identité du propriétaire, et le gestionnaire agit en son propre nom. Il est donc impossible d'y appliquer la représentation parfaite.

D'autres régimes donnent lieu à des questions de qualification du mécanisme mis en jeu.

364. Mandat à effet posthume – La qualification du mécanisme mis en œuvre par le mandat à effet posthume est l'objet de débats au sein de la doctrine. Faut-il y voir un mandat classique mais forcé, et donc avec représentation parfaite, ou une forme *sui generis* de mandat « sans représentation » (plus précisément avec représentation imparfaite) ?²⁵⁰⁹ A la différence du mandat de protection future, qui organise également un transfert de gestion anticipé associé à un dessaisissement de pouvoirs du propriétaire²⁵¹⁰, les textes ne prévoient pas expressément l'application d'une représentation parfaite. Ils disposent simplement que le mandataire « agit

²⁵⁰⁶ Certains auteurs parlent de « représentation optionnelle » ou « conditionnelle » car le commandé peut à tout moment révéler qui est le « commandé », ce qui entraîne les effets d'une représentation parfaite (M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, n° 295 et s. ; M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 9 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », *Rép. civ.* Dalloz, 2021, n° 91-92).

²⁵⁰⁷ Sinon, il s'agit d'une véritable simulation conventionnelle, qui est généralement constitutive d'une fraude (F. LEDUC, art. préc.).

²⁵⁰⁸ Cf. *infra*, n° 371. *Contra*, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2018, n° 381, qui excluent le prête-nom de la représentation imparfaite car l'article 1154 C. civ. exige qu'il « déclare agir » pour autrui. Or, le prête-nom cache agir pour autrui. Les effets de ce contrat sont pourtant les mêmes que le contrat de commission, l'argument textuel n'est selon nous pas suffisant pour justifier cette exclusion. V. aussi M. STORCK, *op. cit.*, n° 303 et s., qui y voit une représentation conditionnelle, dont l'option est accordée au tiers (et non pas au représenté comme dans le cas de la déclaration de commandé). M. Leduc a démontré en quoi cette proposition ne correspondait pas au droit positif (F. LEDUC, art. préc.).

²⁵⁰⁹ Sur cette question, v. G. WICKER, « Mandats successoraux : Le mandat à effet posthume », *J.-Cl. Civil Code*, 2014, n° 7 et s.

²⁵¹⁰ Cf. *supra*, n° 265.

pour le compte et dans l'intérêt » des héritiers.²⁵¹¹ La difficulté est qu'ici, le mandataire gère un patrimoine successoral, donc non personnifié, et pas simplement le patrimoine personnel d'une personne physique. Les mêmes problématiques qu'évoquées plus haut vont se poser : faut-il parler de représentation parfaite ou imparfaite dans ce cas ? Tout dépend des effets produits à l'égard des tiers.

Il ne fait pas de doute que le mandat à effet posthume soit une action pour le compte d'autrui : c'est ce qu'exprime l'article 812 du Code civil, et les autres dispositions démontrent bien que ce sont les héritiers qui sont titulaires du *debitum*.²⁵¹² Mais qui est titulaire de l'*obligatio* ? Il semblerait que le mandataire soit personnellement engagé aux actes conclus dans le cadre de sa gestion, et que ni le patrimoine personnel des héritiers, ni le patrimoine successoral ne le soient.²⁵¹³ Ce dernier élément nous permet d'affirmer qu'il s'agit bien d'un cas de représentation imparfaite.²⁵¹⁴ Finalement, malgré les rapprochements faits par la doctrine avec la fiducie ou le mandat post-mortem²⁵¹⁵, le mandat à effet posthume est plutôt semblable dans ses effets à un contrat de commission.²⁵¹⁶

365. Gestion d'affaires et société en participation – La gestion d'affaires est un régime particulier, dans lequel le mécanisme mis en œuvre dépend entièrement du gérant

²⁵¹¹ Art. 812 C. civ. Comp. art. 477 al. 1 C. civ. : « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. » (Nous soulignons).

²⁵¹² Le fait que le mandataire ait droit à une rémunération (art. 812-2 C. civ.) et qu'il doit rendre des comptes (art. 812-7 C. civ.) laisse peu de place au doute.

²⁵¹³ « Pour autant, le mandataire posthume étant investi d'un pouvoir d'administration ou de gestion sur les biens successoraux, les engagements contractés dans l'exercice de ce pouvoir vont produire leurs effets sur ces biens. Ainsi, quoique les actes du mandataire n'engagent pas les héritiers à titre personnel, ces actes leur sont néanmoins opposables, ce qui implique qu'ils doivent en respecter l'existence et ne pas faire obstacle à leur exécution lorsqu'ils ont pour objet les biens visés par le mandat à effet posthume. Mais les biens n'étant engagés que dans la limite des pouvoirs du mandataire posthume, seule leur jouissance est en principe engagée ; ils n'entrent pas dans le gage des créanciers, lors même que leur créance procède de la gestion des biens soumis au pouvoir du mandataire posthume. » G. WICKER, « Mandats successoraux : Le mandat à effet posthume », J.-Cl. Civil Code, 2014, n° 12 ; S. HEBERT, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », D. 2008, p. 307 ; F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, Précis, 4^{ème} éd., 2014, n° 862 et 875. Il a par ailleurs la qualité d'exploitant si le bien géré est une entreprise (G. WICKER, *ibid.*, n° 8), mais ce sont les héritiers qui ont la qualité d'associé s'il s'agit de titres sociaux (J. COMBRET, « Le mandat à effet posthume : un acte manqué ? », JCP N, 2013, 1191).

²⁵¹⁴ Ce qui contredit par ailleurs la qualification de mandat, cf. *supra*, n° 194. Dans le même sens, F. JULIENNE, « La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », RRJ, 2008-3, p. 1323-1338.

²⁵¹⁵ Cf. *supra*, n° 126.

²⁵¹⁶ M. Wicker (*ibid.*, n° 13) y voit une application du contrat de gestion décrit par M. Cuif dans sa thèse (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 747 : « contrat par lequel un propriétaire confie la gestion de ses biens à une personne, sans lui en transférer la propriété ; à charge pour celle-ci de les valoriser, sans nécessairement représenter le propriétaire »).

d'affaires.²⁵¹⁷ Selon la manière dont il se présentera au tiers, il agira en tant que représentant parfait ou imparfait, et engagera ou non le patrimoine du maître d'affaires.²⁵¹⁸ Si le gérant a agi au nom du maître, ce dernier est seul engagé et doit obligatoirement exécuter les obligations contractées en son nom.²⁵¹⁹ S'il a agi en son nom propre, c'est lui qui est engagé à l'acte et doit répondre d'une éventuelle inexécution.²⁵²⁰ Il n'est cependant pas certain que dans ce cas, le maître ne soit pas également engagé à l'acte. S'il s'agit réellement d'une représentation imparfaite, ce ne devrait pas être le cas, mais il est possible que l'intention du législateur (telle qu'interprétée par la jurisprudence) soit de protéger le tiers, et étendre son droit de gage aux deux patrimoines serait une bonne solution.²⁵²¹ Nous serions alors plutôt dans le cadre d'une représentation parfaite dans laquelle le gestionnaire se porte garant.²⁵²² Encore faut-il que le tiers connaisse l'identité du maître, ce qui n'est pas nécessaire si le gérant a agi en son propre nom.

La société en participation produit les mêmes effets que la gestion d'affaires. Selon que le gérant conclut des actes en tant qu'associé ou en son nom personnel, il va engager le patrimoine commun ou son patrimoine personnel uniquement.²⁵²³ Le principe est celui de la société en participation « occulte », dans laquelle le gérant agit en son propre nom au titre d'une représentation imparfaite tout ce qu'il y a de plus classique.²⁵²⁴ Par exception, un associé peut

²⁵¹⁷ Nous supposons que les autres conditions nécessaires à la gestion d'affaires sont remplies, c'est-à-dire que l'acte est utile et que le gérant a conscience et volonté d'agir pour autrui. Cf. *supra*, n° 255. Un auteur critique l'application de la gestion d'affaires en cas de dépassement de pouvoir, dans la mesure où le gérant n'a pas respecté la convention conclue avec le maître d'affaires, ce qui contredit la condition d'altruisme et va uniquement dans l'intérêt du gérant (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 142). Cette remarque n'est pas recevable, d'abord parce que l'acte doit nécessairement être utile, et donc aller dans l'intérêt du maître, et ensuite parce que la gestion n'a pas à être complètement désintéressée.

²⁵¹⁸ L'article 1301-2 C. civ. n'exclut plus la représentation imparfaite (là où l'ancien article 1375 parlait des engagements faits « en son nom »). Il mentionne simplement les « engagements contractés dans son intérêt », ce qui englobe tous les cas de représentation. Certains parlent de « gestion occulte ou ouverte » (A. BENABENT, *Les obligations*, Paris, LGDJ, 15^{ème} éd., 2016, n° 455-456). Un auteur remarque que le plus souvent, le gérant contractera en son nom soit spontanément, soit à la demande du tiers (P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 107). Précisons qu'il est également possible pour le gérant d'agir sans représentation, en accomplissant des actes matériels (C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 132).

²⁵¹⁹ P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 109. Il s'agit d'une forme de représentation forcée car légale (cf. *supra*, n° 118). Si la qualification de gestion d'affaires n'est pas retenue, le tiers peut se retourner contre le gérant pour engager sa responsabilité délictuelle, puisqu'il n'est pas partie au contrat et n'est qu'un représentant parfait (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 133).

²⁵²⁰ P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 110. Précisons que dans ce cas, il est engagé envers le tiers que la gestion d'affaires soit qualifiée ou non, puisqu'il est partie au contrat.

²⁵²¹ En ce sens, P. DIDIER, *op. cit.*, n° 134 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, 2018, n° 722 ; P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 112.

²⁵²² V. aussi P. DIDIER, *op. cit.*, n° 134, qui aboutit peu ou prou à la même conclusion.

²⁵²³ Art. 1872-1 C. civ.

²⁵²⁴ B. DONDERO, « Société en participation », *Rép. soc. Dalloz*, 2019, n° 131-132 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 1883.

révéler agir dans l'intérêt de la société, et engage alors à la fois le patrimoine commun²⁵²⁵ et le patrimoine personnel de chaque associé.²⁵²⁶ L'effet de cette révélation est le même que pour une société à responsabilité illimitée : représentation des copropriétaires et engagement de leur patrimoine personnel, soit solidairement, soit non.

La représentation imparfaite est ainsi mise en œuvre dans plusieurs régimes. Cette initiative peut émaner d'un accord entre les parties (commission, prête-nom et déclaration de command, mandat à effet posthume dans une certaine mesure), ou du comportement du gestionnaire (gestion d'affaires et société en participation). Ces hypothèses sont cependant assez limitées et réservées à des situations particulières. Les régimes de gestion sans représentation sont également peu nombreux mais se rencontrent beaucoup plus en pratique.

§ 3 : Les régimes de gestion sans représentation

366. Gestion matérielle – Dans certains cas, la gestion se fait sans aucune représentation, ce qui signifie que l'acte ne crée aucune conséquence juridique pour le propriétaire.²⁵²⁷ La réalisation d'un tel acte ne crée en lui-même aucune créance pour lui envers le tiers, et réciproquement.

C'est d'abord le cas de tous les actes matériels que peut réaliser le gestionnaire, dans la mesure où ils ne font pas intervenir de tiers.²⁵²⁸ La plupart des régimes de gestion des biens

²⁵²⁵ Ces biens sont soumis aux règles de l'indivision (art. 1872 C. civ.), et peuvent donc être saisis avant partage par les créanciers de la société.

²⁵²⁶ B. DONDERO, « Société en participation », Rép. soc. Dalloz, 2019, n° 133 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1884. *Contra*, A. PICAND-L'AMEZEC, « L'obligation des associés en participation envers les tiers », Rev. Soc., 1990, p. 567, pour qui seuls les associés qui se comportent comme tels sont engagés, et pas l'ensemble d'entre eux, sans quoi la société deviendrait une SNC ou une société civile. Le texte est cependant assez clair, et il n'est pas inconcevable que tous soient engagés par les agissements d'un seul. Ils pourraient éventuellement engager la responsabilité du gérant *a posteriori* s'ils estiment qu'une faute a été commise. Il faut noter également la possibilité d'un mandat apparent et celle d'un enrichissement sans cause, mentionnées par le texte.

²⁵²⁷ Il convient d'exclure les relations du type « achat-revente », qui sont fréquemment utilisées en matière de distribution, comme la franchise ou la concession (P. BRIAND, « Le mandat en droit de la distribution », in *Le mandat : Un contrat en crise ?*, *op. cit.*, p. 135-144 ; N. FERRIER, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 173-190). Dans cette hypothèse, une personne acquiert des biens auprès d'un tiers pour les transmettre ensuite au propriétaire final, et éventuellement accomplir certains actes de gestion pendant ce temps. Il n'y a pas ici de gestion des biens d'autrui puisque l'intermédiaire est seul propriétaire des biens. S'il doit les transférer ensuite à son cocontractant, c'est uniquement en vertu d'un droit personnel et pas d'un droit réel de ce dernier (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 169). La situation se rapproche alors d'un mécanisme fiduciaire (cf. *supra*, n° 92).

²⁵²⁸ C. LARROUMET, S. BROS, *op. cit.*, n° 132.

d'autrui intègrent la possibilité de réaliser des actes matériels à titre accessoire, qui n'entraînent pas de représentation.²⁵²⁹ Lorsque la gestion implique des actes matériels à titre principal, le régime applicable est celui du contrat d'entreprise.²⁵³⁰ Il entre dans le domaine de la gestion des biens d'autrui dès lors que le maître d'ouvrage est propriétaire de la chose sur laquelle l'entrepreneur travaille, c'est-à-dire soit dès l'origine s'il fournit la matière, soit dès lors que la chose est en état d'être livrée si ce n'est pas le cas.²⁵³¹ En accomplissant des actes matériels sur des biens dont il n'est pas propriétaire, il réalise une gestion sans représentation. Peut-on dire pour autant que la charge de la gestion ne pèse pas sur le propriétaire ? En réalité non, car comme pour toute gestion des biens d'autrui, le propriétaire devra indemniser le gestionnaire pour tous les frais engagés, ce qui inclut le temps passé ou le matériel utilisé.²⁵³² Ce qui manque ici pour appliquer le régime de la représentation est plutôt la relation tripartite qu'elle implique, et donc l'intervention d'un tiers.²⁵³³

367. Droits sur la chose d'autrui – La gestion sans représentation concerne également tous les régimes de droits sur la chose d'autrui.²⁵³⁴ Il faut cependant distinguer les actes qui relèvent des obligations réelles qui pèsent sur le gestionnaire de ceux qui sont à la charge du propriétaire. Pour ces derniers, le titulaire du droit peut en demander l'indemnisation

²⁵²⁹ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 496 et s. V. pour le mandat : P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 75. Ex. : le fait pour un mandataire de recevoir des fonds et de les conserver afin de les transmettre au mandant ne requalifie pas le contrat en dépôt, mais n'est qu'une continuité de l'exécution du mandat (Cass. Com., 01/06/1993, n° 90-20745, Bull. civ. IV, n° 221 ; RTD com. 1994. 351, obs. B. BOULOC).

²⁵³⁰ P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, n° 709 et s. ; F. LABARTHE, « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », in *Le mandat : Un contrat en crise ?*, *op. cit.*, p. 39-47 ; P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 76. Les situations complexes comme la promotion immobilière peuvent entraîner l'application des deux régimes alternativement (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 201 et s.). V. sur la distinction avec le mandat : F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité : Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 593-630.

²⁵³¹ B. BOUBLI, « Contrat d'entreprise », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 87. On le constate en raison de l'obligation de conservation qui pèse sur lui (art. 1788 et s. C. civ. ; P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 204).

²⁵³² P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 210. Cette indemnisation sera réalisée à travers la rémunération due à l'entrepreneur, ce qui explique les modalités particulières de détermination du prix dans ce régime (P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 766 et s.). Mais il agit à ses risques et périls et ne peut demander au propriétaire de contribuer à ses pertes.

²⁵³³ N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 260. Si l'entrepreneur doit faire intervenir un tiers pour accomplir sa mission, il s'agit d'un sous-traitant ou d'un fournisseur, et il n'est pas relié au propriétaire, sauf exception légale (P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 205 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 754 et s. ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 531 et 616 et s. ; B. BOUBLI, « Contrat d'entreprise », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 368 et s.). Il s'agit alors d'un cas de représentation imparfaite puisque, ultimement, la charge pèsera sur le propriétaire, car elle sera intégrée à la facture exigée par l'entrepreneur. S'il accomplit des actes sur les biens confiés, ce tiers n'en est pas vraiment un car il joue le rôle d'un gestionnaire (cf. *supra*, n° 213 et 339).

²⁵³⁴ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 214 et s., qui se concentre toutefois uniquement sur la location-gérance.

au propriétaire s'il les a exécutés à sa place.²⁵³⁵ Dans ce cas, le mécanisme mis en œuvre est celui de la représentation imparfaite, puisque seul le gestionnaire est engagé à l'acte. On peut cependant y voir une représentation réelle dans la mesure où l'action du gestionnaire crée une dette pour le propriétaire, dette qui n'est pas envers le tiers mais envers le gestionnaire au titre de son obligation d'indemnisation. Au stade de la contribution à la dette, c'est donc bien le propriétaire qui est engagé. Ainsi, le locataire qui prendrait en charge des réparations urgentes, qui sont normalement à la charge du propriétaire²⁵³⁶, contracte avec le tiers chargé des travaux en son nom, mais peut par la suite demander une indemnisation au propriétaire.²⁵³⁷ De même, le dépositaire doit assurer la garde de la chose déposée et donc s'occuper de sa conservation²⁵³⁸, mais peut demander ensuite une indemnisation pour ces dépenses au déposant.²⁵³⁹

Lorsqu'il conclut un acte qui est supposé être à sa charge en raison d'une obligation de conservation ou d'entretien, ou simplement parce qu'il s'agit d'une amélioration qui ne pesait pas sur le propriétaire, le gestionnaire agit sans engager le propriétaire et sans modifier sa situation juridique. Le régime du prêt à usage le démontre assez bien : l'article 1886 du Code civil dispose que les dépenses liées à l'usage de la chose pèsent sur l'emprunteur, tandis que l'article 1890 du même code précise que les dépenses de conservation « extraordinaires, nécessaires et tellement urgente » que le prêteur n'a pas pu être prévenu doivent en revanche être remboursées par le prêteur.²⁵⁴⁰ De même, l'usufruitier qui accomplit des actes qui ne relèvent pas des grosses réparations ne peut en demander le remboursement au nu-propriétaire²⁵⁴¹, tout comme le locataire qui réalise des réparations locatives.²⁵⁴² Cela signifie qu'au stade de la contribution, c'est bien sur le gestionnaire que pèse définitivement la dette. Il est donc débiteur à la fois de l'*obligatio* et du *debitum*.

368. Action sans pouvoir – Enfin, il est possible de parler de gestion sans représentation lorsqu'un gestionnaire accomplit un acte pour le compte du propriétaire alors qu'il n'a pas le pouvoir de le faire, en espérant obtenir sa ratification après coup.²⁵⁴³ La

²⁵³⁵ Cf. *supra*, n° 333.

²⁵³⁶ Art. 1724 C. civ.

²⁵³⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 20/03/1991, n° 89-19866 ; RTD civ. 1991. 735, obs. J. MESTRE.

²⁵³⁸ Art. 1927 C. civ.

²⁵³⁹ Art. 1947 C. civ.

²⁵⁴⁰ Ex. : Cass. Civ. 1^{ère}, 13/07/2016, n° 15-10474 ; AJDI, 2017. 109, obs. M. MORIN : des réparations et améliorations apportées à un immeuble prêté ne sont pas remboursables si leur caractère urgent n'est pas constaté.

²⁵⁴¹ Art. 605 C. civ.

²⁵⁴² Art. 1720 C. civ. ; art. 7, d) L. n° 89-462 du 06/07/1989

²⁵⁴³ N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 447 et s. Il engage sa responsabilité contractuelle : Cass. Com., 14/02/1980 ; JCP G, 1980, IV, 122.

promesse de porte-fort en est un bon exemple.²⁵⁴⁴ Tant que le propriétaire ne s'est pas manifesté, ou s'il refuse de ratifier l'acte, seul le gestionnaire est engagé auprès du tiers, et la charge de la dette pèse entièrement sur lui.²⁵⁴⁵ Si le gestionnaire ne s'est pas porté garant auprès du tiers et qu'il a accompli un acte sans avoir de pouvoir, il est également engagé auprès de lui au titre de la responsabilité délictuelle, en raison de la faute commise dans la conclusion d'un acte qu'il n'avait pas le pouvoir de réaliser.²⁵⁴⁶ Le tiers doit cependant dans ce cas prouver avoir subi un préjudice du fait de sa déception.²⁵⁴⁷

369. Conclusion – Le régime choisi pour régir les relations entre propriétaire et gestionnaire a une grande influence sur le mode de relations avec les tiers qui en découle. La plupart impliquent une représentation parfaite, qui présente de nombreux avantages dans la mesure où le tiers sait exactement au bénéfice et à la charge de qui il contracte. La représentation imparfaite est parfois préférée dans un souci d'opacité, afin de protéger le propriétaire ou le gestionnaire. Enfin, la gestion sans représentation s'impose en cas de gestion matérielle, d'exercice d'une obligation réelle ou de dépassement de pouvoir. Nous avons cependant évoqué certaines situations comme la gestion d'affaires où c'est l'attitude du gestionnaire qui va conditionner le mode de relations applicable, mais cette possibilité est bien prévue dans la loi et constitue une modalité de ce régime. Des éléments perturbateurs, tels que l'information à la disposition du tiers et le préjudice qu'il subit, peuvent cependant affecter l'efficacité de la gestion.

Section 2 : L'information du tiers

Le droit est avant tout une affaire de prévision²⁵⁴⁸ : il a pour fonction d'apporter une réponse à un problème né d'un conflit entre deux personnes entretenant des relations sociales, et donc juridiques. Les individus agissent en tenant compte de l'environnement juridique et des règles s'appliquant à leurs relations. Il est dès lors important de protéger les prévisions légitimes de celui qui, du fait des informations à sa disposition, pense pouvoir agir de la manière qu'il

²⁵⁴⁴ Art. 1204 C. civ.

²⁵⁴⁵ A l'inverse, si le propriétaire accepte de ratifier l'acte, la représentation s'applique (art. 1156 al. 3 C. civ.).

²⁵⁴⁶ A. BENABENT, *op. cit.*, n° 691. Cette situation exclut évidemment le cas de la gestion d'affaires, qui nécessite que l'acte soit utile.

²⁵⁴⁷ Cf. *infra*, n° 384.

²⁵⁴⁸ « Le droit ne sert qu'à assurer à la volonté créatrice un pouvoir de prévision par l'établissement d'une causalité qui est l'antithèse de la liberté. » J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, n° 182.

souhaite.²⁵⁴⁹ C'est pourquoi les connaissances qu'il détient ou ignore peuvent perturber l'application de règles relatives aux relations qu'il entretient avec d'autres.²⁵⁵⁰ Pour le sujet qui nous intéresse, ce constat va avoir une grande influence sur les rapports des tiers avec le propriétaire et le gestionnaire, qui peuvent être bouleversés en raison d'une méconnaissance de la situation par le tiers. Mais il ne peut se prévaloir de son ignorance à tort et à travers, et il est nécessaire de trouver un équilibre garantissant l'efficacité de la gestion pour le propriétaire. Il convient de s'intéresser d'abord à l'objet de l'information partagée (§ 1), avant de s'intéresser au critère d'appréciation de l'ignorance du tiers (§ 2).

§ 1 : L'objet de l'information partagée

La première question à se poser est : quelle information détenue ou ignorée par le tiers peut avoir une influence sur ses relations avec le propriétaire et le gestionnaire ? Lorsqu'il s'agit d'un tiers contractant, l'article 1112-1 du Code civil impose de délivrer à son cocontractant toute information déterminante de son consentement, c'est-à-dire ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité de l'autre partie. L'existence d'une situation de gestion des biens d'autrui peut dans certains cas être qualifiée comme telle. Plus précisément, deux informations sont susceptibles d'intéresser le tiers et d'affecter la relation : la qualité du gestionnaire (I) et l'étendue de ses pouvoirs (II).

I La qualité du gestionnaire

370. Obligation de mentionner la gestion pour autrui – Lorsque le contrat conclu est *intuitu personae*, l'identité du cocontractant est un élément essentiel et déterminant du consentement des parties.²⁵⁵¹ Dans cette optique, le caractère *intuitu personae* peut être assez étendu, car le tiers s'engage en considération du patrimoine de son cocontractant, puisque ce dernier servira de garantie en cas d'inexécution. Or, si la véritable partie au contrat n'est pas le gestionnaire mais le propriétaire, cela peut être préjudiciable pour le tiers. C'est pourquoi il est en principe exigé que le gestionnaire l'informe de sa qualité lorsqu'il agit envers lui, afin que

²⁵⁴⁹ J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime : Une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 171-181.

²⁵⁵⁰ Sur le lien entre sécurité juridique et information détenue par les tiers, v. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, Editions La Mémoire du Droit, coll. Références, 2001, p. 67 et s.

²⁵⁵¹ Cf. *supra*, n° 211.

le tiers ait conscience que la personne avec qui il contracte n'est pas le bénéficiaire final de l'acte. Certains régimes obligent explicitement le gestionnaire à transmettre cette information. Lorsqu'il s'agit d'une représentation parfaite, le gestionnaire agit au nom du propriétaire et doit donc le faire connaître.²⁵⁵² De même, le fiduciaire doit en faire mention lorsqu'il agit pour le compte de la fiducie.²⁵⁵³ Certains droits sur la chose d'autrui qui octroient la qualité de gestionnaire doivent être publiés et donc mis à la connaissance des tiers.²⁵⁵⁴

371. Dissimulation de l'identité du propriétaire – Il est possible cependant que l'identité de la véritable partie au contrat soit cachée, voire que la situation de gestion des biens d'autrui elle-même soit ignorée du tiers sans que cela affecte la relation.²⁵⁵⁵ Dans ce cas, il ne peut pas s'agir d'une représentation parfaite, puisque le tiers n'a pas connaissance de l'identité du propriétaire.²⁵⁵⁶ Plusieurs mécanismes permettent de le mettre en œuvre. D'une part, le tiers peut avoir conscience que son cocontractant n'est pas le bénéficiaire final du contrat, mais ignorer qui l'est. C'est le cas en matière de contrat de commission : en principe, le tiers ne connaît pas l'identité du commettant²⁵⁵⁷, et quand bien même il le saurait, cela n'altère pas sa relation avec le commissionnaire.²⁵⁵⁸ De même pour la déclaration de command, par laquelle un contractant annonce à l'autre agir pour le compte d'un tiers sans en révéler l'identité.²⁵⁵⁹ D'autre part, le tiers peut ignorer l'existence de la situation de gestion des biens d'autrui. On est alors dans le cadre d'une convention de prête-nom. Le tiers pense qu'il contracte directement avec le prête-nom et n'a pas conscience d'être face à un représentant. Les effets sont pourtant les mêmes que pour le contrat de commission : seul le représentant est partie au contrat et le propriétaire n'en subit que les effets réels.²⁵⁶⁰ La seule particularité est que le tiers peut, s'il découvre l'identité du donneur d'ordre, s'adresser directement à lui, mais uniquement en ce qui

²⁵⁵² Art. 1154 C. civ. F. LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom », RTD civ., 1999, p. 283, n° 12. Cf. *supra*, n° 346.

²⁵⁵³ Art. 2021 C. civ. F. BARRIERE, « Fiducie », Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 79

²⁵⁵⁴ Cela concerne plus particulièrement les droits réels portant sur les immeubles (L. ANDREU, « Publicité foncière », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 64 et s.).

²⁵⁵⁵ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 104 et s. En droit de la distribution, la différence de régimes est justifiée par l'intensité de la transparence entre les parties. V. N. FERRIER, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 173-190.

²⁵⁵⁶ Cf. *supra*, n° 347. N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, n° 422 ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, n° 136.

²⁵⁵⁷ P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, coll. BDE, n° 185 ; N. DISSAUX, « Commission », Rép. com. Dalloz, 2019, n° 227.

²⁵⁵⁸ Cass. Civ., 15/02/1893 ; DP 1893.I.378.

²⁵⁵⁹ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 108. Cf. *supra*, n° 363.

²⁵⁶⁰ F. LEDUC, art. préc., qui assimile prête-nom et commission ; N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 1106.

concerne les effets réels de l'acte.²⁵⁶¹ La gestion sans représentation n'impose pas non plus de connaître la situation de gestion des biens d'autrui dès lors que le gestionnaire agit dans les limites de ses pouvoirs. Si ce n'est pas le cas, cela peut poser problème.

II L'étendue des pouvoirs du gestionnaire

372. Enoncé du problème – Tout en ayant conscience de l'existence de la situation de gestion des biens d'autrui, le tiers peut ignorer l'étendue exacte des pouvoirs confiés au gestionnaire. Cette méconnaissance a une influence importante sur le mode de relations. Une personne peut contracter avec une autre qui se présente comme le gestionnaire des biens d'une troisième, et se rendre compte par la suite que le prétendu gestionnaire n'avait pas le pouvoir de conclure cet acte. Faut-il privilégier l'intérêt du tiers, qui a cru pouvoir contracter valablement, ou celui du propriétaire, qui ne veut pas subir sur ses biens les effets d'un acte que le gestionnaire n'aurait pas dû conclure ?

373. Théorie de l'apparence – C'est toute la problématique de la théorie de l'apparence. D'origine prétorienne, elle permet de favoriser une personne qui a cru à l'existence d'une situation juridique qui en réalité n'existait pas. Elle a trouvé un terrain d'élection particulièrement dense au sein de la gestion des biens d'autrui, permettant de valider les actes pris par un gestionnaire sans pouvoir ou au delà de ses pouvoirs. Sa principale manifestation est le mandat apparent.²⁵⁶² Ce mécanisme permet à un tiers d'exiger l'exécution d'un acte conclu avec une personne qu'il pense avoir agi en représentation d'une autre, alors que l'intermédiaire n'avait pas le pouvoir d'engager le représenté par cet acte.²⁵⁶³ La jurisprudence

²⁵⁶¹ Il s'agit d'un effet de la simulation (art. 1201 C. civ.), qui s'applique aux effets réels de l'acte : s'il y a transfert de propriété avec publicité, c'est le nom du prête-nom qui apparaîtra sur l'acte officiel, mais officieusement, une contre-lettre transfère directement la propriété au donneur d'ordre. Si le tiers l'apprend, il peut invoquer la simulation pour se comporter comme si le donneur d'ordre était le véritable propriétaire. F. LEDUC, art. préc.

²⁵⁶² L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1990, n° 83. Il s'agit d'un remède à « l'instabilité du droit » (J. LEAUTE, « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », RTD civ., 1947, p. 288). Cette solution est de principe en droits anglais et allemand, qui favorisent plus facilement le tiers au détriment du représenté (M. ELLAND-GOLDSMITH, « La notion de représentation en droit anglais », *Droits*, 1987, n° 6, p. 99-106 ; G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 19-45). Elle est également préconisée pour l'unification des droits nationaux autour d'un droit commun de la représentation (K. GRÖNFORS, « *Unification of Agency as a Legislative Challenge* », *Revue de droit uniforme*, 1998-2/3, p. 467-474 ; R. CABRILLAC, « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français », in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier Martin*, Paris, Lextenso, 2015, p. 111-119).

²⁵⁶³ M. Didier refuse d'y voir une représentation dans la mesure où ici, le gestionnaire apparent n'agit pas dans l'intérêt d'autrui (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 188).

use de la théorie de l'apparence comme d'une réponse au dépassement de pouvoir en faisant prévaloir l'intérêt du tiers contractant.²⁵⁶⁴

La Cour de cassation utilisait au départ comme critère d'application la faute du mandant, considérant que c'était son comportement qui était la source de la confusion du tiers.²⁵⁶⁵ Mais elle a progressivement modifié sa jurisprudence et finit par appliquer le critère de la croyance légitime : le juge reconnaît l'existence d'un mandat apparent lorsque le tiers pouvait légitimement croire que l'intermédiaire avait le pouvoir de conclure l'acte.²⁵⁶⁶ La réforme du Code civil a consacré cette solution et l'a étendue à tous les cas de représentation, puisque l'article 1156 alinéa 1 du Code civil dispose désormais que : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. »²⁵⁶⁷ A défaut de restriction au sein du texte, il semblerait qu'il s'applique à tous les cas de représentation, parfaite comme imparfaite, contractuelle comme judiciaire ou légale.²⁵⁶⁸

La question du fondement de la théorie de l'apparence est fréquemment soulevée, et plusieurs réponses y sont apportées. Certains y voient un quasi-contrat²⁵⁶⁹ ou un quasi-engagement²⁵⁷⁰, d'autres une responsabilité du fait d'autrui.²⁵⁷¹ Nous penchons plutôt vers un principe de protection de la sécurité juridique.²⁵⁷² L'application de la théorie de l'apparence s'explique par la nécessité de protéger l'intérêt du tiers (et, indirectement, celui du

²⁵⁶⁴ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, n° 143.

²⁵⁶⁵ J. LEAUTE, art. préc. ; L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 117.

²⁵⁶⁶ Cass. Ass. plén., 13/12/1962, n° 57-11569, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 1963, p. 277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP N 1963, II, 13105, note P. ESMEIN ; RTD civ. 1963, p. 572, obs. G. CORNU. M. MEKKI, F. JACOB, « Synthèse : Le mandat », J.-Cl. Civil Code, 2021, n° 61. Sur son application en matière matrimoniale, v. R. BERNARD-MENORET, « Les mandats conventionnels entre époux », LPA, 15/10/2004, p. 3.

²⁵⁶⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2018, n° 389 et s. ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 730. V. R. CABRILLAC, art. préc., qui considère que le texte est plus influencé par la « théorie des attentes légitimes » (sur laquelle v. J. CALAIS-AULOY, art. préc.) plutôt que par la théorie de l'apparence.

²⁵⁶⁸ C'est pourquoi le terme de « mandat apparent » nous paraît trop restrictif, parce que rien n'empêche l'existence d'un « commissionnaire apparent » ou d'un « tuteur apparent ». Rapp. L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 8 et s. concernant la tutelle de fait.

²⁵⁶⁹ A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, Caen, Université de Caen, 1989, n° 848 et s. ; P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, *et al.*, *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ-Lextenso, 3^{ème} éd., 2012, n° 31503 ; J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019, n° 552 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 730.

²⁵⁷⁰ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : Recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrénois, 2007, n° 205 et s.

²⁵⁷¹ J. LEAUTE, art. préc.

²⁵⁷² R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 78 et s. ; L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 127 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, n° 578.

représenté²⁵⁷³) en raison de la légitimité de sa croyance : c'est parce qu'il ne pouvait pas raisonnablement savoir que l'acte était passé sans pouvoir qu'il est protégé. Cela n'empêche pas par la suite le représenté de se retourner contre le représentant.²⁵⁷⁴

374. Effets de l'apparence – La théorie de l'apparence est donc une perturbation du mode de relations avec les tiers. Elle provoque une représentation là où il ne devrait pas y en avoir, faute de pouvoir confié au gestionnaire.²⁵⁷⁵ La raison de cette faveur faite au tiers est son ignorance et sa bonne foi. A défaut d'apparence suffisante, s'il n'est pas avéré que le tiers ne connaissait pas ou ne pouvait pas connaître la situation, la représentation ne peut pas déployer ses effets.²⁵⁷⁶ Il ne peut réclamer l'exécution du contrat, qui est inopposable au propriétaire.²⁵⁷⁷ Il peut néanmoins se tourner vers le gestionnaire, au titre de la responsabilité civile délictuelle : en concluant un acte pour lequel il n'avait pas le pouvoir de contracter, il commet une faute non seulement envers le propriétaire, mais également envers le tiers, qui a pu croire en la possibilité d'un engagement tout en sachant que le gestionnaire n'avait pas de pouvoir. Il ne faut toutefois pas voir dans cette hypothèse une garantie donnée par le gestionnaire.²⁵⁷⁸ Le tiers devra prouver l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité avec le dépassement de pouvoir réalisé pour espérer obtenir réparation.

375. Apparence et gestion sans représentation – Dans le cas d'une gestion sans représentation, la solution est différente mais fondée sur la même idée de protection de la sécurité juridique. Pour la gestion matérielle, la question ne se pose pas puisqu'elle ne fait pas intervenir de tiers, sauf en cas de dommage causé par le gestionnaire.²⁵⁷⁹ En cas de droit sur la chose d'autrui, ce sont les règles classiques de la preuve des droits subjectifs qui vont s'appliquer.²⁵⁸⁰ Pour les biens meubles, la possession vaut titre²⁵⁸¹, et pour les immeubles, la

²⁵⁷³ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 127. L'auteur explique que protéger la sécurité juridique des tiers donne du crédit à la gestion sous représentation et permet son développement.

²⁵⁷⁴ Cf. *supra*, n° 290.

²⁵⁷⁵ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 125.

²⁵⁷⁶ Sauf si le propriétaire ratifie l'acte (art. 1156 al. 3 C. civ.).

²⁵⁷⁷ Art. 1156 C. civ. Cf. *supra*, n° 291.

²⁵⁷⁸ A moins qu'il ait conclu une promesse de porte-fort et qu'il se soit engagé à ce que le propriétaire ratifie l'acte (art. 1203 al. 3 C. civ.). Dans ce cas, l'absence de ratification du propriétaire suffit à engager la responsabilité contractuelle du gestionnaire.

²⁵⁷⁹ Cf. *infra*, n° 383 et s.

²⁵⁸⁰ P.-F. CUIF, *op. cit.*, n° 359 et s. ; J. DUBARRY, « Du pouvoir de disposer de la chose d'autrui en droit français – Variations sur un thème du droit de la vente », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 279-300.

²⁵⁸¹ Art. 2276 C. civ.

plupart des droits font l'objet d'une publication.²⁵⁸² Par conséquent, si un tiers contracte avec un gestionnaire pour un acte qu'il n'avait pas le pouvoir de passer, tout dépend de la nature de l'acte et du bien en question. L'usufruitier d'un immeuble qui déciderait de le vendre sans l'accord du propriétaire verrait son acte annulé car la publicité empêche le tiers d'invoquer son ignorance. Celui qui achète un meuble à une personne qui prétend en être propriétaire mais qui n'en est en fait qu'un locataire ou emprunteur peut se prévaloir de sa bonne foi pour exiger une indemnisation.²⁵⁸³ Éventuellement, la théorie de la propriété apparente le protège : tous les actes de gestion accomplis par une personne qui se prétend propriétaire sont valides dès lors que les tiers ont été victimes d'une erreur commune.²⁵⁸⁴

Ainsi, il apparaît que l'ignorance du tiers peut avoir un effet sur ses relations avec les parties. S'il ignore l'identité du propriétaire, il ne peut s'adresser qu'au gestionnaire, et il s'agit alors nécessairement d'une représentation imparfaite ou d'une gestion sans représentation. Si le gestionnaire a dépassé ses pouvoirs et que le tiers ne le savait pas, deux solutions sont possibles : soit son ignorance le protège et l'acte est valide malgré le désavantage qu'il peut causer au propriétaire, confirmant le mode de relations prévu à l'acte ; soit l'action du gestionnaire n'engage pas le propriétaire, et le tiers peut se retourner contre lui pour le préjudice subi. Se pose alors la question du critère d'appréciation de l'ignorance, dont va dépendre l'application de l'une ou l'autre de ces solutions.

§ 2 : L'appréciation de l'ignorance du tiers

Pour savoir si l'acte conclu peut produire les effets prévus par le tiers, il faut déterminer si sa croyance dans la validité de l'acte est suffisante pour primer l'intérêt du propriétaire. Le droit positif étant à la recherche d'un équilibre, il propose des solutions protégeant chacun des intérêts en présence.²⁵⁸⁵ La première d'entre elles est la publicité des informations sur la

²⁵⁸² Cf. *infra*, n° 378.

²⁵⁸³ Il s'agit d'une vente de la chose d'autrui, qui est nulle de plein droit (art. 1599 C. civ.). Mais la nullité est relative et ne peut être soulevée que par l'acheteur, donc le tiers, à l'exclusion du propriétaire (Cass. Civ. 3^{ème}, 09/03/2005, n° 03-14916 ; D. 2005. 919 ; Defrénois, 2005. 1240, obs. R. LIBCHABER ; CCC, 2005, n° 128, note L. LEVENEUR). Ce dernier peut uniquement exercer une action en revendication pour récupérer son bien, et devra éventuellement verser une indemnisation au tiers (art. 2277 C. civ.).

²⁵⁸⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 09/01/1996, n° 93-20460 ; JCP 1997. I. 4010, obs. H. PERINET-MARQUET. L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 85 et s. Sur la notion d'erreur commune, cf. *infra*, n° 379.

²⁵⁸⁵ P. CROCQ, « Opposabilité, publicité et connaissance des droits », in *Mélanges Jacques Mestre*, Paris, LGDJ, 2019, p. 289-314.

situation (I). En l'absence de publicité, ce sont les circonstances qui vont permettre de déterminer si l'acte est valide ou non (II).

I En présence d'une information publique sur la situation

376. Effets de la publicité – La solution la plus efficace est de prévoir une publicité des informations sur la situation de gestion des biens d'autrui. De la même manière que le prévoit l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », un tiers ne peut invoquer son ignorance lorsqu'il avait la possibilité d'avoir accès à l'identité du gestionnaire et à l'étendue de ses pouvoirs.²⁵⁸⁶ Il s'agit d'une présomption irréfragable de connaissance de la situation.²⁵⁸⁷ A l'inverse, à défaut de publicité, il existe une présomption d'ignorance du tiers²⁵⁸⁸, qui peut être soit simple, soit irréfragable.²⁵⁸⁹ Une telle solution est gage de sécurité juridique car elle octroie l'assurance au propriétaire que ses droits sont consolidés dès lors que les modalités de publicité sont remplies, et donne au tiers toutes les informations nécessaires pour établir une relation avec les parties. Mais l'efficacité de cette solution dépend du système de publicité utilisé, et certains comportent des failles.

377. Informations fixées par la loi – Le premier système de publicité utilisé est l'information légale. Dans plusieurs régimes, l'identité et les pouvoirs du gestionnaire sont déterminés par la loi, ce qui est un gage important de sécurité juridique.²⁵⁹⁰ Ainsi, un tiers qui souhaite contracter avec un mineur sait qu'il doit passer par ses parents, administrateurs légaux.²⁵⁹¹ Il sait également que le fiduciaire avec qui il contracte est présumé avoir les mêmes pouvoirs qu'un propriétaire, et que le dirigeant social a soit tout pouvoir pour gérer la société,

²⁵⁸⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/2014, n° 12-28348, Bull. civ. I, n° 29 ; JCP N 2014, n° 11, act. 384 ; JCP N 2014, 1151, note R. LE GUIDEC.

²⁵⁸⁷ P. CROCQ, « Opposabilité, publicité... », art. préc. ; D. NOGUERO, « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin des mesures) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 466-533.

²⁵⁸⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 18/11/1997, n° 95-13082, Bull. civ. I, n° 316 ; RTD civ. 1998. 668, obs. J. MESTRE ; D. 1998. 129, obs. T. HASSLER.

²⁵⁸⁹ La présomption est simple lorsqu'il est possible pour le propriétaire de se défendre en prouvant que le tiers avait bien connaissance de la situation malgré le défaut de publicité. On en trouve un exemple à l'article 444 al. 2 C. civ. Pour Crocq, seules les sûretés accordant un droit préférentiel confèrent une présomption irréfragable d'ignorance, dans la mesure où la publicité a pour but non seulement d'informer les tiers mais également de leur donner une place dans un classement entre créanciers du fait de la date de publication (P. CROCQ, « Opposabilité, publicité... », art. préc.).

²⁵⁹⁰ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 118 ; cf. *supra*, n° 208 et 275.

²⁵⁹¹ Art. 382 C. civ.

soit qu'ils sont limités par l'objet social.²⁵⁹² Les clauses limitatives de pouvoirs qui peuvent être insérées dans l'acte constitutif de la situation ne lui sont pas opposables. Il s'agit toutefois d'une présomption simple et elles pourront être soulevées s'il est prouvé qu'il en avait connaissance.²⁵⁹³ Cette méthode est cependant limitée, la loi ne pouvant publier toutes les informations relatives à chaque situation. L'objet social d'une société ou l'identité de son dirigeant ne peuvent bien évidemment pas être inscrits dans la loi, mais uniquement dans l'acte constitutif. C'est pourquoi la publicité peut viser cet acte en particulier.

378. Publication de l'acte constitutif – Souvent, c'est l'acte constitutif de la gestion des biens d'autrui qui sera publié sur un registre spécifique. En matière de droit des sociétés, la publicité des statuts est d'inspiration allemande, elle permet de rassurer les tiers quant à la réalité des pouvoirs de celui qui se prétend représentant de la société.²⁵⁹⁴ Les statuts comprennent des informations importantes dont l'identité des dirigeants et l'objet social de la société, ce qui permet de renseigner sur l'identité du gestionnaire et, pour certaines sociétés, l'étendue de ses pouvoirs. La publicité la plus efficace est celle mise en œuvre pour les droits sur les immeubles d'autrui : toute cession ou constitution d'un droit réel est inscrite aux services chargés de la publicité foncière et protège le titulaire du droit de manière irréfragable.²⁵⁹⁵

Le problème vient de la multiplication de ces registres, de leur difficulté d'accès et de leur articulation avec les autres sources d'information. Le droit des personnes vulnérables en est une bonne illustration.²⁵⁹⁶ Les mesures de protection judiciaires sont inscrites en marge de l'acte de naissance de la personne protégée²⁵⁹⁷, mais cette mention est très sommaire : elle comprend uniquement les lettres « RC » (pour « répertoire civil ») et une référence pour pouvoir identifier l'acte concerné.²⁵⁹⁸ Cela signifie que pour s'assurer de la réalité des pouvoirs

²⁵⁹² Cela dépend de la forme sociale : pour les sociétés de personnes, les pouvoirs du gérant sont limités par l'objet social (art. 1849 C. civ. et L. 221-5 C. com.), alors que pour les sociétés de capitaux et la fiducie, ils ne sont pas limités (art. 2023 C. civ. et art. L. 223-18, L. 225-35, L. 226-7, L. 227-6 C. com.).

²⁵⁹³ V. les textes précités.

²⁵⁹⁴ P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 273-288 ; B. FAGES, « La représentation en droit des groupements », in *La représentation en droit privé, op. cit.*, p. 125-135.

²⁵⁹⁵ Art. 28 Décret n°55-22 du 04/01/1955. L. ANDREU, « Publicité foncière », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 64 et s.

²⁵⁹⁶ B. SERRATRICE-COUTTENIER, « La publicité des mesures de tutelle et de curatelle », *JCP N*, 1996, p. 65 ; D. NOGUERO, art. préc. ; J. HAUSER, « La vocation à la plénitude de la protection du majeur », in *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 369-382, n° 20.

²⁵⁹⁷ Art. 444 C. civ. ; art. 1057 à 1061 et 1233 C. pr. civ. La sauvegarde de justice connaît une publicité propre.

²⁵⁹⁸ Malgré la simplicité de cette mention et l'absence d'information qu'elle donne sur la mesure en vigueur, la Cour de cassation considère qu'elle est opposable aux tiers dès lors que la formalité est respectée et que les deux mois requis se sont écoulés (Cass. Civ. 2^{ème}, 01/02/2018, n° 16-24173 ; Dr. fam. 2018. Comm. 138, obs. I. MARIA ; Defrénois 2018, n° 13, p. 28, obs. D. NOGUERO).

de celui qui se prétend tuteur, curateur ou habilité par une habilitation familiale²⁵⁹⁹, le tiers doit non seulement vérifier l'acte de naissance de la personne protégée, mais en plus rechercher la décision au sein du répertoire civil.²⁶⁰⁰ Ce surplus de formalités est, selon nous, une faille du régime qui nuit à la sécurité juridique des tiers.²⁶⁰¹ Un registre unique et clair de toutes les mesures de protection, accessible à tous sur demande comme il en existe en matière de publicité foncière²⁶⁰², serait une avancée considérable pour la sécurité juridique de tous ; d'autant plus que les pouvoirs de chaque organe et du majeur protégé peuvent être adaptés à sa situation individuelle, et doivent donc être connus des tiers.²⁶⁰³ Par ailleurs, la publicité ne mentionne ni l'identité ni la nature des organes de protection (présence d'un conseil de famille, d'un subrogé-tuteur, d'un mandataire spécial...).²⁶⁰⁴ Enfin, le mandat de protection future a tout simplement été exclu de la publicité à l'origine²⁶⁰⁵, et l'est toujours en pratique.²⁶⁰⁶ Certes, le mandataire peut, comme dans un mandat classique, exciper sa procuration pour justifier de sa qualité et de son pouvoir. Mais rien n'indique dans l'acte que le mandat est entré en vigueur, la condition étant que l'état du mandant soit médicalement constaté.²⁶⁰⁷ Le tiers n'est donc pas certain que l'acte conclu soit opposable au propriétaire.²⁶⁰⁸

D'autres problèmes se posent pour les régimes qui prévoient une publicité limitée à certains biens seulement, ce qui réduit l'efficacité de la gestion. C'est le cas pour la fiducie, qui exige de mentionner la nature fiduciaire des seuls biens dont la mutation est soumise à publicité,

²⁵⁹⁹ Seulement si elle est générale, car aucune publicité n'est prévue en cas d'habilitation spéciale (art. 494-6 al. 6 C. civ.).

²⁶⁰⁰ Une copie d'un tel registre peut être délivrée à tout intéressé qui en fait la demande (art. 1061 C. pr. civ.).

²⁶⁰¹ *Contra*, D. NOGUERO, art. préc., qui considère que la fonction de la publicité n'est pas d'informer réellement les tiers, mais simplement de mettre en œuvre la présomption de connaissance de la situation (autrement dit, l'opposabilité de la décision). Ce faisant, les modalités de la publicité n'importent pas, tant que l'information est accessible d'une manière ou d'une autre. Certes, ce constat est juste, dans la mesure où, sans notification individuelle à chaque individu susceptible d'entrer en relation avec la personne protégée ou son représentant, il est impossible de prévenir effectivement tout le monde, mais il n'empêche qu'il serait préférable de ne pas compliquer la tâche des cocontractants qui souhaitent réellement s'informer en multipliant les formalités à accomplir pour ce faire.

²⁶⁰² En ce sens, B. SERRATRICE-COUTTENIER, art. préc. ; D. NOGUERO, art. préc.

²⁶⁰³ Art. 471 et 473 C. civ. Sans parler de l'habilitation familiale, qui peut être complètement individualisée.

²⁶⁰⁴ B. SERRATRICE-COUTTENIER, art. préc. ; D. NOGUERO, art. préc.

²⁶⁰⁵ D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois*, 2009, p. 142 ; L. TAUDIN, « Mandat de protection future : Itinéraire sinueux d'une représentation », *JCP N*, 2009, n° 52, 1357 ; I. MARIA, « Absence de publicité du mandat de protection future : aucun changement à envisager », *Dr. fam.*, 2009, comm. 162 ; D. NOGUERO, art. préc.

²⁶⁰⁶ La loi n° 2015-1776 du 28/12/2015 a introduit l'article 477-1 C. civ. qui prévoit la création d'un fichier des mandats de protection future, sur le modèle du fichier des dispositions de dernières volontés, mais le décret d'application qui doit le concrétiser n'a toujours pas vu le jour (I. MARIA, C. ROBBE, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2021, n° 336.53). V. A. PANDO, « Mandat de protection future : les pistes d'amélioration des notaires », *LPA*, 27/11/2020, n° 238, p. 3.

²⁶⁰⁷ Art. 477 C. civ.

²⁶⁰⁸ D. NOGUERO, art. préc. ; D. FENOUILLET, art. préc.

ce qui peut créer des difficultés lorsque le constituant conserve la possession de biens qui en sont exclus.²⁶⁰⁹

379. Publicité erronée – Quelle place donner à l’ignorance du tiers de bonne foi lorsque les informations sur la situation sont à disposition ? Nous avons vu que la publicité en bonne et due forme crée une présomption irréfragable de connaissance envers les tiers, et que le défaut de publicité inversait la présomption : il appartient alors aux parties de démontrer que le tiers avait bien connaissance de l’information. Mais que se passe-t-il lorsque les informations publiées sont erronées ? Il semblerait que la seconde solution s’applique également. Nous pouvons l’affirmer en relevant un arrêt récent dans lequel un entrepreneur ayant affecté son patrimoine sous la forme d’un EIRL est soumis à une procédure collective. Le jugement d’ouverture de la procédure ne mentionne pas l’existence de l’EIRL, alors que toutes les modalités de publicité et de séparation des patrimoines avaient bien été respectées par l’entrepreneur. La Cour de cassation devait donc décider si, à l’égard des créanciers de la procédure, il fallait faire prévaloir la réalité de la situation (séparation des patrimoines) ou se fonder uniquement sur ce que déclarait le jugement publié (inexistence de l’EIRL). La Cour a fait le choix de privilégier l’information publiée, alors même que l’entrepreneur n’avait commis aucune faute.²⁶¹⁰

Bien que cet arrêt ne concerne pas une situation de gestion des biens d’autrui, il nous renseigne sur la place que doit prendre l’ignorance des tiers. Dès lors qu’une publicité est réalisée, ils peuvent se fonder sur les informations qu’elle contient, quand bien même elles divergeraient de la réalité. Plus précisément, le tiers peut invoquer l’apparence que crée la publicité, et donc une erreur commune et invincible pour se protéger, c’est-à-dire que toute personne, quelle que soit sa qualité, aurait commis la même erreur sans pouvoir vérifier la réalité des faits.²⁶¹¹ La jurisprudence tend à s’assouplir et accepte de reconnaître une erreur commune d’après une appréciation *in abstracto*, sans exiger qu’elle soit véritablement

²⁶⁰⁹ Art. 2021 al. 2. C. civ. P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », D. 2007, p. 1354 ; L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droit des intervenants à l’opération », D. 2009, p. 1845.

²⁶¹⁰ Cass. Com., 06/03/2019, n° 17-26605 ; D. 2019. 797, note V. LEGRAND ; Rev. Soc. 2019. 421, obs. P. ROUSSEL GALLE ; RTD com. 2019. 479, obs. A. MARTIN-SERF. Par un arrêt postérieur, la Cour a précisé sa solution : l’erreur de publication ne remet pas en cause l’affectation du patrimoine, mais permet seulement à des créanciers personnels de s’adjoindre à la procédure, alors qu’elle leur était normalement fermée, mais les biens personnels n’y sont pas inclus (V. LEGRAND, note sous Cass. Com., 23/10/2019, n° 18-19952 ; D. 2019. 2390).

²⁶¹¹ Selon l’adage « *Error communis facit jus* » (H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, Paris, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2014). Cass. Civ., 26/01/1897, DP 1900.1.33 note SARRUT ; S. 1897.1.313. V. L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 101 et s.

invincible.²⁶¹² La publicité a pour effet de créer une présomption suffisamment forte de véracité pour permettre une protection importante de la sécurité juridique. On peut l'assimiler à une erreur commune si l'information est fautive, ce qui explique la création d'un droit pour le tiers malgré la violation de l'intérêt du propriétaire.²⁶¹³ Ainsi, si le tiers se fonde uniquement sur des éléments extérieurs ou sur le comportement du gestionnaire, il ne peut invoquer sa bonne foi. En revanche, s'il se repose sur une information publiée, son acte ne peut être remis en cause.²⁶¹⁴ Cette solution renforce à coup sûr la sécurité juridique, mais sacrifie l'intérêt du propriétaire lorsque la publication est fautive. Il peut simplement engager *a posteriori* la responsabilité de celui qui y a procédé.

La publicité des informations sur la gestion, qu'elle soit légale ou soumise à des modalités spécifiques, est un bon moyen de garantir son efficacité auprès des tiers. Encore faut-il qu'elle soit bien mise en œuvre et de manière facilitée, pour éviter un contentieux inutile. Tous les régimes ne prévoient pas de publicité, et d'autres solutions sont alors appliquées.

II En l'absence d'information publique sur la situation

380. Présomption de bonne foi et croyance légitime – Si les informations relatives à la gestion ne sont pas publiées, c'est en principe au gestionnaire de les donner au tiers. Il doit se présenter à lui en qualité de gestionnaire des biens d'autrui et agir dans les limites de ses pouvoirs. Si les informations données sont fautes, la validité et l'opposabilité des actes conclus dépend de la bonne foi du tiers, c'est-à-dire de son ignorance effective.

La différence avec l'information publiée se situe au niveau de l'intensité de cette ignorance. La théorie de l'apparence exige normalement l'existence d'une erreur commune, mais la jurisprudence²⁶¹⁵ puis la loi²⁶¹⁶ ont assoupli cette règle concernant le mandat apparent, ne retenant qu'une erreur légitime. La raison en est que « l'incitation à contracter doit être modulée suivant qu'on est ou non dans un domaine où les vérifications sont considérées comme

²⁶¹² L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 102 ; W. DROSS, « L'apparence : erreur invincible et commune ou simple absence de faute ? », RTD civ., 2014, p. 913. L'auteur constate même l'appréciation *in concreto* réalisée dans l'arrêt qu'il commente (Cass. Civ. 3^{ème}, 20/05/2014, n° 10-10293 ; AJDI 2014. 633) et la regrette, mais l'explique par les circonstances de l'espèce.

²⁶¹³ J. CALAIS-AULOY, art. préc.

²⁶¹⁴ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 102.

²⁶¹⁵ Cass. Ass. plén., 13/12/1962, arrêt préc.

²⁶¹⁶ Art. 1156 al. 1 C. civ.

naturelles ». ²⁶¹⁷ La croyance légitime implique une appréciation bien plus souple de l'ignorance du tiers ²⁶¹⁸ : il suffit que les circonstances, dont « le comportement ou des déclarations du représenté », aient pu l'induire en erreur. ²⁶¹⁹ Sa seule bonne foi n'est pas suffisante, et des éléments objectifs doivent être relevés pour appuyer la légitimité de sa croyance. ²⁶²⁰ Toujours est-il que le tiers peut démontrer qu'il pouvait croire dans la validité de l'acte conclu sans trop de difficultés, ce qui garantit la sécurité juridique au détriment de l'intérêt du propriétaire. Sa bonne foi est toutefois nécessaire, bien qu'elle soit présumée. ²⁶²¹

381. Action interrogatoire – Si les conditions de l'apparence ne sont pas réunies mais que le tiers est de bonne foi, il peut, avant de conclure l'acte, tenter de s'informer par lui-même de l'étendue des pouvoirs du gestionnaire en s'adressant directement au propriétaire. ²⁶²² Ce canal d'information est permis par l'article 1158 du Code civil. ²⁶²³ Le tiers doit rédiger un écrit qu'il transmet au propriétaire et qui exige une réponse dans un délai raisonnable qu'il fixe lui-même. A défaut de réponse, le représentant est présumé habilité à conclure l'acte. Celui-ci engagera le propriétaire, qui pourra éventuellement se retourner contre le gestionnaire. Il pose toutefois de nombreuses questions pratiques et théoriques ²⁶²⁴, notamment concernant son champ d'application : le texte le restreint aux représentations conventionnelles, ce qui inclut le mandat social, malgré la publicité des informations dans ce domaine ²⁶²⁵ ; et le mandat de protection future, dont la nature contractuelle est ambiguë. ²⁶²⁶ En réalité, le champ

²⁶¹⁷ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, t. 1, 13^{ème} éd., 2015, n° 104.

²⁶¹⁸ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 120 et s.

²⁶¹⁹ Il s'agit toujours d'une appréciation *in abstracto*, mais elle prend un « tour plus concret » que l'erreur commune (L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 121).

²⁶²⁰ Ex. : la relation de parenté avec les mandants et le fait que le mandataire gérait souvent leurs biens (Cass. Civ. 3^{ème}, 04/05/1982, Bull. civ. III, n° 111) ; l'utilisation du papier à en-tête de la société par l'un des associés (Cass. Civ. 1^{ère}, 11/02/1997, n° 95-12926).

²⁶²¹ Art. 2276 C. civ.

²⁶²² Selon un auteur, il semblerait que le doute doit porter sur l'étendue des pouvoirs et pas sur leur existence (N. MATHEY, « Représentation », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 76). Nous ne sommes pas favorable à cette limitation, qui réduit l'intérêt du texte quant à la garantie de sécurité juridique accordée au tiers.

²⁶²³ On parle « d'action interrogatoire », bien que la nature d'action soit contestée par la doctrine (E. JEULAND, « Les actions interrogatoires en question », JCP G, 2016, 737 ; L. MAYER, « Défense des « actions interrogatoires » introduites par la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal., 2016, n° 42, p. 47).

²⁶²⁴ E. JEULAND, art. préc.

²⁶²⁵ B. DONDERO, « La réforme du droit des contrats et la représentation des sociétés : premières vues », Gaz. Pal., 2016, n° 30, p. 56. Il y a tout lieu de penser qu'il faut en réalité l'exclure de son champ d'application.

²⁶²⁶ Cf. *supra*, n° 108. Il serait étonnant de permettre à un tiers de questionner le bénéficiaire du mandat sur les pouvoirs du mandataire, alors qu'il n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté. Il est possible qu'il conteste le contenu du mandat qu'il a lui-même rédigé. Par ailleurs, si le mandat a été conclu par quelqu'un d'autre, généralement un parent dont le décès a déclenché la mise en œuvre du mandat, la situation est d'autant plus absurde.

d'application de l'action interrogatoire est mal défini : le but du législateur était de permettre aux tiers de connaître l'étendue des pouvoirs d'un représentant lorsque cette information n'est pas accessible par un autre biais, autrement dit, en l'absence de publicité.²⁶²⁷ Ainsi, il aurait mieux valu l'étendre à tous les régimes qui ne prévoient pas de publication de l'acte constitutif, et d'exclure tous ceux où c'est le cas ou dont le représentant possède des pouvoirs inscrits dans la loi.²⁶²⁸

L'action interrogatoire peut aboutir à trois situations : soit le représenté admet que le représentant est habilité à agir, soit il conteste l'existence de ce pouvoir, soit il ne répond pas dans le délai imparti. Il faut ensuite confronter chacune de ces solutions avec l'existence effective ou non du pouvoir du représentant. Dans le premier cas, si le représentant a véritablement le pouvoir d'agir, la confirmation par le représenté ne change rien à la situation si ce n'est que le tiers est rassuré. Si ce pouvoir n'existait pas en réalité, la réponse du représenté est une sorte de ratification par anticipation. Il donne le pouvoir d'agir à un représentant qui s'apprêtait à l'exercer. Cela ne pose pas non plus de difficulté.

Dans le deuxième cas, si le représentant n'avait pas de pouvoir et que le représenté le confirme, l'acte ne pourra être conclu. Mais si le représentant a réellement le pouvoir de conclure l'acte, et que le représenté lui dénie, faut-il faire prévaloir l'acte constitutif ou la réponse du représenté ? Le refus de reconnaître les prérogatives du représentant s'apparente à une révocation, or, celle-ci n'est pas possible dans tous les régimes contractuels, ou seulement sous conditions.²⁶²⁹ Il est probable que le tiers s'en tienne à la réponse donnée par le propriétaire, mais on peut imaginer qu'il passe outre sur la foi de l'acte constitutif que le gestionnaire lui produit. Dans ce cas, si la révocation est impossible, l'acte devrait être valable.²⁶³⁰

Dans le troisième cas, l'effet du texte est le même qu'un mandat apparent : le représenté est engagé, que le représentant ait ou non un véritable pouvoir d'accomplir l'acte ; et il peut éventuellement se retourner contre lui. Le silence du représenté donne automatiquement le

²⁶²⁷ La doctrine reconnaît que le but du texte est de sécuriser la situation des cocontractants (L. MAYER, art. préc. ; M. de FONTMICHEL, « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016, p. 1665 ; X. LAGARDE, « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D. 2017, p. 715). Or, il n'est pas besoin d'apporter plus de sécurité là où des mécanismes de publicité sont déjà mis en œuvre pour l'assurer.

²⁶²⁸ Seraient ainsi exclus tous les transferts de gestion légaux et judiciaires, dans la mesure où les pouvoirs des gestionnaires sont inscrits dans la loi ou dans une décision de justice publiée, le mandat social et le mandat de protection future (si un registre voit enfin le jour).

²⁶²⁹ Cf. *supra*, n° 318 et s.

²⁶³⁰ Imaginons par exemple le cas d'un mandat à effet posthume : il est tout à fait possible que les héritiers, mécontents de la situation, contestent les pouvoirs du mandataire auprès des tiers. Pourtant, s'il respecte la limite de ses pouvoirs, il n'y a pas de raison que l'acte leur soit inopposable.

pouvoir au représentant, sauf qu'à la différence du mandat apparent, l'acte n'est pas encore conclu. Il lui sera pourtant opposable.²⁶³¹

En résumé, l'action interrogatoire est un complément utile du mandat apparent, car elle permet au tiers de savoir à l'avance si l'acte qu'il prévoit pourra être opposable à son cocontractant. Son champ d'application et ses modalités de mise en œuvre sont cependant encore trop flous pour qu'elle soit véritablement intéressante.

382. Conclusion – L'ignorance du tiers est un facteur de perturbation des relations avec les parties. Qu'elle porte sur l'existence de la situation, l'identité du gestionnaire ou l'étendue de ses pouvoirs, elle peut empêcher l'application d'une représentation parfaite ou au contraire la forcer, malgré le choix opéré par les parties et l'intérêt du propriétaire. L'apparence prime sur la réalité de la situation, afin de favoriser l'intérêt du tiers de bonne foi. Il faut toutefois que cette ignorance respecte certains critères qui dépendent de la facilité d'accès à l'information. L'efficacité de la gestion des biens d'autrui est ainsi dépendante de ce que le tiers connaît de la situation. Elle est également influencée par les effets préjudiciables de la gestion pour les tiers.

Section 3 : Le préjudice subi par le tiers

383. Imputation du fait du gestionnaire – Dans l'exercice de son action, il est possible que le gestionnaire, volontairement ou non, crée un dommage qui affecte des tiers-contractants ou d'autres qui n'avaient aucune intention d'établir une relation avec les parties. Il s'agit alors d'une conséquence anormale de la gestion²⁶³², qui perturbe les règles classiques qui régissent les relations avec les tiers. Entrent en jeu les règles de la responsabilité civile, et plus

²⁶³¹ Un auteur parle « d'autorité de chose jugée » car le représenté ne pourra plus contester la solution (E. JEULAND, art. préc.) ; un autre de « présomption irréfragable de pouvoir » (L. MAYER, art. préc.) ; un autre encore de « consentement de fait à l'habilitation » (X. LAGARDE, art. préc.). Pour une critique de cet effet, v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 395 ; N. MATHEY, « Représentation », *Rép. civ. Dalloz*, 2018, n° 80 et s.

²⁶³² Nous excluons le cas où le dommage créé pour le tiers n'est qu'une conséquence normale et légitime de la gestion, ce qui ne met pas en œuvre la responsabilité civile. Ex. : l'achat d'un bien par le gestionnaire à un meilleur prix que celui proposé par le tiers, les nuisances limitées produites par des travaux d'amélioration... En effet, l'engagement de la responsabilité civile nécessite une certaine anormalité dans le comportement fautif et le préjudice subi (C. BLOCH, A. GIUDICELLI, P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, Dalloz action, 2021-2022, n° 010.21). Nous n'évoquerons pas non plus la responsabilité du gestionnaire du fait du propriétaire (qui a vocation à s'appliquer lorsque le propriétaire est une personne protégée), qui n'est pas relative à la gestion des biens d'autrui.

particulièrement, se pose ici la question de l'imputation du fait générateur.²⁶³³ La création d'un préjudice entraîne celle d'une créance dans le patrimoine de la victime, dont il faut déterminer le débiteur. Plusieurs solutions sont envisageables. Soit on considère que le responsable doit être celui qui est à l'origine du dommage, selon le principe énoncé aux articles 1240 et 1241 du Code civil. Dans ce cas, c'est le gestionnaire qui doit indemniser la victime. Soit on admet que la gestion est réalisée pour le compte d'une autre personne, le propriétaire, et puisque c'est lui qui en profite, il doit prendre en charge les éventuelles fautes commises par ceux qui agissent pour lui, exclusivement ou non. On s'oriente ainsi vers la théorie du risque-profit²⁶³⁴ et la responsabilité du fait d'autrui.²⁶³⁵ On peut encore favoriser la victime en augmentant le nombre de responsables et admettre la responsabilité *in solidum* des deux parties.²⁶³⁶

Ces propositions semblent assez radicales et ne paraissent pas adaptées à toutes les situations. Faut-il en adopter une pour tous les régimes de gestion des biens d'autrui, ou moduler la règle en fonction du régime considéré, ou du mode de relations mis en œuvre ? Il convient d'analyser les solutions décrites par le droit positif pour y répondre, en distinguant l'inexécution contractuelle (§ 1) du dommage extracontractuel (§ 2).

²⁶³³ Sur cette notion, v. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Responsabilité délictuelle*, in *Droit civil français d'Aubry et Rau*, Paris, Litec, t. VI-2, 8^{ème} éd., 1989, § 443, n° 1 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 2005, n° 65 ; C. MANGEMATIN, *La faute de fonction en droit privé*, Paris, Dalloz, 2014, n° 534 et s. ; F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », RLDC, 2007, n° 40 ; « Causalité et imputation », Lamy Droit de la responsabilité, 2019, n° 270-15. V. l'Avant-projet de réforme de la responsabilité civile du 29/04/2016, qui introduit une Sous-section traitant de l'imputation du dommage causé par autrui (art. 1245 à 1249) ; P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Études à la mémoire de C. Lapoyade – Deschamps*, Bordeaux, Presse universitaire de Bordeaux, 2003, p. 67-81 (qui rejette son existence).

²⁶³⁴ C. MANGEMATIN, *op. cit.*, n° 542 et s. ; P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, n° 675 et s. ; J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 105 et s.

²⁶³⁵ La responsabilité du fait d'autrui signifie qu'une personne qui n'a pas commis le fait générateur est tenue responsable pour celui qui l'a fait, en raison d'un lien entre les deux. Ce lien est en général un rapport d'autorité et de contrôle. On en trouve plusieurs exemples à l'article 1242 C. civ. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1965, n° 1 ; A. VIGNON-BARRAULT, « L'autorité, critère d'identification du responsable », RLDC, 2008, n° 51 ; D. MAZEAUD, « Autorité du commettant et responsabilité : approche de droit civil », RLDC, 2008, n° 51 ; J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 13.

²⁶³⁶ La responsabilité du fait d'autrui est indépendante de la responsabilité personnelle de l'auteur. Le fait qu'un tiers soit désigné responsable ne l'exonère pas, et inversement. C'est pourquoi la responsabilité du fait d'autrui peut être objective (le fait commis n'est pas une faute) ou subjective (le fait générateur est assimilé à une faute et l'auteur est en principe responsable) (J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 16 et s.). Le but n'est pas véritablement de sanctionner la faute (que ce soit celle de l'auteur ou du responsable désigné) mais plutôt de s'assurer de l'indemnisation de la victime (D. MAZEAUD, art. préc.). Certains font justement remarquer que la plupart des responsabilités du fait d'autrui concernent un auteur ayant un fort risque d'insolvabilité et désignent un responsable supposé être *in bonis* (J. JULIEN, *ibid.*, n° 8).

§ 1 : L'inexécution contractuelle

384. Application des règles du régime – Si le tiers demande réparation, ce peut être d'abord parce que la prestation qui lui était due en raison d'un acte conclu avec le gestionnaire n'a pas été réalisée. Dans ce cas, le gestionnaire n'est tenu responsable à l'égard du tiers que dans certaines circonstances seulement, qui dépendent du mode de relations qui relie les différents acteurs. C'est en priorité celui qui est partie à l'acte qui est qualifié de responsable et doit répondre de son inexécution, et éventuellement, l'autre le sera aussi s'il s'est porté garant.²⁶³⁷ D'abord, le gestionnaire est exonéré lorsque l'acte a été réalisé en représentation parfaite du propriétaire et qu'il est valide.²⁶³⁸ Seul le propriétaire représenté peut alors être tenu pour responsable, car c'est lui qui est partie à l'acte. En cas de détournement de pouvoir notamment, si le tiers est de bonne foi, l'inexécution ne pèsera à son égard que sur le propriétaire. En revanche, si l'acte a été réalisé par la voie de la représentation imparfaite ou sans représentation, le gestionnaire est responsable de l'inexécution envers le tiers dans la mesure où il est son seul interlocuteur.²⁶³⁹ Enfin, si l'acte a été réalisé en dépassement de pouvoir, l'inexécution est à la charge du gestionnaire, le propriétaire n'étant pas partie à l'acte.²⁶⁴⁰ Ainsi, tout dépend du mode de relations prévu par le régime en vigueur, ce qui est assez logique, dans la mesure où ceux-ci sont adaptés aux relations avec les tiers-contractants.

§ 2 : Le dommage extracontractuel

385. Faute du représentant – Lorsque le dommage n'est pas causé par une inexécution contractuelle, l'imputation de la faute n'est pas aussi aisée. En principe, la faute commise par le mandataire dans le cadre de sa mission et qui causerait un dommage à un tiers

²⁶³⁷ Cf. *supra*, n° 360. La « responsabilité contractuelle du fait d'autrui », qui consiste à considérer qu'une personne est responsable envers une autre en raison de l'inexécution contractuelle causée par une troisième, n'est pas pertinente. Le fondement de son engagement n'est pas le fait d'autrui, mais la force obligatoire de la convention qu'elle a conclue (en tant que partie ou que garant). V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, t. 5, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Economica, 2016, n° 275 et s. ; J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », *Rép. civ. Dalloz*, 2020, n° 21 et les références citées ; C. BLOCH, A. GIUDICELLI, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 3121.71 et s.

²⁶³⁸ Art. 1154 al. 1 C. civ. C. BERGER-TARARE, « La responsabilité civile de l'administrateur des biens d'autrui », *Dr. et pat.*, 2015, n° 252. La même solution s'applique même si la représentation n'est qu'apparente (cf. *supra*, n° 374). Cela ne signifie pas cependant qu'il ne sera pas responsable envers le propriétaire.

²⁶³⁹ Art. 1154 al. 2 C. civ. C. BERGER-TARARE, art. préc. Cf. *supra*, n° 347.

²⁶⁴⁰ Cf. *supra*, n° 291. M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. *Traité de droit civil*, 2000, n° 360.

lui est personnellement imputable.²⁶⁴¹ Le mandataire est ainsi responsable personnellement de toute faute délictuelle ou quasi-délictuelle, qu'elle se rattache de près ou de loin à un acte réalisé pour le propriétaire.²⁶⁴² Cela vaut aussi pour les autres gestionnaires représentants.²⁶⁴³ Le propriétaire n'est tenu responsable ni au stade de l'obligation, ni au stade de la contribution à la dette.²⁶⁴⁴ Le principe de l'imputation du fait générateur à celui qui l'a commis s'applique naturellement.

Mais il est possible que la faute du gestionnaire ne lui soit pas directement imputable, et qu'on privilégie la responsabilité de celui qui profite de l'action. C'est le cas lorsqu'il existe un lien de préposition entre le propriétaire et le gestionnaire et que la faute est réalisée dans l'exercice de ses fonctions.²⁶⁴⁵ Dans ce cas, le préposé n'est pas responsable envers le tiers pour la faute commise, seul le commettant l'est.²⁶⁴⁶ Le lien de préposition suppose une autorité du commettant sur le but à atteindre, les moyens employés et le contrôle de l'action.²⁶⁴⁷ La gestion des biens d'autrui repose néanmoins la plupart du temps sur des gestionnaires autonomes dans le choix des moyens à utiliser. Cette situation concerne en réalité uniquement le régime du contrat de travail.²⁶⁴⁸ Elle s'explique par la place importante donnée au commettant, qui est à

²⁶⁴¹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, n° 311 et s. ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, n° 360. L'auteur prend l'exemple du défaut d'entretien d'un immeuble imputable à celui qui est censé l'assurer pour autrui, cette négligence causant un préjudice à un tiers.

²⁶⁴² Cass. Civ. 1^{ère}, 13/10/1992, n° 91-10619, Bull. civ., n° 250 ; RDI 1993. 237, obs. D. TOMASIN ; Cass. Com. 23/11/1999, n° 96-17278, Bull. civ. IV, n° 206. P. LE TOURNEAU, « Mandat », Rép. civ. Dalloz, 2021, n° 341.

²⁶⁴³ Pour le tuteur : Cass. Civ. 1^{ère}, 16/12/2015, n° 14-27028 ; D. 2016. 8 ; D. 2016. 1523, obs. J.-J. LEMOULAND, D. NOGUERO et J.-M. PLAZY ; AJ fam. 2016. 108, obs. T. VERHEYDE ; RTD civ. 2016. 85, obs. J. HAUSER. Pour l'administrateur légal : I. CORPART, « Administration légale des biens du mineur », Rép. civ. Dalloz, 2020, n° 154. Pour le fiduciaire : art. 2026 C. civ. ; B. FRANCOIS, « Fiducie », Rép. soc. Dalloz, 2021, n° 165.

²⁶⁴⁴ Un auteur considère que cette solution est trop radicale et qu'il faudrait l'adapter aux différentes situations, en intégrant une part de la théorie du risque-profit (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 314 et s.).

²⁶⁴⁵ Art. 1242 al. 5 C. civ. P. LE TOURNEAU, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157 ; N. DISSAUX, « Mandat et contrat de travail », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 49-65 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, n° 692 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 689 et s.

²⁶⁴⁶ Cass., Ass. plén., 25/02/2000, *Costedoat*, n° 97-17387 et n° 97-20152 ; D. 2000. 673, note P. BRUN ; JCP 2000. II. 10295, rapp. R. KESSOUS, note M. BILLIAU. P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 693. M. Didier assimile cette situation à une représentation parfaite (P. DIDIER, *op. cit.*, n° 198). Pour ce qui est de la contribution à la dette, il estime qu'elle dépend du rôle du commettant dans la décision fautive (le préposé a agi sur instructions ou non) et de la relation entre commettant et préposé : le contrat qui les lie peut prévoir un partage de responsabilité, ou d'autres types de sanctions spécifiques comme en droit du travail (*ibid.*, n° 194).

²⁶⁴⁷ Cass. Ass. plén., 29/03/1991 ; JCP 1991. II. 21673, concl. DOTENWILLE, note J. GHESTIN ; D. 1991. 324, note C. LARROUMET. P. DIDIER, *op. cit.*, n° 199-200 (qui parle d'une perte d'autonomie du préposé comme cause d'imputation dérogatoire). V. cependant D. MAZEAUD, art. préc.

²⁶⁴⁸ N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 1347 et s. et 1369. Pour une extension de ce régime de responsabilité aux mandataires en raison de l'évolution de la pratique de ce contrat, v. A. GILSON, *Mandat et responsabilité civile*, Reims, thèse de doctorat, 2013. Pour une étude approfondie de la question, v. C. MANGEMATIN, *op. cit.*, n° 197 et s. (sur la nature du fait générateur) et n° 472 et s. (sur le champ d'application de ce régime).

l'origine des décisions appliquées par le préposé et qui en assure le contrôle. La responsabilité du fait d'autrui est donc pertinente ici, mais exceptionnelle.

386. Droit des sociétés – Le droit des sociétés comporte un régime semblable à celui du contrat de travail.²⁶⁴⁹ La jurisprudence protège le dirigeant social, qui ne sera tenu responsable de ses fautes qu'en cas de faute détachable de ses fonctions.²⁶⁵⁰ Mais cette protection tombe dans certaines situations : lorsque le dirigeant a commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice de ses fonctions²⁶⁵¹ et lorsque la faute a contribué à l'insuffisance d'actif de la société en liquidation judiciaire.²⁶⁵² La protection du dirigeant est ici moins pertinente, d'une part parce que son autonomie est très grande, et d'autre part parce qu'elle l'incite à prendre des décisions dangereuses.²⁶⁵³

Pour ce qui est de la société elle-même, il est admis qu'elle est responsable des fautes causées par l'un de ses organes dès lors qu'il avait le pouvoir de la représenter et qu'il a agi en son nom et pour son compte.²⁶⁵⁴ Il s'agit d'un « anthropomorphisme dont la meilleure justification est la commodité »²⁶⁵⁵, puisqu'en réalité, ce sont les associés copropriétaires qui

²⁶⁴⁹ P. DIDIER, *op. cit.*, n° 326 et s. Pour un rapprochement avec la responsabilité du commettant, v. C. MANGEMATIN, *op. cit.* Pour une extension de ce régime à la fiducie, v. R. DAMMANN, G. PODEUR, « La fiducie en pratique », BRDA, 2011, 5/11, comm. 24.

²⁶⁵⁰ Cass. Com., 04/06/1991, n° 89-16847 ; Rev. Soc. 1992. 55, note Y. CHARTIER. Sur ce sujet et les critiques qui peuvent être apportées à ce régime, v. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, n° 450 et s. ; G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personnes morales », Rép. civ. Dalloz, 2018, n° 85 et les références citées. Le dirigeant est toutefois responsable envers la société, qui peut se retourner contre lui (Cass. Civ. 1^{ère}, 15/05/2007, n° 06-12317 ; Dr. soc., 2007, n° 151, obs. R. MORTIER).

²⁶⁵¹ Cass. Com., 20/05/2003, n° 99-17092 ; Bull. Joly 2003. 786, note H. LE NABASQUE ; D. 2004. 2623, note B. DONDERO ; D. 2004. Somm. 266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Dr. soc. 2003, n° 148, obs. J. MONNET ; JCP E 2003. 1203, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; JCP E 2003. 1398, note S. HADGI-ARTINIAN ; Rev. Soc. 2003. 479, note J.-F. BARBIERI. La chambre criminelle ne reconnaît pas la protection du dirigeant par la notion de faute détachable des fonctions, et admet aisément sa responsabilité en cas d'infraction pénale (Cass. Crim., 05/04/2018, n° 16-83961 ; BJS 2018. 258, note R. SALOMON et A. COURET ; Rev. Soc. 2018. 598, note Y. PROROK), ce qui cause une pénalisation du contentieux (C. DUCOULOUX-FAVARD, « Les déviations de la gestion dans nos grandes entreprises », D. 1996, p. 190 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 460).

²⁶⁵² Art. L. 651-2 C. com. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 480 et s. Pour une critique de cette action, v. I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », BJS, 2018, p. 600.

²⁶⁵³ P. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », Rev. Soc., 2003, p. 238 ; J.-F. BARBIERI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 41-57. Il convient cependant de nuancer cette remarque, dans la mesure où le dirigeant peut être frappé par d'autres sanctions que la responsabilité civile, et que la jurisprudence est souple quant à l'appréciation du critère de la faute détachable des fonctions (C. BLOCH, A. GIUDICELLI, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 2112.43).

²⁶⁵⁴ Ex. : Cass. Civ. 2^{ème}, 27/04/1977, n° 75-14761, Bull. civ. II, n° 108 ; D. 1977. IR 442, obs. C. LARROUMET. Cela vaut aussi lorsque le dirigeant n'a commis aucune faute et que le dommage est lié à un défaut objectif d'organisation ou de fonctionnement. C. BLOCH, A. GIUDICELLI, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 2112.42.

²⁶⁵⁵ C. BLOCH, A. GIUDICELLI, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 2112.41.

sont tenus comme responsables, engageant le patrimoine commun et éventuellement leur patrimoine propre selon la forme sociale.²⁶⁵⁶ Le régime applicable est donc celui de la responsabilité du fait d'autrui, les associés bénéficiant *in fine* de l'action du dirigeant. Elle peut être *in solidum* si le dirigeant a commis une faute détachable de ses fonctions. Ce choix se justifie pleinement car il est en faveur du tiers : le patrimoine commun et/ou celui de l'ensemble des associés sont en principe bien plus importants que le patrimoine du dirigeant. Les associés prenant également des décisions de gestion importantes, cela incite à un bon comportement de tous et à l'orientation d'une gestion sociale conforme à l'intérêt général.

Une difficulté supplémentaire s'ajoute lorsque l'un de ces copropriétaires est lui-même une personne morale : il s'agit de la problématique du groupe de sociétés.²⁶⁵⁷ En effet, il est aisé pour des copropriétaires de se protéger personnellement en utilisant l'écran d'une filiale pour accomplir des actes délictueux.²⁶⁵⁸ Il suffit pour cela de créer une première société à responsabilité limitée, puis une seconde dont la première est actionnaire majoritaire voire unique, avec un capital social le plus réduit possible. Si son dirigeant commet une faute, les copropriétaires n'en seront pas affectés et ne perdront que la « mise » qu'ils ont intégrée à la société tenue pour responsable.²⁶⁵⁹ Plus la dilution est importante au sein de la chaîne de sociétés, plus les actionnaires personnes physiques sont protégés, et plus ils sont incités à commettre des actes répréhensibles. Malgré les critiques et protestations d'une partie de la doctrine²⁶⁶⁰, la jurisprudence valide un tel mécanisme en refusant d'engager la responsabilité

²⁶⁵⁶ Cf. *supra*, n° 352.

²⁶⁵⁷ Sur la notion et ses différentes appréhensions par le droit positif, v. J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », D. 2003, p. 2346.

²⁶⁵⁸ G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris, Sirey, 1950, n° 16.

²⁶⁵⁹ « Le groupe est donc une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés. » C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1991, n° 193.

²⁶⁶⁰ B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. Soc.*, 2010, p. 715. V. également l'article 1360 de l'Avant-projet de réforme dirigé par Pierre Catala, qui prévoyait la création d'une véritable responsabilité du fait d'autrui. Le projet Terré de réforme du droit de la responsabilité proposait d'intégrer une forme de responsabilité civile de la personne morale pour le fait d'une autre qu'elle contrôle moins ambitieuse (art. 7 : « La faute de la personne morale résulte de l'acte fautif de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement. (al. 1) Une société ne répond du dommage causé par la société qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette société, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage. Il en va de même lorsqu'une société crée ou utilise une autre société dans son seul intérêt et au détriment d'autrui. (al. 2) »). V. S. MESSAÏ-BAHRI, M. ROUSSILLE, « La responsabilité pour faute des personnes morales », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 119-129 ; et les critiques adressées par le Groupe de travail de la Cour de cassation sur ce projet dirigé par Jean-Claude Bizot (2012) (<https://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf>).

d'une société mère pour la faute commise par sa filiale.²⁶⁶¹ Des mesures ont été prises à la suite du drame du Rana Plaza²⁶⁶², mais elles restent restreintes à certaines sociétés dans certains secteurs seulement.²⁶⁶³ L'adoption d'une véritable responsabilité du fait d'autrui, proposée par certains, serait une solution pertinente, véritablement protectrice des intérêts des tiers et plus proche de la réalité économique. La proposition de M. Grimonprez²⁶⁶⁴ est à ce titre intéressante : il restreint cette responsabilité aux seuls créanciers « involontaires » de la société, autrement dit il exclut les tiers-contractant ; et retient comme critères l'existence d'un contrôle de la société mère sur la filiale (présupposé en cas de détention majoritaire de capital, devant être prouvé sinon), l'exercice effectif de ce contrôle, et une faute de la filiale à l'origine du dommage. Il y aurait un cumul des responsabilités des deux sociétés. Cette proposition a le mérite de limiter la responsabilité de la société mère aux seuls cas où elle exerce réellement un contrôle sur la gestion de la filiale, et d'étendre la possibilité d'indemnisation des victimes.

387. Pertinence d'une solution harmonisée ? – Faut-il essayer de proposer une règle commune de responsabilité civile envers les tiers pour tous les régimes de gestion des biens d'autrui ? Une telle solution nous paraît impossible au regard des situations très différentes que recouvre la notion de gestion des biens d'autrui. Prenons deux cas extrêmes : l'administration légale des biens d'un mineur et la gestion par un dirigeant d'une multinationale. Dans le premier cas, la faute commise pourra créer un dommage relativement minime, par exemple, la violation des droits d'un membre de la famille en réalisation d'une donation déguisée des biens du mineur. Dans le second, le dommage peut être considérable, comme la destruction de tout un écosystème ou le licenciement de milliers d'employés.

²⁶⁶¹ Cass. Com., 29/06/1993, n° 91-20380, Bull. civ. IV, n° 271 ; JCP E 1994. 562, note C. HANNOUN ; Gaz. Pal. 1994. I. Pan. 5 ; Rev. Soc. 1995. 50, note P. DELEBECQUE ; RTD civ. 1994. 596, note J. MESTRE ; Cass. Ass. plén., 09/10/2006, n° 06-11056, *Crédit Lyonnais*, Bull. ass. plén. n° 11 ; D. 2006. 2525, note X. DELPECH ; D. 2006. 2933, note D. HOUTCIEFF ; JCP 2006. II. 10175, note T. BONNEAU ; RDI 2007. 408, note H. HEUGAS-DARRASPEN ; RTD civ. 2007. 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2007. 145 ; RTD civ. 2007. 148, obs. P.-Y. GAUTIER. En revanche, elle admet la possibilité d'engager la responsabilité de la société mère si elle a participé à la commission de la faute, notamment en s'immiscant dans l'action de la filiale ou en ayant opéré une confusion des patrimoines (J. SCHMEIDLER, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », D. 2013, p. 584 ; B. GRIMONPREZ, art. préc.).

²⁶⁶² Le 24 avril 2013, un bâtiment vétuste de Dacca, au Bangladesh, s'est effondré, causant plus d'un millier de morts, dont la grande majorité était des femmes ouvrières. L'usine abritait plusieurs ateliers textiles qui confectionnaient des vêtements pour de grandes marques occidentales, et la cause du drame a été attribuée à la mondialisation et à l'absence de responsabilité des multinationales. Sur cette affaire et ses suites, v. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Pluriel, 2020, p. 529 et s.

²⁶⁶³ Sur toutes ces questions, qu'il nous est impossible de développer ici, v. A. DANIS-FATOME, G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », D. 2017, p. 1610 ; C. BLOCH, A. GIUDICELLI, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 2112.41.

²⁶⁶⁴ B. GRIMONPREZ, art. préc.

Appliquer sans distinction le principe de la faute personnelle ou la théorie du risque-profit n'a alors pas de sens, tellement les enjeux sont différents. La propriété en elle-même ne peut servir à fonder une responsabilité *propter rem* pour tout dommage résultant d'une gestion des biens.²⁶⁶⁵ L'autonomie du gestionnaire, l'intérêt des tiers, l'ampleur du dommage sont des facteurs influençant les règles applicables.

Il nous semble que le principe de la faute personnelle doit rester la règle pour la plupart des régimes de gestion des biens d'autrui. Rappelons que leur finalité première est de satisfaire l'intérêt du propriétaire²⁶⁶⁶, il serait donc contradictoire de faire peser sur lui la charge de la faute du gestionnaire. Ce principe n'a cependant plus vocation à s'appliquer si, *in fine*, c'est le propriétaire qui est véritablement à l'origine du dommage, le gestionnaire n'étant qu'un instrument de sa volonté, selon le régime de la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Ce n'est en réalité que la continuité du premier principe, selon lequel celui qui est à l'origine de la faute doit en répondre. Le dirigeant social est protégé au même titre, bien que son autonomie soit en réalité plus importante que celle d'un préposé.²⁶⁶⁷ Pour ce qui est des personnes morales, c'est plutôt la logique du risque-profit qui est mise en œuvre, comme une faveur faite aux tiers, dont le préjudice peut être important du fait de la taille de la société. L'intégration d'une véritable responsabilité de la société mère du fait de la filiale serait une avancée considérable pour les victimes de dommages des multinationales.

Il apparaît que les règles régissant les modes de relations avec les tiers s'appliquent différemment lorsque le tiers a volontairement initié la relation avec les parties et lorsqu'il la subit. Dans le second cas, l'équilibre entre les intérêts du tiers et du propriétaire est bouleversé, et c'est surtout les circonstances de fait qui commandent la solution à retenir. Le tiers victime doit être protégé et son indemnisation facilitée, mais ce ne peut être au détriment du propriétaire, victime lui aussi des agissements de son gestionnaire. Ce constat ne tient plus lorsque le propriétaire est conscient et/ou à l'origine de ces fautes et que sa puissance économique ne justifie pas sa protection au détriment des intérêts du tiers.

388. Conclusion du chapitre – Chaque régime de gestion des biens d'autrui s'inscrit dans l'un des trois modes de relations avec les tiers, ou les applique alternativement. Une

²⁶⁶⁵ N. PIERRE, « Propriété et responsabilité », in *Mélanges Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. 423-443.

²⁶⁶⁶ Cf. *supra*, n° 168 et s.

²⁶⁶⁷ *Contra*, favorables à un rapprochement de ces deux régimes : C. BLOCH, A. GIUDICELLI, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 2112.51.

première assurance de sécurité juridique et d'efficacité de la gestion est donc octroyée aux tiers et aux parties, tous sachant à quoi s'en tenir. Mais les règles prévues peuvent être bouleversées par le manque d'informations du tiers, qui croit contracter avec le gestionnaire ou qui ne connaît pas l'étendue de ses pouvoirs. Selon la bonne foi et la diligence du tiers et la publicité de ces informations, son intérêt sera favorisé ou non face à celui du propriétaire, et la représentation s'appliquera ou pas. De même, alors que dans la plupart des cas, le dommage causé par le gestionnaire n'engagera que lui, dans d'autres, il pourra engager le propriétaire auprès de tiers avec lesquels ce dernier ne souhaitait pas établir de relations.

389. Conclusion du titre – L'efficacité de la gestion auprès des tiers ne peut être garantie de manière certaine, dès lors que l'intérêt du propriétaire n'est pas le seul à entrer en compte. La théorie générale de la gestion des biens d'autrui ne saurait faire l'impasse sur les effets que produit l'action du gestionnaire sur les autres que le propriétaire. C'est pourquoi il est parfois nécessaire de sacrifier son intérêt au profit d'autres personnes. La théorie dualiste de l'obligation donne un éclairage sur les effets que créent les actes du gestionnaire auprès de chaque intervenant. Nous avons présenté sur cette base les différents modes de relations qui peuvent être mis en œuvre pour régir les liens entre les parties et les tiers, et étudié les facteurs influençant l'application de chacun d'entre eux. Ils ne remettent pas en cause les règles relatives aux relations entre propriétaire et gestionnaire, mais permettent d'intégrer utilement les tiers, tout en préservant au maximum l'efficacité de la gestion.

390. Conclusion de la partie – Au terme de cette présentation, nous pouvons affirmer qu'une théorie générale de la gestion des biens d'autrui peut être reconnue. Sa pertinence se justifie par l'existence de principes fondamentaux imposant au gestionnaire de satisfaire l'intérêt du propriétaire, irriguant la totalité des normes applicables au sein des régimes spéciaux. Chacun ayant sa particularité et son intérêt propres, il serait illusoire de chercher à créer un droit commun. En revanche, les orientations exposées donnent des indications précieuses pour l'interprétation des normes existantes et de celles des futurs régimes qui pourraient apparaître. En parallèle, la théorie proposée intègre l'intérêt des tiers et recherche un équilibre avec l'efficacité de la gestion, en distinguant trois modes de relations possibles et en prévoyant des solutions en cas de perturbation au sein de ces relations. L'ensemble constitue une construction cohérente et respectueuse de la finalité assignée à la notion de gestion des biens d'autrui.

CONCLUSION GENERALE

391. « Qui fait ses affaires par commission, va à l'hôpital en personne. »²⁶⁶⁸ – Cet adage semble être adapté à notre droit positif, qui valorise l'administration de ses propres biens par chaque propriétaire. La méfiance envers la gestion par autrui semble être consubstantielle à notre système juridique, fondé sur des bases individualistes, libérales et rationalistes. Pourquoi confier ses biens à un autre puisque chacun est supposé savoir ce qu'il y a de mieux pour lui et en retirer le plus grand bénéfice ? La réalité pratique est cependant bien plus complexe, et de nombreuses situations exigent le transfert de prérogatives à un tiers sur ses propres biens : l'absence ou l'inaptitude du propriétaire, l'expertise d'un professionnel de la gestion, l'efficacité de l'administration d'un patrimoine collectif. Pour y répondre, le législateur, la pratique et la jurisprudence ont créé de nombreuses techniques très diverses, fondées sur des mécanismes comportant certains points communs mais également de grandes divergences. Méritent-elles d'être rassemblées au sein d'une même catégorie juridique et de faire l'objet d'une théorie générale ?

La réponse à cette question nous a demandé un important travail de définition, voire de redéfinition, de notions pourtant usuelles, mais dont le sens est aujourd'hui encore discuté. Les choix opérés dans cette thèse sont très certainement contestables, mais devaient être faits pour aboutir à un résultat cohérent, en phase avec la réalité pratique et les principes proposés. La personne, tout d'abord, est réduite à sa plus simple expression : l'être humain, personne physique. La personne morale, comme tout autre groupement dénué de personnalité, n'est qu'un rassemblement de biens appartenant en commun à plusieurs personnes physiques, directement ou par l'intermédiaire d'autres groupements. Le bien, ensuite, est une chose appropriée comportant des utilités diverses, dont le bénéfice est exclusivement réservé à son propriétaire. L'usage auquel le destine ce dernier lui confère une valeur, qui n'est pas nécessairement monétaire. La gestion, enfin, consiste en l'accomplissement d'actes de toute nature visant à permettre cet usage. Elle est soumise à l'intérêt du propriétaire, qui donne l'orientation que doit suivre le gestionnaire.

Ces remarques ont amené à nous questionner sur la place de la propriété dans ce système. La doctrine a tendance à la confondre avec la gestion : parce qu'on est propriétaire, on est le mieux à même pour gérer ses biens. L'inverse n'est pourtant pas vrai : avoir des

²⁶⁶⁸ J. SAVARY, *Le parfait négociant*, Lyon, Jac. Lyon, t. 1, 1697, p. 104.

pouvoirs de gestion ne fait pas de nous un propriétaire. Une redéfinition de la notion de propriété s'est alors imposée. Après une étude historique démontrant que la gestion pour autrui a en réalité toujours existé même là où il ne semblait pas y en avoir, nous avons constaté que les théories existantes n'étaient pas suffisantes pour proposer une solution cohérente à l'intégration des différents régimes de gestion des biens d'autrui. Nous en avons déduit qu'il fallait les rejeter, et adopter une approche renouvelée. La propriété s'assimile selon nous à l'usage concret du bien, au bénéfice de ses utilités, qui ne peut être que matériel. Tout acte qui n'est pas une utilisation factuelle du bien est un acte de gestion, ce qui comprend l'ensemble des actes juridiques qui peuvent porter sur un bien. Gestion et propriété sont ainsi parfaitement distinguées.

Ce raisonnement permet de faire une place à la notion de gestion des biens d'autrui. Il a cependant fallu démontrer son existence. Nous l'avons fait en la comparant au modèle du propriétaire-gestionnaire, situation dans laquelle le propriétaire administre lui-même ses propres biens. La gestion des biens d'autrui est à l'inverse celle où une personne accomplit des actes de gestion sur un bien dont elle n'est pas exclusivement propriétaire. Elle trouve son origine non pas dans un pouvoir ou un droit accordé au gestionnaire, mais simplement dans une source conventionnelle, judiciaire ou légale, autrement dit dans la volonté humaine de confier des prérogatives à un tiers sur la base du constat d'une nécessité pratique.

La suite de notre démonstration a consisté à rechercher la fonction de la gestion des biens d'autrui, afin de prouver qu'elle détient une place légitime au sein du système juridique. Pour cela, il fallait dégager son originalité par rapport aux autres finalités qu'impose le droit positif. Nous avons étudié les régimes des biens spéciaux et des patrimoines affectés, et conclu que ces contraintes s'appliquaient indépendamment de la gestion pour autrui. Cela nous a permis de révéler la véritable particularité de cette situation : la détermination de l'intérêt du propriétaire par le gestionnaire. C'est parce qu'une personne tierce décide de la destination à donner aux biens d'un propriétaire qu'une théorie générale de la gestion des biens d'autrui est nécessaire. Elle vise à s'assurer que l'intérêt du propriétaire est satisfait, ce qui entraîne l'application de règles que l'on ne retrouve pas au sein du modèle du propriétaire-gestionnaire.

Après avoir démontré l'existence de la notion de gestion des biens d'autrui et la pertinence d'introduire une théorie générale en la matière, nous nous sommes attaché à exposer son contenu. L'étude des relations entre propriétaire et gestionnaire a fait apparaître trois principes fondamentaux, la loyauté, la diligence et la prudence, qui irriguent l'ensemble de ces relations. Suivant une logique chronologique, nous avons abordé le choix du gestionnaire, la délimitation de ses prérogatives, le contrôle de son action, les sanctions envisageables, la

restitution des biens gérés et la reddition de comptes. Chaque fois, ces trois principes sont ressortis comme fondements des règles étudiées, toutes menant vers l'objectif de satisfaction de l'intérêt du propriétaire.

L'étude des rapports avec les tiers nous a enfin permis d'apprécier l'efficacité de la gestion auprès d'eux. Nous avons alors constaté qu'elle dépendait d'un équilibre savamment orchestré par le droit positif avec l'intérêt du tiers. Si seulement trois modes de relations sont applicables, leur mise en œuvre n'est pas aisée car leurs champs d'application varient selon le régime choisi par les parties, l'information dont dispose le tiers et le préjudice qu'il peut subir en raison de la gestion. Il arrive ainsi que l'intérêt du tiers de bonne foi ou victime soit privilégié à celui du propriétaire, et la charge du défaut de la gestion pèsera sur lui ou sur le propriétaire selon les circonstances et le rapport de force qui les lie.

Nous espérons que ce travail ouvre la voie à de nouvelles réflexions et puisse servir à résoudre des problèmes pratiques présents ou futurs. On peut imaginer que les principes proposés permettent de fonder de nouvelles techniques de gestion ou améliorer celles existantes. La fiducie, qui n'en est encore qu'à ses balbutiements, pourrait ainsi devenir le modèle d'un contrat de gestion parfaitement adapté à chaque situation sans remettre en cause la notion même de propriété. La finalité de satisfaction du propriétaire pourrait inciter le législateur à élargir la propriété sociale à d'autres parties prenantes, sans forcément leur confier de prérogatives de gestion, permettant un partage plus juste et plus concret des bénéfices de l'entreprise qui ne profiterait pas qu'aux actionnaires et dirigeants. La plasticité de cette théorie peut aussi permettre de prendre en compte l'intérêt général ou celui des tiers au travers de contraintes exogènes, sans que cela ne contredise la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. En bref, elle est une solution réformatrice à l'amélioration du droit positif sans nécessité d'un « grand soir » juridique.

BIBLIOGRAPHIE

MANUELS, TRAITES ET OUVRAGES SPECIAUX :

- ACOLLAS, Emile, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, Germer-Baillère, t. I, 1874, 731 p.
- ATIAS, Christian, *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1994, 128 p. ; *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, 385 p.
- AUBRY, Charles, RAU, Charles, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal et Billard, 4^{ème} éd., t. 2, 1869-1872, 543 p.
- AUBRY, Charles, RAU, Charles, EISMEN, Paul, *Cours de droit civil français*, Paris, Librairies techniques, t. 1, 7^{ème} éd., 1961, 737 p.
- AYNES, Laurent, CROCQ, Pierre, *Droit des sûretés*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 12^{ème} éd., 2018, 519 p.
- BACACHE-GIBEILI, Mireille, *Traité de droit civil*, t. 5, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Economica, 2016, 1097 p.
- BENABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2019, 710 p.
- BERGEL, Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2018, 475 p.
- BERGEL, Jean-Louis, BRUSCHI, Marc, CIMAMONTI, Sylvie, *Traité de droit civil : Les biens*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, 777 p.
- BONFILS, Philippe, GOUTTENOIRE, Adeline, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2014, 1278 p.
- BONNECASE, Julien, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Paris, Sirey, t. 3, 1924, 807 p.
- BOURASSIN, Manuela, BREMOND, Vincent, *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, coll. Sirey, 6^{ème} éd., 2018, 998 p.
- CANTIN CUMYN, Madeleine, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., coll. Traité de droit civil, 2000, 467 p.
- CAPITANT, Henri, TERRE, François, LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, t. 1, 13^{ème} éd., 2015, 759 p.

- CARBONNIER, Jean, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, 493 p. ; *Droit civil*, Paris, PUF, coll. Quadrige manuels, t. 1, 2^{ème} éd., 2017, 1946 p. ; *Les biens*, Paris, PUF, coll. Quadrige manuels, t. 2, 2^{ème} éd., 2017, 2574 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2016, 440 p.
- CHANTEPIE, Gaël, LATINA, Mathias, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2018, 1143 p.
- COLLARD-DUTILLEUL, François, DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2019, 1094 p.
- CORNU, Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, coll. Thémis, 9^{ème} éd., 1997, 700 p. ; *Droit civil : Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, 277 p. ; *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant (dir.), Paris, PUF, coll. Quadrige, 9^{ème} éd., 2011, 1095 p.
- COZIAN, Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 33^{ème} éd., 2020, 954 p.
- DABIN, Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007 (1952), 313 p.
- DEJEAN DE LA BÂTIE, Noël, *Responsabilité délictuelle*, in *Droit civil français d'Aubry et Rau*, Paris, Litec, t. VI-2, 8^{ème} éd., 1989, 377 p.
- DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales du droit privé* (1911), Paris, Editions La Mémoire du Droit, coll. Références, 2001, 681 p. ; *Traité des obligations en général*, Paris, A. Rousseau, t. IV, 1924, 558 p.
- DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, 164 p.
- DOCKES, Emmanuel, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, 183 p.
- DROSS, William, *Droit civil : Les choses*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2012, 982 p. ; *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Domat, 4^{ème} éd., 2019, 474 p.
- DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Felix Alcan, 2^{ème} éd., 1912, 206 p.
- GARNSEY, Peter, *Penser la propriété : De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, éd. Les Belles Lettres, 2^{ème} éd., trad. Alexandre Hasnaoui, 2013, 366 p.

- GAUDEMET, Eugène, *Théorie générale des obligations* (1937), Paris, Dalloz, 2004, 508 p.
- GAUDEMET, Jean, CHEVREAU, Emmanuelle, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien-Lextenso éd., coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2009, 430 p.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas, LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, 1080 p.
- GENY, François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Recueil Sirey, I, 1914, 212 p.
- GERMAIN, Michel, MAGNIER, Véronique, *Traité de droit des affaires : Les sociétés commerciales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 22^{ème} éd., 2017, 1108 p.
- GHESTIN, Jacques, JAMIN, Christophe, BILLIAU, Marc, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, 1340 p.
- GIRARD, Pierre-Frédéric, *Manuel de droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1906, 1115 p.
- GRAEBER, David, *Dettes : 5000 ans d'histoire*, Arles, Les liens qui libèrent, coll. Babel, trad. Françoise et Paul Chemla, 2^{ème} éd., 2016, 667 p.
- HAYEK, Friedrich, *Droit, législation et liberté* (1982), Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2013, 948 p.
- HOFSTETTER, Joseph, *Traité de droit privé suisse : Le mandat et la gestion d'affaires*, Fribourg, Editions universitaires Fribourg, vol. VII, t. II, 1994, 287 p.
- HUET, Jérôme, DECOCQ, Georges, GRIMALDI, Cyril et al., *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ-Lextenso, 3^{ème} éd., 2012, 1684 p.
- IHERING (von), Rudolf, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son raisonnement*, Paris, A. Marescq, 3^{ème} éd., trad. O. de Meulenaere, 1877-1878, 440 p.
- JEANDIDIER, Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005, 673 p.
- LARROUMET, Christian, BROS, Sarah, *Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, le contrat*, Paris, Economica, 9^{ème} éd., 2018, 950 p.
- LARROUMET, Christian, MALLET-BRICOUT, Blandine, *Traité de droit civil, t. 2, Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2019, 678 p.
- LAURENT, François, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, t. 2, 1870, 671 p.
- LE CANNU, Paul, ROBINE, David, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2020, 965 p.

- LEVY, Jean-Philippe, CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2010, 1619 p.
- MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, PETERKA, Nathalie, *Droit des personnes*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 11^{ème} éd., 2020, 431 p. ; *Droit des régimes matrimoniaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 7^{ème} éd., 2019, 437 p.
- MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, 756 p.
- MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, JULIENNE, Maxime, *Droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, 444 p.
- MALAURIE, Philippe, BRENNER, Claude, *Droit des successions et des libéralités*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018, 705 p.
- MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha, SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, 965 p.
- MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre, *Droit civil : Les obligations*, Paris, Sirey, t. 1, 1988, 826 p.
- MURAT, Pierre (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016, 2129 p.
- ORLEAN, André, *L'empire de la valeur. Refonder l'économie*, Paris, Seuil, 2011, 386 p.
- OST, François, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, in *Droit et intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 201 p. ; *A quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 570 p.
- PATARIN, Jean, MORIN, Georges, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, *Statut fondamental et régime légal*, Paris, Defrénois, 4^{ème} éd., 1977, 334 p.
- PATAULT, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, 336 p.
- PERINET-MARQUET, Hugues (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant*, version finale du 15 mai 2009 (<http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf>)
- PIKETTY, Thomas, *Capital et idéologie*, Paris, Seuil, 2019, 1220 p.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 4^{ème} éd., 1906, 1093 p.

- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 11^{ème} éd., 1928-1932, 1112 p.
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, t. 1, 4^{ème} éd., 1948, 1298 p.
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, NAST, Marcel, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, t. 9, 1927, 956 p.
- PLAZY, Jean-Marie, RAOUL-CORMEIL, Gilles (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, 382 p.
- RASSAT, Marie-Laure, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2018, 1381 p.
- RAYNARD, Jacques, SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2019, 564 p.
- RIASSETTO, Isabelle, STORCK, Michel, *Les organismes de placement collectif*, Issy-les-Moulineaux, éd. Joly, t. 1, 2^{ème} éd., 2016, 857 p.
- RICOEUR, Paul, *Le juste 1*, Paris, Esprit, 1995, 224 p.
- ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, 562 p.
- ROLAND, Henri, *Lexique juridique des expressions latines*, Paris, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2014, 453 p.
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2016, 1030 p.
- SAVIGNY (von), Friedrich Carl, *Le droit des obligations*, Paris, Ernest Thorin, trad. C. Gérardin et P. Jozon, t. 2, 2^{ème} éd., 1873, 528 p.
- SCHMIDLIN, Bruno (dir.), *Personne, société, nature : La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, Fribourg, Éditions Universitaires de Fribourg, coll. Enseignement du 3^{ème} cycle de droit 1994, 1996, 156 p.
- SUPIOT, Alain, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Pluriel, 2020, 598 p.
- TARDE, Gabriel, *Les transformations du droit*, Paris, 1893, 212 p.
- TERRE, François, LEQUETTE, Yves, GAUDEMET, Sophie, *Les successions. Les libéralités*, Paris, Dalloz, Précis, 4^{ème} éd., 2014, 1174 p.
- TERRE, François, SIMLER, Philippe, *Les biens*, Paris, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2018, 880 p. ; *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2019, 850 p.

- TERRE, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, CHENEDE, François, *Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 12^{ème} éd., 2018, 2036 p.
- TEYSSIE, Bernard, *Droit des personnes*, Paris, LexisNexis, 22^{ème} éd., 2020, 831 p.
- THALLER, Eugène-Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, éd. Rousseau, 5^{ème} éd., 1916, 1080 p.
- TROPLONG, Raymond-Théodore, *De la contrainte par corps, in Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. 18, Paris, Charles Hingray, 1847, 549 p.
- VAN GYSEL, Alain-Charles, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthémis, 2013, 609 p.
- VOIRIN, Pierre, GOUBEAUX, Gilles, *Droit civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, t. 1, 39^{ème} éd., 2019, 850 p.
- WICKER, Guillaume, SCHULZE, Reiner et MAZEAUD, Denis (dir.), *La représentation en droit privé*, 6^{èmes} Journées Franco-Allemandes, Paris, Société de législation comparée, 2016, 237 p.
- XIFARAS, Mikhaïl, *La propriété : Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, 539 p.
- ZENATI-CASTAING, Frédéric et REVET, Thierry, *Les biens*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, 759 p. ; *Cours de droit civil. Contrats*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2014, 477 p.

REPERTOIRES EN LIGNE :

- ALBIGES, Christophe, Indivision : régime conventionnel, Rép. civ. Dalloz, 2019 ; Indivision : régime légal, Rép. civ. Dalloz, 2021
- ANDREU, Lionel, Publicité foncière, Rép. civ. Dalloz, 2020
- AMIEL-COSME, Laurence, Rémunération des dirigeants sociaux, Rép. soc. Dalloz, 2017
- ATIAS, Christian, LE RUDULIER, Nicolas, Copropriété des immeubles bâtis, Rép. immo. Dalloz, 2021
- BARRIERE, François, Fiducie, Rép. civ. Dalloz, 2017
- BENILSI, Stéphane, Paiement, Rép. civ. Dalloz, 2019
- BERGEL, Jean-Louis, CASSIN, Isabelle, EYROLLES, Jean-Jacques *et alii*, Lamy Droit immobilier, 2021

- BESNARD-GOUDET, Raphaëlle, Objet social – Influence sur les pouvoirs du dirigeant, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 9-20, 2019
- BONHOMME, Régine, Dépôt et compte en banque, Rép. com. Dalloz, 2021
- BOUBLI, Bernard, Contrat d'entreprise, Rép. civ. Dalloz, 2021
- BOURGEOIS-BERTREL, Marina, BERTREL, Jean-Pierre, Portage de droits sociaux, Rép. soc. Dalloz, 2021
- BRENNER, Claude, Partage : droit commun, Rép. civ. Dalloz, 2020
- BRENNER, Claude, LEQUETTE, Suzanne, Acte juridique, Rép. civ. Dalloz, 2019
- CHAMOULAUD-TRAPIERS, Annie, Usufruit, Rép. civ. Dalloz, 2019
- CHAPUT, Yves, Objet social, Rép. soc. Dalloz, 2021
- CORPART, Isabelle, Administration légale des biens du mineur, Rép. civ. Dalloz, 2020
- CREVEL, Samuel, Inventaire, Rép. proc. civ. Dalloz, 2019
- CROCQ, Pierre, Gage, Rép. civ. Dalloz, 2018
- CUIF, Pierre-François, Gestion (contrat de), Lamy Patrimoine, 2013
- DAIGRE, Jean-Jacques, Entreprise en difficulté : Personnes morales et dirigeants, Rép. soc. Dalloz, 2018
- DE POULPIQUET, Jeanne, Notaire, Rép. immo Dalloz, 2020
- DISSAUX, Nicolas, Commissionnaire, Rép. com. Dalloz, 2019
- DONDERO, Bruno, Société en participation, Rép. soc. Dalloz, 2019
- FOURNIER, Alain, Hypothèque légale, Rép. civ. Dalloz, 2019
- FRANCOIS, Bénédicte, Fiducie, Rép. soc. Dalloz, 2021
- GIBIRELA, Deen, Délégation de pouvoirs, Rép. soc. Dalloz, 2018
- GUYON, Yves, Assemblées d'actionnaires, Rép. soc. Dalloz, 2021
- JEANDIDIER, Wilfrid, Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, J.-Cl. Soc., Fasc. 35, 2020
- JULIEN, Jérôme, Responsabilité du fait d'autrui, Rép. civ. Dalloz, 2020
- KULLMANN, Jérôme, Assurance de personnes : vie-prévoyance, Rép. civ. Dalloz, 2020
- LAROCHE-GISSEROT, Florence, Absence, Rép. civ. Dalloz, 2019,
- LE GUIDEC, Raymond, CHABOT, Gérard, Succession : transmission, Rép. civ. Dalloz, 2021
- LE TOURNEAU, Philippe, Mandat, Rép. civ. Dalloz, 2021 ; Gestion d'affaires, Rép. civ. Dalloz, 2020

- LE TOURNEAU, Philippe, KRAJESKI, Didier, Contrat « *Intuitu personae* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 2019
- LEDUC, Fabrice, Lamy Droit de la responsabilité, 2019
- LIBCHABER, Rémy, Biens, Rép. civ. Dalloz, 2019
- MAGNIER, Véronique, Gouvernance des sociétés cotées, Rép. soc. Dalloz, 2019
- MALECKI, Catherine, Conventions réglementées, Rép. soc. Dalloz, 2020
- MASSART, Thibaud, Contrat de société, Rép. soc. Dalloz, 2021,
- MATHEY, Nicolas, Représentation, Rép. civ. Dalloz, 2018,
- MEKKI, Mustapha, JACOB, François, Synthèse : Le mandat, J.-Cl. Civil Code, 2021
- MERLAND, Laure, Garanties financières professionnelles, Rép. com. Dalloz, 2012
- MONSERIE-BON, Marie-Hélène, Entreprises en difficulté : mandat ad hoc, conciliation, Rép. soc. Dalloz, 2020
- PIEDELIEVRE, Stéphane, Hypothèque, Rép. Pr. Civ. Dalloz, 2021
- PRAICHEUX, Sébastien, Sûretés personnelles-Sûretés financières, Rép. soc. Dalloz, 2019
- RIASSETTO, Isabelle, Lamy Droit du financement, 2020
- ROUVIERE, Frédéric, Servitudes – Obligations réelles, J.-Cl. Civil Code, 2021
- SAUVAGE, François, Mandat de protection future, Rép. civ. Dalloz, 2019
- SERIAUX, Alain, Propriété, Rép. civ. Dalloz, 2021
- SERLOOTEN, Patrick, MONSERIE-BON, Marie-Hélène, Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, Rép. soc. Dalloz, 2020
- SIMLER, Philippe, Cautionnement, J.-Cl. Civil Code, 2020
- SORTAIS, Jean-Pierre, Abus de majorité, minorité, égalité, Rép. soc. Dalloz, 2019
- STORCK, Michel, Sociétés de gestion de portefeuille, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 2210, 2019
- STOUFFLET, Jean, Compte courant, Rép. com. Dalloz, 2020
- VIVANT, Michel, ROBIN, Agnès, Convention de ducroire, J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 2940, 2005
- WICKER, Guillaume, Mandats successoraux : Le mandat à effet posthume, J.-Cl. Civil Code, 2014
- WICKER, Guillaume, ARNAUDIN, Cécile, Synthèse : Mandats successoraux : Mandat à effet posthume, J.-Cl. Civil Code, 2021
- WICKER, Guillaume, PAGNUCCO, Jean-Christophe, Personne morale, Rép. civ. Dalloz, 2018
- WITZ, Claude, Droit de gage général, J.-Cl. Civil Code, 2016

- YILDIRIM, Gulsen, *Séparation de biens*, Rép. civ. Dalloz, 2021 ; *Communauté légale : gestion des biens*, Rép. civ. Dalloz, 2020

THESES :

- ARNAUD, André-Jean, *Essai d'analyse structurale du Code civil français : La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1973, 182 p.
- ARSAC, Antoine, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 325 p.
- ATIAS, Christian, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, Poitiers, thèse de doctorat, 1974, 685 p.
- AYMERIC, Nicolas-Henri, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2008, 604 p.
- BALAT, Nicolas, *Essai sur le droit commun*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2016, 568 p.
- BALIVET, Béatrice, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Lyon, Université Lyon 3, 2006, 620 p.
- BATTEUR, Annick, *Le mandat apparent en droit privé*, Caen, Université de Caen, 1989, 1628 p.
- BARBIERI, Jean-François, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Grenoble, thèse de doctorat, 1977, 521 p.
- BARRIERE, François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Cahors, Litec, coll. BDE, 2004, 604 p.
- BERGER-TARARE, Célia, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2015, 543 p.
- BERLIOZ, Pierre, *La notion de bien*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, 596 p.
- BERRA, Daniel, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil : Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Nancy, thèse de doctorat, 1969, 1080 p.
- BETAULOLE-GONTHIER, Françoise, *La capacité naturelle*, Bordeaux, thèse de doctorat, 1999, 459 p.
- BIOY, Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, 913 p.

- BLANLUET, Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1999, 493 p.
- BOFFA, Romain, *La destination de la chose*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2008, 506 p.
- BOISSEAU-SOWINSKI, Lucille, *La désappropriation de l'animal*, Limoges, PULIM, 2013, 415 p.
- BOUT, Roger, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 1972, 504 p.
- BRENNER, Claude, *L'acte conservatoire*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 1999, 670 p.
- BRUNETTI-PONS, Clotilde, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 489 p.
- CABRILLAC, Rémy, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1990, 416 p.
- CABRILLAC, Séverine, *Les garanties financières professionnelles*, Paris, Litec, 2000, 716 p.
- CARBONNIER, Jean, *Le régime matrimonial : Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932, 846 p.
- CHAIGNEAU, Aurore, *Le droit de propriété en mutation : Essai à la lumière du droit russe*, Paris, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2008, 683 p.
- CHAMPAUD, Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, 315 p.
- CHARDEAUX, Marie-Alice, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006, 487 p.
- CHATILLON, Christine, *Les choses empreintes de subjectivité*, Paris, Éditions universitaires européennes, 2011, 416 p.
- CHAUVIRE, Philippe, *L'acquisition dérivée de la propriété, le transfert volontaire des biens*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2013, 499 p.
- CHAVANNE, Albert, *Essai sur la notion de compte en droit civil*, Paris, LGDJ, 1947, 248 p.
- COMPARATO, Fabio Konder, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, 241 p.
- CROCQ, Pierre, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, 500 p.

- CUIF, Pierre-François, *Le contrat de gestion*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2004, 532 p.
- DANOS, Frédéric, *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, 2007, 534 p.
- DAVID, René, *La protection des minorités dans les sociétés par action*, Paris, Rec. Sirey, 1928, 192 p.
- DECOCQ, André *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, LGDJ, 1960, 459 p.
- DEJEAN DE LA BATIE, Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1965, 316 p.
- DELCENSERIE, Sophie, *Les biens à caractère personnel*, Paris, thèse de doctorat, 2006, 436 p.
- DELHAY, Francis, *La nature juridique de l'indivision*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1968, 520 p.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE, Philippe, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, 571 p.
- DERRUPPE, Jean, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952, 435 p.
- DESPAX, Michel, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, 443 p.
- DIDIER, Philippe, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2000, 461 p.
- DISSAUX, Nicolas, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2007, 662 p.
- DONDERO, Bruno, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, 699 p.
- DOUVILLE, Thibaud, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Nanterre, Institut Universitaire Varenne, coll. des Thèses, 2014, 652 p.
- DUCLOS, José, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1998, 544 p.
- DUMONT, Marie-Pierre, *L'opération de commission*, Paris, LexisNexis/Litec, 2000, 710 p.
- FERRIER, Nicolas, *La délégation de pouvoir : technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Litec, 2005, 591 p.

- FEVILIYE-DAWEY, Claudia-Inès, *La garantie financière professionnelle*, Rouen, thèse de doctorat, 1999, 320 p.
- FLATTET, Guy, *Les contrats pour le compte d'autrui : Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris, Sirey, 1950, 312 p.
- FOREST, Grégoire, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 2012, 549 p.
- GABRIEL, Anaïs, *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, 409 p.
- GAILLARD, Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, 1985, 250 p.
- GASNIER, Flore, *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, Paris, Defrénois, 2013, 296 p.
- GASTAUD, Jean-Pierre, *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, LGDJ, 1977, 416 p.
- GAUDEMET, Eugène, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier (1898)*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, 564 p.
- GAZIN, Henri, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Paris, A. Rousseau, 1910, 509 p.
- GILSON, Anne, *Mandat et responsabilité civile*, Reims, thèse de doctorat, 2013, 597 p.
- GINOSSAR, Shalev, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, 212 p.
- GOLDSCHMIDT, Paul, *Étude sur l'acte d'administration en droit civil français*, Paris, A. Rousseau, 1898, 246 p.
- GRARE, Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 2005, 436 p.
- GRIMALDI, Ciry, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : Recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrénois, 2007, 580 p.
- GUINCHARD, Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1976, 429 p.
- HAJJAR, Marwa, *L'intuitus personae dans les sociétés de capitaux*, Paris, thèse de doctorat, 2012, 733 p.
- HANNOUN, Charley, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1991, 321 p.

- HAUSER, Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p.
- JESTAZ, Philippe, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LGDJ, 1968, 329 p.
- HIEZ, David, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2003, 459 p.
- IONESCU, Octavian, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 1978, 256 p.
- JALLU, Olivier, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, Paris, Arthur Rousseau, 1902, 168 p.
- KOSTIC, Gaël, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, Paris, thèse de doctorat, 1997, 476 p.
- KRAJESKI, Didier, *L'« intuitus personae » dans les contrats*, La Baule, La Mouette, 2001, 340 p.
- L'HOTE, Damien, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne : De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Lille, ANRT Diffusion, coll. Thèse à la carte, 2002, 687 p.
- LAURENT, Julien, *La propriété des droits*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 2012, 568 p.
- LAVROFF-DETRIE, Sandra, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain*, thèse de doctorat, Paris I, 1997, 829 p.
- LE BARON, Pierre, *De l'acte d'administration en droit civil français*, Paris, Edouard Duchemin, 1916, 292 p.
- LEDUC, Fabrice, *L'acte d'administration : Nature et fonction*, Hellemmes, ESTER, 1992, 432 p.
- LEVENEUR, Laurent, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1990, 490 p.
- LIBCHABER, Rémy, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1992, 423 p.
- LOISEAU, Grégoire, *Le nom objet d'un contrat*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, 542 p.
- LOTTI, Brigitte, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, thèse de doctorat, droit, Paris-Sud XI, 1999, 514 p.
- LUCAS, François-Xavier, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, 370 p.

- MALAURIE, Marie, *Les restitutions en droit civil*, Paris, Cujas, 1991, 308 p.
- MANGEMATIN, Céline, *La faute de fonction en droit privé*, Paris, Dalloz, 2014, 722 p.
- MARGUENAUD, Jean-Pierre, *L'animal en droit privé*, Limoges, PUF, 1992, 577 p.
- MARIA, Ingrid, *Les incapacités de jouissance : Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2010, 392 p.
- MARIGNOL, Ludovic, *La prévisibilité en droit des contrats*, Toulouse, thèse de doctorat, 2017, 625 p.
- MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques, *L'acte juridique unilatéral : Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Toulouse, thèse de doctorat, 1949, 343 p.
- MASSON, Florent, *La propriété commune*, Paris, thèse de doctorat, 2016, 667 p.
- MERCIER, Virginie, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, 524 p.
- MERLY, Isabelle, *Essai sur la notion d'incompatibilité*, Montpellier, thèse de doctorat, 2004, 436 p.
- MICHOU, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 3^{ème} éd., par L. TROTABAS, 1932, 540 p.
- MORVAN, Patrick, *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, 788 p.
- PAGEAUD, Paul-Albert, *Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire*, Poitiers, Imp. Moderne Renault et Cie, 1941, 227 p.
- PAILLUSSEAU, Jean, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967, 295 p.
- PENET, Joseph, *Des administrateurs et des actes d'administration d'après le Code civil en droit français*, Grenoble, Impr. de F. Allier, 1885, 244 p.
- PERCEROU, Roger, *La personne morale de droit privé : Patrimoine d'affectation*, Paris, thèse de doctorat, droit, 1951, 98 p.
- PETEL, Philippe, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'Entreprise, 1988, 390 p.
- RAVENNE, Sylvain, *Les propriétés imparfaites : Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, Villeneuve d'Ascq, ANRT, 2007, 533 p.
- RENOUF, Marie, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur : essai sur les biens à valeur négative*, Caen, thèse de doctorat, 2012, 632 p.
- REVET, Thierry, *La force de travail : étude juridique*, Paris, Litec, 1992, 727 p.

- RIALS, Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, 564 p.
- RIVES-LANGE, Marie-Thérèse, *Le compte courant en droit français*, Paris, Sirey, 1968, 263 p.
- ROUHETTE, Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, thèse de doctorat, 1965, 641 p.
- SAUTONIE-LAGUIONIE, Laura, *La fraude paulienne*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2008, 719 p.
- SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^{ème} série : Approfondissement d'un droit renouvelé, Paris, Dalloz, 1959, 268 p.
- SAVAUX, Éric, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, 408 p.
- SAVELLI, Benoît, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, 401 p.
- SCHMIDT, Dominique, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, éd. Joly, 2^{ème} éd., 2004, 565 p.
- SCHOLASTIQUE, Estelle, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1998, 465 p.
- SORTAIS, Jean-Pierre, *Le titre et l'émolument : Essai sur la structure des droits subjectifs*, Paris, LGDJ, 1961, 287 p.
- SOUMRANI, Patrick, *Le portage d'actions*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1996, 618 p.
- STORCK, Michel, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1982, 270 p.
- THOMAT-RAYNAUD, Anne-Laure, *L'unité du patrimoine : Essai critique*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, t. 25, 2007, 541 p.
- THULLIER, Béatrice, *L'autorisation : Étude de droit privé*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1996, 330 p.
- TOSI, Isabelle, *Acte translatif et titularité des droits*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 2006, 616 p.
- TRASBOT, André, *L'acte d'administration en droit privé français*, Bordeaux, Y. Cadoret, 1921, 230 p.
- TUSSEAU, Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p.

- VAILLANT-SAYOUS, Anne-Gaëlle, *La valeur des biens en droit français*, Pau, thèse de doctorat, 2018, 564 p.
- VALIERGUE, Julien, *Les conflits d'intérêts en droit privé : Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. BDP, 2019, 804 p.
- VAUVILLE, Frédéric, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Lille, thèse de doctorat, 1991, 628 p.
- VERDOT, René, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1963, 302 p.
- WICKER, Guillaume, *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. BDP, 1997, 441 p.
- WITZ, Claude, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Économica 1981, 351 p.

ARTICLES, CHRONIQUES ET COMMENTAIRES :

- ADOM, Kibala, La révocation des dirigeants des sociétés commerciales, *Rev. Soc.*, 1998, p. 488
- ALBCHERAOU, Doreid, Nullité ou inopposabilité des actes frauduleux accomplis dans la gestion de la communauté, *JCP N*, 1993, 100953
- ALBIGES, Christophe, L'obligation d'exploiter un bien, *RTD civ.*, 2014, p. 795
- ALIBERT, Bernard, La gestion : essai de définition juridique, *LPA*, 26/02/1997, n° 25, p. 10
- ANTOINE, Suzanne, L'animal et le droit des biens, *D.* 2003, p. 2651
- ASECIO, Stéphane, Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun, *Rev. Soc.*, 2000, p. 683
- ATIAS, Christian, Destins du droit de propriété, *Droits*, 1985, p. 5-16 ; Une propriété sans objet (propriété, vocation et contrat), *D.* 2007, p. 2415 ; L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français, *D.* 2009, p. 1165
- ATIAS, Christian, LINOTTE, Didier, Le mythe de l'adaptation du droit au fait, *D.* 1977, *chron. XXXIV*, p. 251
- AUBERT, Jean-Luc, Le droit de disposer de l'immeuble, *in Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, p. 1-31 ; A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, *RTD civ.*, 1993, p. 263 ; Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble, *RDI*, 1995, p. 469

- AUCKENTHALER, Franck, Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers-contractant, D. 1998, p. 53
- AULAGNIER, Jean, Le démembrement de propriété : 20 ans d'évolution, Dr et pat., 2008, n° 167 ; La dimension économique de l'usufruit... et de la nue-propriété, *in L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018
- AUTEM, Delphine, De la nature commune de la créance de réparation du préjudice causé par une faute de gestion des biens communs, Defrénois, 2012, n° 17, p. 828
- AYNES, Augustin, L'administration de la succession par autrui, JCP N, 2008, p. 1246 ; La fiducie-sûreté par et hors les textes, RD banc. fin., 2014, dossier 41
- AYNES, Laurent, L'obligation de loyauté, APD, 2000, p. 195-204 ; Le nouveau droit du gage, Dr. et pat., 2007, n° 161, p. 48
- BAHUREL, Charles, Le standard du raisonnable, RDA, 2014, n° 9, p. 60
- BALIVET, Béatrice, La nature juridique du droit de jouissance exclusive sur les parties communes, Defrénois, 2008, n° 16, p. 1765 ; Les clés du contrat de fiducie-gestion, Dr. et pat., 2009, n° 185 ; L'émergence de l'usufruit en tant que mode d'administration autonome du bien d'autrui, Dr. et pat., 2015, n° 252
- BARBIERI, Jean-François, Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, *in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 41-57
- BARRIERE, François, Fiducie, *trust* et mandat : quelle délimitation ?, RLDC, 2019, n° 168
- BATTIFOL, Henri, Problèmes contemporains de la notion de biens, APD, 1979, p. 9-16
- BENNINI, Aïda, L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales, *in Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, MAGNIER, Véronique (dir.), Fougères, PUF, coll. CEPRISCA, 2006, p. 155-170
- BENSAMOUN, Alexandra et LOISEAU, Grégoire, L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps, Dalloz IP/IT, 2017, p. 239
- BENSOUSSAN, Alain, Propriété des données et protection des fichiers, Gaz. Pal., 2010, n° 296, p. 2
- BERGER-TARARE, Célia, La responsabilité civile de l'administrateur des biens d'autrui, Dr. et pat., 2015, n° 252

- BERGERAC, Michel, BERNARD, Alain, Fantaisie à deux voix, D. 2000, p. 315
- BERGEL, Jean-Louis, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ., 1984, p. 255 ; L'évolution contemporaine du droit de propriété, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Béguet*, Toulon, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 13-25 ; Faire de l'usufruit un outil de gestion, Dr. et pat., 2008, n° 176
- BERLIOZ, Pierre, L'affectation au cœur du patrimoine, RTD civ., 2011, p. 635 ; La gestion du patrimoine professionnel d'autrui, JCP N, 2013, 1194
- BERNARD, Alain, Le marché autorégulé, « une idée folle » ?, D. 2009, p. 2289
- BERNARD-MENORET, Ronan, Les mandats conventionnels entre époux, LPA, 15/10/2004, p. 3
- BERNELIN, Margo, La patrimonialisation des données personnelles : entre représentation(s) et réalité(s) juridiques, JCP G, 2019, doct. 1172
- BERRE, Stéphane, La responsabilité civile professionnelle, Dr. et pat., 2015, n° 252
- BERTREL, Jean-Pierre, Le débat sur la nature de la société, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 131-145
- BEZARD, Pierre, Face à face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise, LPA, 12/02/2004, n° 31, p. 45
- BICHERON, Frédéric, L'utilisation du mandat en droit de la famille, in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 97-113
- BISSARA, Philippe, L'intérêt social, Rev. Soc., 1999, p. 5 ; Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement d'entreprise », Rev. Soc., 1998, p. 5 ; Le gouvernement d'entreprise en France, Rev. Soc., 2003, p. 51
- BLANLUET, Gauthier, Brèves réflexions sur la propriété économique, Dr. et pat., 2001, n° 91
- BOFFA, Romain, La nature juridique du droit de jouissance exclusive sur les parties communes, LPA, 10/11/2010, n° 224, p. 3 ; Quel avenir pour la notion de bien ?, in *L'avenir du droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 43-62 ; Quel avenir pour les droits réels ?, in *L'avenir du droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 83-94
- BONNEAU, Thierry, La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés, RTD com., 1988, p. 535 ; Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil, RTD civ., 1991, p. 1
- BONNET, Vincent, La durée de la propriété, RRJ, 2002, p. 273

- BOSSIN, Jean-Michel, LAMBILLY (de), Gérard, Le mandat de gestion de portefeuille individuel et la responsabilité des intermédiaires, *Banque et Droit*, 1998, n° 59, p. 3
- BOULOC, Bernard, La responsabilité en matière de gestion de titres, *in Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, LexisNexis, 1999, p.437-447
- BOURASSIN, Manuella, Les sûretés sur le logement du majeur protégé, *RTD civ.*, 2011, p. 433
- BOUT, Roger, La convention dite d'assistance, *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, t. 1, 1979, p. 157-211
- BOUTEILLE, Magali, La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété, *RLDC*, 2010, p. 74
- BOYER, Laurent, ROLAND, Henri, A propos du défaut de diligence, *in Mélanges offerts à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9-27
- BREMOND, Vincent, La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net, *JCP N*, 2006, p. 1331
- BRENNER, Claude, La gestion de la succession, *D.* 2006, p. 2559
- BROS, Sarah, Le gage-espèces, *Dr. et pat.*, 2007, n° 161
- BROUSSE, Agnès, BRETON, Sébastien, La protection juridique est avant tout une affaire de famille, *AJ fam.*, 2011, p. 189
- BUCHBERGER, Mathieu, Pour un abandon de l'intérêt social comme condition de validité des contrats conclus par la société, *Rev. Soc.*, 2020, p. 659
- BURGE, Alfons, Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral, *RTD civ.*, 2000, p. 1
- BUSSIERE, Fabrice, De l'intérêt des porteurs dans la gestion collective pour le compte de tiers, *in Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris, Joly, 2005, p. 109-130 ; *Droit de la responsabilité civile et gestion collective*, *BJB*, 2007, p. 297
- CABRILLAC, Michel, Les sûretés conventionnelles sur l'argent, *in Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris, GLN-Joly éd., 1991, p. 333-341
- CABRILLAC, Rémy, L'information entre époux dans les régimes matrimoniaux, *in Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 129-138 ; La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français, *in Mélanges en l'honneur du professeur Didier Martin*, Paris, Lextenso, 2015, p. 111-119
- CALAIS-AULOY, Jean, L'attente légitime : Une nouvelle source de droit subjectif ?, *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 171-181

- CANTIN CUMYN, Madeleine, Les personnes morales dans le droit privé du Québec, *Les cahiers du droit*, vol. 31, n° 4, 1990, p. 1021-1048 ; L'administration des biens d'autrui dans le Code civil du Québec, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 3, 2004, p. 17-26 ; Le pouvoir juridique, *McGill Law Journal*, 2007, n° 52, p. 215-236
- CAPITAN, Colette, Propriété privée et individu-sujet-de-droits, *L'Homme*, 2000, n° 153, p. 63-74
- CARBONNIER, Jean, Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99-112
- CARON, Christophe, Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, *JCP G*, 2004, doctr. 162
- CASEY, Jérôme, La gestion de l'hérédité : entre liberté et représentation forcée, *Dr. et pat.*, 2007, n° 157
- CATALA, Pierre, L'indivision entre époux, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 187-205 ; Ébauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984, chron. 27, p. 97 ; La « propriété » de l'information, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 97-112 ; L'immatériel et la propriété, *APD*, 1999, p. 61 ; Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil, *JCP N*, 2008, 1267
- CENAC, Pierre, CASTERAN, Bruno, La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille, *JCP N*, 2009, 1218
- CHAIGNEAU, Aurore, VERNAC, Stéphane, Propriété, responsabilité et personnes morales, in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, colloque du Collège des Bernardins, 2011 (https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche09-11/colloque/9_chaigneau.pdf)
- CHAMBAZ, Laurent, Le mandat posthume, le trust et la fiducie, *RLDC*, 2006, n° 33
- CHAMPENOIS, Gérard, Les présomptions d'indivision dans le Pacs, in *Etudes offerts à J. Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 83-95
- CHARLIN, Jacques, Fiducie, *sukuk*, et autres *murabaha* ou *ijara* : A propos de la finance islamique, *JCP N*, 2009, p. 1270
- CHAUVIRE, Philippe, Quel avenir pour la propriété ?, in *L'avenir du droit des biens*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, p. 63-81
- CHAZAL, Jean-Pascal, Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, *RTD civ.*, 2000, p. 477 ; L'autonomie de la volonté et la libre recherche

- scientifique, RDC, 2004, p. 621 ; La propriété : dogme ou instrument politique ?, RTD civ., 2014, p. 763 ; Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale, RTD civ., 2020, p. 1
- CHENEDE, François, La personnification de l'animal : un débat inutile ?, AJ fam., 2012, p. 72 ; Le droit civil, au naturel, RTD civ., 2020, p. 506
 - CHEVALLIER-DUMAS, Françoise, La fraude dans les régimes matrimoniaux, RTD civ., 1979, p. 40
 - CHEVREAU, Emmanuelle, Aux origines romaines de la gérance, RDC, 2012, p. 11
 - CHIARINY-DAUDET, Anne-Catherine, Les nouvelles représentation de la volonté en droit de la famille, LPA, 28/11/2007, n° 238, p. 6
 - CHILSTEIN, David, Les biens à valeur vénale négative, RTD civ., 2006, p. 663
 - CHOLET, Didier, La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés, D. 2004, p. 1141
 - CLAIRE, Anne-Blandine, Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain, RDSS, 2015, p. 865
 - CLERC, Denis, *L'homo oeconomicus*, Alternatives économiques, HS n° 6, 02/09/2017
 - COHET-CORDEY, Frédérique, La valeur explicative de la théorie du patrimoine, RTD civ., 1996, p. 819
 - COMBRET, Jacques, Le mandat à effet posthume : un acte manqué ?, JCP N, 2013, 1191
 - CONAC, Pierre-Henri, La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ?, Rev. Soc., 2018, p. 558 ; L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise, Rev. Soc., 2019, p. 570
 - CONSTANTIN, Alexis, L'intérêt social : quel intérêt ?, in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Paris, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 318-338 ; Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés, in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, MAGNIER, Véronique (dir.), Fougères, PUF, coll. CEPRISCA, 2006, p. 57
 - CONTE, Philippe, L'abus de confiance commis au sein d'une personne morale échappant à la qualification d'abus de biens sociaux, in ANSAULT, Jean-Jacques (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 231-240
 - CONTE, Philippe, MONTANIER, Jean-Claude, Les actes patrimoniaux du mineure non-émancipé, JCP N, 1986, p. 401

- CONTIN, Raphaël, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, *Rev. Soc.*, 1968, p. 363
- COSTES, Jean-Louis, La représentation dans la gestion d'une indivision, *JCP G*, 1985, p. 3181
- COURET, Alain, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, *Rev. Soc.*, 1984, p. 243 ; Le gouvernement d'entreprise, *D.* 1995, p. 163 ; Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pension, *D.* 1997, p. 241 ; Le désintéret social, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 63-77 ; Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés, *Rev. Soc.*, 2017, p. 331 ; L'article 1161 du code civil victime de lobbyisme : un mauvais procès, *D.* 2018, p. 20
- COURTIER, Anne-Sophie, La fiducie et le principe d'unité du patrimoine, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 46, p. 3
- COUTURIER, Mathias, Le compte en banque de la personne vulnérable, *JCP N*, 2008, 1270
- CROCQ, Pierre, La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte !, *RTD civ.*, 2007, p. 373 ; Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, *D.* 2007, p. 1354 ; Retenir et conserver, certes, mais quid de retenir et disposer ?, *RTD civ.*, 2007, p. 159 ; Le cœur du dispositif fiduciaire, *RLDC*, 2007, n° 40 ; Transparence et patrimoines d'affectation, *Dr. et pat.*, 2012, n° 68 ; Opposabilité, publicité et connaissance des droits, in *Mélanges Jacques Mestre*, Paris, LGDJ, 2019, p. 289-314
- CUIF, Pierre-François, Le conflit d'intérêts, *RTD com.*, 2005, p. 1
- CUZACQ, Nicolas, Le vote des gestionnaires d'OPCVM, *Rev. Soc.*, 2006, p. 491 ; Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ?, *D.* 2017, p. 1844
- DABIN, Jean, Une nouvelle définition du droit réel, *RTD civ.*, 1962, p. 20
- DAGOT, Michel, MOULY, Christian, L'usage personnel du crédit social et son abus, *Rev. Soc.*, 1988, p. 1
- DAIGRE, Jean-Jacques, Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Paris, LGDJ, 2002, p. 79-85 ; Mystérieux fonds, *Banque et droit*, 2016, n° 166
- DALMAU, Rémi, La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier, *Rev. Soc.*, 2018, p. 487

- DAMMANN, Reinhard, PODEUR, Gilles, La fiducie en pratique, BRDA, 2011, 5/11, comm. 24
- DAMMAN, Reinhard, ROTARU, Vasile, La fiducie et le *trust* : une concurrence inégale, D. 2018, p. 1763
- DANET, Didier, Le dirigeant et l'omnibus, RTD com., 1994, p. 173
- DANIS-FATÔME, Anne, Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant, RDC, 2017, n° 23, p. 177
- DANIS-FATÔME, Anne, VINEY, Geneviève, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, D. 2017, p. 1610
- DARAGON, Elise, Étude sur le statut juridique de l'information, D. 1998, p. 63
- DARMAISIN, Stéphane, A la recherche du bon père de famille, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 297-311
- DEBOISSY, Florence, WICKER, Guillaume, La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux, RTD civ., 2000, p. 225 ; La modification de l'article 1161 du Code civil par le sénat : La réglementation des conflits d'intérêts victime de lobbying, JCP E, 2017, n° 49, 1164
- DECHEIX, Pierre, La fiducie ou le sens des mots, D. 1997, p. 35
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, La notion de personne : tentative de synthèse, D. 2017, p. 2046
- DEL REY, Marie-José, Les biens naturels, D. 2004, p. 1615 ; La notion controversée de patrimoine commun, D. 2006, p. 388
- DELMAS-SAINT-HILAIRE, Philippe, Variations autour de la gestion civile de l'usufruit en droit familial, *Defrénois*, 30/07/2017, n°13-14, p. 7
- DEMOGUE, René, La notion de sujet de droit, RTD civ., 1909, p. 611-655
- DENIZOT, Aude, L'étonnant destin de la théorie du patrimoine, RTD civ., 2014, p. 547
- DESTREGUIL, Marine, Plaidoyer en faveur d'une approche propriétaire des données personnelles, *Personnes et familles*, 2019, n° 3
- DEUMIER, Pascale, Existe-t-il une doctrine positive ?, RTD civ., 2006, p. 63
- DIDIER, Paul, Théorie économique et droit des sociétés, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 227-241
- DIDIER, Philippe, Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *Rev. Soc.*, 2003, p. 238 ; Les origines de la représentation légale de la société, in *Mélanges*

en l'honneur du professeur Michel Germain, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 273-288 ; La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP G, 2016, n° 20-21, 580

- DISSAUX, Nicolas, Les standards doctrinaux, RDA, 2014, n° 9, p. 36
- DOCKES, Emmanuel, Essai sur la notion d'usufruit, RTD civ., 1995, p. 479
- DONDERO, Bruno, Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux, D. 2012, p. 1686 ; La réforme du droit des contrats et la représentation des sociétés : premières vues, Gaz. Pal., 2016, n° 30, p. 56 ; Capacité et représentation des sociétés, BJS, 2016, p. 510 ; La loi PACTE du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ?, D. 2019. 1349
- DREVEAU, Camille, Indemnisation des travaux réalisés par le locataire, AJDI, 2011, p. 205
- DROSS, William, La saisine successorale, Defrénois, 2004, n° 7, p. 471 ; Une approche structurale de la propriété, RTD civ., 2012, p. 419 ; L'ordre public permet-il de créer un droit réel perpétuel ?, RTD civ., 2013, p. 141 ; L'apparence : erreur invincible et commune ou simple absence de faute ?, RTD civ., 2014, p. 913 ; Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ?, RTD civ., 2015, p. 27 ; De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ?, D. 2017, p. 2553 ; La propriété à l'épreuve de la préservation et du partage des ressources naturelles, in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 29-43 ; Entre servitude réelle et obligation personnelle : quelle place pour l'obligation *propter rem* ?, RTD civ., 2020, p. 149
- DROSS, William, MALLET-BRICOUT, Blandine, L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique, D. 2009, p. 508
- DROUILLER, Camille, Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public, AJ contrat, 2019, p. 170
- DUBARRY, Julien, Du pouvoir de disposer de la chose d'autrui en droit français – Variations sur un thème du droit de la vente, in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 279-300
- DUBERTRET, Mathieu, L'*intuitus personae* dans les fusions, Rev. Soc., 2006, p. 721
- DUCOULOUX-FAVARD, Claude, Les déviations de la gestion dans nos grandes entreprises, D. 1996, p. 190
- DUMONT, François, L'animal : un être juridique en devenir, RLDC, 2006, n° 23, p. 63

- DUPICHOT, Philippe, Si la fiducie était une société..., BJS, 2017, p. 157
- DUVERT, Cyrille, La propriété collective, LPA, 06/05/2002, n° 90, p. 4
- EGEA, Vincent, Mandat à effet posthume : les pouvoirs du mandataire précisés, Dalloz actu., 3/06/2010
- EL SHAKANKIRI, Mohamed, La notion du « bien » dans la philosophie juridique musulmane, APD, p. 67-85
- ELIET, Guillaume, La gestion sous mandat peut-elle réduire le risque de délit d'initié des dirigeants de sociétés cotées ?, D. 2002, p. 466
- ELLAND-GOLDSMITH, Michael, La notion de représentation en droit anglais, Droits, 1987, n°6, p. 99-106
- FABRE-MAGNAN, Muriel, Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ., 1997, p. 583
- FAGES, Bertrand, Intransmissibilité des contrats conclus *intuitu personae* en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif, RTD civ., 2008, p. 478
- FARGE, Claire, Un client ayant dissimulé sa minorité est-il tenu de payer à la banque le montant de son débit en compte ?, D. 2000, p. 39 ; Le dépassement ou l'absence de pouvoir du représentant légal, Dr. et pat., 2000, n° 85
- FARJAT, Georges, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts, RTD civ., 2002, p. 221
- FAVARIO, Thierry, Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant, D. 2013, p. 288
- FENOUILLET, Dominique, Le mandat de protection future ou la double illusion, Defrénois, 2009, p. 142
- FIORINA, Dominique, L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, RTD civ., 1995, p. 43
- FLEURIET, Michel, Défense et illustration des fonds de pension, Gaz. Pal., 2001, n° 83, p. 40
- FONTMICHEL (de), Maximin, Les nouvelles actions interrogatoires, D. 2016, p. 1665
- FORRAY, Vincent, La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, RTD civ., 2009, p. 463
- FOSSIER, Thierry, L'administration légale à l'épreuve de la pratique, in LERADP, *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1990, p. 87-100 ; Le bon père de famille et le majeur protégé, JCP N, 1999, p. 831 ; La famille, gestionnaire naturelle du patrimoine de l'incapable majeur, Dr. et pat., 2000, n° 80 ; Juge et bon père de famille : les responsabilités du juge des contentieux de la protection dans la gestion patrimoniale

pour le mineur, AJ fam., 2002, p. 363 ; Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées, JCP G, 2009, act. 20 ; Patrimoine et intérêts juridiques, tradition et nouveauté, AJ fam., 2009, p. 52

- FOSSIER, Thierry, PECAUT-RIVOLIER, Laurence, Réforme des tutelles : la protection des intérêts patrimoniaux, AJ fam., 2007, p. 167
- FRAISSINIER-AMIOT, Virginie, L'intérêt de la famille : une notion « standard » à contenu variable, LPA, 28/12/2007, n° 260, p. 4
- FRANCOIS, Jérôme, Les créances sont-elles des biens ?, in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 149-180 ; L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat, D. 2018, p. 1215 ; Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ?, D. 2019, p. 1660
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Le modèle du marché, APD, 1995, p. 287-314 ; Remarques sur la distinction entre volonté et consentement en droit des contrats, RTD civ., 1995, p. 573 ; L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, LPA, 19/05/2005, n° 99, p. 15
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, TERRE-FORNACCIARI, Dominique, Quelques remarques sur le droit de propriété, APD, 1999, p. 233-244
- FULCHIRON, Hugues, Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple, Defrénois, 2001, p. 949.
- GAILLARD, Ariane, Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification), D. 2018, p. 2422
- GAILLARD, Emmanuel, La représentation et ses idéologies en droit privé français, Droits, 1987, n°6, p. 91-98
- GALLOUX, Jean-Christophe, La distinction entre la personne et la chose, in *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, Litec, 1991, p. 213-215 ; Ébauche d'une définition juridique de l'information, D. 1994, p. 229
- GARDIES, Jean-Louis, La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant, APD, 1979, p. 139-149
- GAUDEMET, Jean, *Dominium-Imperium* : Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne, Droits, 1995, p. 3-17
- GAUDEMET, Sophie, « L'intérêt de la famille », élément d'un ordre public familial, in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 287-302
- GAUTIER, Pierre-Yves, Les fluctuations historiques de la frontière mandat/entreprise, ou à partir de quel moment le produit est considéré comme vendu, dans l'intérêt

- commun, dans un grand magasin, RTD civ., 2002, p. 323 ; Le locataire ne saurait « prêter » le bien du propriétaire comme il l'entend, RTD civ., 2010, p. 343 ; Nature et régime juridique du mandat : jeux croisés, in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 89-96 ; Des limites de la personnalité morale, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris, Dalloz, 2012, p. 293-303
- GAZEAU, Chrystelle, La personne morale, un enjeu sociétal, D. 2020, p. 1132
 - GAZZANIGA, Jean-Louis, Mandat et représentation dans l'Ancien droit, *Droits*, 1987, n°6, p. 21-30
 - GERVAIS, André, Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, t. I, 1961, p. 241-252
 - GHESTIN, Jacques, La distinction entre les parties et les tiers au contrat, *JCP G*, 1992, doctr. 3628 ; Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ., 1994, p. 777 ; Les données positives du droit, RTD civ., 2002, p. 11
 - GIACUZZO, Jean-François, A la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale, *Constitutions*, 2015, p. 555
 - GIBIRILA, Deen, L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles, *Defrénois*, 1998, p. 625
 - GIL, Guilhem, Du mandataire successoral désigné en justice, *RLDC*, 2007, n° 44
 - GINOSSAR, Shalev, Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, RTD civ., 1962, p. 573-589
 - GOBIN, Alain, Fiducies sans la fiducie, *JCP N*, 1994, 101109
 - GOBLOT, Edmond, Fonction et finalité, *Rev. Philos France Let.*, 1899-01, p. 495-505 et 632-645
 - GODON, Laurent, Abus de confiance et abus de biens sociaux, *Rev. Soc.*, 1997, p. 289 ; La protection d'un époux contre les agissements de l'autre en régime légal de communauté, *Defrénois* 1998, art. 36857, p. 977 et 1148 ; Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés, *Rev. Soc.*, 2005, p. 140
 - GOFFAUX-CAILLEBAUT, Géraldine, La définition de l'intérêt social, RTD com., 2004, p. 35
 - GORE, François, Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations, *D.* 1953, chron. n° VII, p. 48

- GOROVITSEFF, Alexandre, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *RTD civ.*, 1926, p. 877-972
- GOUBEAUX, Gilles, Personne morale, droit des personnes et droit des biens, in *Aspects du droit commercial français : études dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 199-215 ; La cogestion en régime de communauté : le commencement de la fin ?, in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 131-148
- GOUT, Olivier, La protection de l'administré par le jeu des garanties, *Dr. et pat.*, 2015, n° 252
- GOUTAY, Philippe, La notion de valeur mobilière, *D.* 1999, p. 226
- GOUTTENOIRE, Adeline, La capacité usuelle du mineur, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 163-177
- GRATTON, Laurène, Le contrat de cession, instrument de sécurisation de la cession de contrat, *RDC*, 2017, p. 370
- GRIDEL, Jean-Pierre, L'âge et la capacité civile, *D.* 1998, p. 90
- GRIMALDI, Cyril, Mandat et courtage, in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 79-88 ; Proposition de suppression de l'article 1161 du Code civil : les conflits d'intérêts et la représentation, *RDC*, 2017, p. 182
- GRIMALDI, Michel, L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence, in LERADP, *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1990, p. 101-116 ; Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille, *Defrénois*, 1994, n° 11, p. 737 ; L'emploi des deniers grevés d'usufruit, *LPA*, 23/07/1999, n° 146, p. 4 ; Le patrimoine du XXI^e siècle, *Defrénois*, 2000, p. 801 ; Le mandat à effet posthume, *Defrénois*, 2007, n° 1, p. 3 ; Théorie du patrimoine et fiducie, *RLDC*, 2010, n° 77
- GRIMALDI, Michel, DAMMANN, Reinhard, La fiducie sur ordonnances, *D.* 2009, p. 670
- GRIMONPREZ, Benoît, GRIMONPREZ, Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, *Rev. Soc.*, 2010, p. 715 ; La fonction environnementale de la propriété, *RTD civ.*, 2015, p. 539
- GRÖNFORS, Kurt, *Unification of Agency as a Legislative Challenge*, *Revue de droit uniforme*, 1998-2/3, p. 467-474
- GRZEGORCZYK, Christophe, Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?, *APD*, 1979, p. 259-272 ; L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit, *Droits*, 1988, n° 7, p. 47-57

- GUEGAN, Elsa, Transmission universelle de patrimoine : retour sur la portée de l'intransmissibilité des contrats conclu *intuitu personae*, Rev. Soc., 2020, p. 542
- GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif, RTD civ., 1994, p. 275
- GUEVEL, Didier, La virgule, encore..., D. 2019, p. 1273
- GUILHO, Pierre, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, RTD civ., 1954, p. 1
- GUTMANN, Daniel, Du matériel et de l'immatériel dans le droit des biens, APD, 1999, p. 65-78 ; La fonction sociale de la doctrine juridique, RTD civ., 2002, p. 455
- GUYON, Yves, Qu'est-ce qu'un actionnaire ?, Rev. Soc., 1999, p. 551
- HALPERIN, Jean-Louis, Propriété et souveraineté de 1789 à 1804, Droits, 1995, p. 67-78
- HAMEL, Joseph, La personnalité morale et ses limites, D. 1949, chron. n° 34, p. 141
- HAMOU, Ran, La fiducie-gestion et le quasi-usufruit : étude approfondie des effets de la consomptibilité, Dr. et pat., 2003, n° 119
- HASSLER, Théo, L'intérêt commun, RTD com., 1984, p. 581
- HAUSER, Jean, Le droit de la famille et l'utilitarisme, in *Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, 1999, p. 441-453 ; De la nature juridique de la représentation légale du mineur, RJPF, 2001, n° 6 ; L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher, RTD civ., 2004, p. 482 ; Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ?, RLDC, 2011, n° 83, p. 69 ; Détournements, abus ou fraudes ?, Dr. et pat., 2011, n° 209 ; Les bornes de la personnalité juridique, Dr. Fam., 2012, n° 9, dossier 4 ; Le curatelaire et sa petite voiture : des biens et de la personne..., RTD civ., 2013, p. 450 ; La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille, AJ fam., 2016, p. 460
- HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde, Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ?, D. 2017, p. 1040
- HEBERT, Sophie, Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ?, D. 2008, p. 307
- HEINICH, Julie, Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social, Rev. Soc., 2018, p. 568
- HELLERIGER, Geneviève, Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires, D. 2012, p. 1560
- HELOT, Sylvie, La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux, D. 1991, p. 143

- HENNEBELLE, Diane, La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire, JCP E, 2000, 1366
- HENRIOT, Jacques, De l'obligation comme chose, APD, 1979, p. 235-245
- HINFRAY, Antoine, L'encadrement des fiduciaires, Dr. et pat., 2015, n° 252
- HOUIN, Roger, Les incapacités, RTD civ., 1947, p. 381-405
- HOVASSE, Henri, Incapacités et valeurs mobilières, Defrénois, 1995, p. 369 ; Devoir de loyauté, Droit des sociétés, 2004, n° 8-9, comm. 147 ; Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans les sociétés, in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, MAGNIER, Véronique (dir.), Fougères, PUF, coll. CEPRISCA, 2006, p. 17-24
- IONASCO, Aurélien, La nature juridique du droit de copropriété, in *Aspects du droit privé en fin du XXe siècle : Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, p. 21-30
- IZORCHE, Marie-Laure, Réflexions sur la distinction, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, t. 1, 1998, p. 53-68 ; A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, p. 369
- JAMET, Franck, BARATGIN, Jean, GODIN, Patrice, Don, droit, coutume, cultures : Études expérimentales sur « l'effet de dotation », in *Décision et prise de décision : Droit et cognition*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare et martin, 2017, p. 123-152
- JESTAZ, Philippe, Fonds communs de placement, RTD civ., 1980, p. 180
- JEULAND, Emmanuel, Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne, D. 1998, p. 356 ; Les actions interrogatoires en question, JCP G, 2016, 737
- JOLY-SIBUET, Élisabeth, La responsabilité pénale de l'administrateur du bien d'autrui, Dr. et pat., 2015, n° 252
- JOSSERAND, Louis, Essai sur la propriété collective, in *Le Code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, t. 1, p. 357-379
- JOURDAIN, Patrice, La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements, in *Études à la mémoire de C. Lapoyade –Deschamps*, Bordeaux, Presse universitaire de Bordeaux, 2003, p. 67-81
- JOURDAIN-THOMAS, Fabienne, SCHILLER, Sophie, Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ?, JCP N, 2013, p. 1212

- JULIENNE, Frédérique, La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale), RRJ, 2008, n° 3, p. 1323-1338 ; La dualité des droits de jouissance des biens, Dr. et pat., 2017, n° 273
- JULIENNE, Maxime, PRAICHEUX, Sébastien, Réforme du Code civil, crise financière, *blockchain* : où en sont les garanties financières ?, RD banc. fin., 2018, n° 5, dossier 32
- KACZMARECK, Laurent, Propriété fiduciaire et droit des intervenants à l'opération, D. 2009, p. 1845
- KADDOUCH, Renée, L'obligation de vote du gérant d'OPCVM dans la loi de sécurité financière, D. 2004, p. 796
- KARM, Anne, La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle, Dr. fam., 2007, ét. 18
- KAYSER, Pierre, Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques, RTD civ., 1971, p. 444
- KHAIRALLAH, Georges, Le « raisonnable » en droit privé français, RTD civ., 1984, p. 439
- KILGUS, Nicolas, Le contrat conclu entre le dirigeant et la société : quelques remarques autour d'un « contrat avec soi-même », AJ contrat, 2018, p. 455
- KLEIN, Jérôme, La désignation de l'organe de protection d'une personne incapable, RLDC, 2006, n° 27
- KOURALEVA, Polina, L'usufruit, démembrement du droit de propriété ?, LPA, 19/06/2009, n° 122, p. 6
- KRAJESKI, Didier, L'*intuitus personae* et la cession du contrat, D. 2001, p. 1346
- KRAMPE, Christoph, Obligation comme bien : Droit français et allemand, APD, 2000, p. 205-215
- KUHN, Céline, La mission du fiduciaire, Dr. et pat., 2008, n° 171, p. 52 ; Des patrimoines et des hommes, Dr. et pat., 2012, n° 211
- LABARTHE, François, La distinction du mandat et du contrat d'entreprise, in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 39-47
- LABBEE, Xavier, La dépouille mortelle est une chose sacrée, D. 1997, p. 376 ; Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine, D. 1999, p. 437 ; Le statut juridique du corps humain après la mort, Rev. gén. dr. méd., 2002, p. 277 ; Les ovocytes surnuméraires ne sont pas des personnes, D. 2004, p. 1051 ; La fin du monde, la fin du

- droit ou la transition juridique ?, D. 2019, p. 78 ; Faut-il personnifier la voiture autonome ?, D. 2019, p. 1719
- LAGARDE, Xavier, Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires, D. 2017, p. 715
 - LAHER, Rudy, Mandat et confiance, RTD civ., 2017, p. 541
 - LAMARCHE, Marie, Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille, *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 227-242
 - LAMOUR, Marie-Pierre, La responsabilité personnelle des associés, D. 2003, p. 51
 - LARDEUX, Gwendoline, Qu'est-ce que la propriété ?, RTD civ., 2013, p. 741
 - LARROUMET, Christian, La loi du 19 février 2007 sur la fiducie : propos critiques, D. 2007, p. 1350
 - LASSERRE, Valérie, La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand, D. 2016, p. 1578
 - LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, Majeur protégé et compte bancaire : analyse critique de l'article 427 du Code civil, RLDC, 2019, n° 175 ; Le banquier face au délit d'abus de faiblesse, RD banc. fin., 2021, ét. 24
 - LATHELIZE-BONNEMAIZON, Marie, Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés, LPA, 23/06/2000, n° 7, p. 125
 - LAUDE, Anne, La fongibilité : diversité des critères et unité des effets, RTD com., 1995, p. 307
 - LAZAYRAT, Emmanuel, ROCHFELD, Judith, MARGUENAUD, Jean-Pierre, La distinction des personnes et des choses, Dr. Fam., 2013, n° 4, ét. 5
 - LAZERGES, Christine, Les mandats tacites, RTD civ., 1975, p. 222-247
 - LE FUR, Anne-Valérie, L'acte d'exploitation de la chose d'autrui, RTD civ. 2004, p. 429
 - LE NABASQUE, Hervé, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTD com., 1999, p. 273
 - LE RUDULIER, Nicolas, La définition du droit de propriété est constitutionnelle, AJDI, 2011, p. 885 ; Droit de propriété *versus* droit au domicile, AJDI, 2020, p. 139
 - LE TOURNEAU, Philippe, De l'évolution du mandat, D. 1992, p. 157 ; Le parasitisme dans tous ses états, D. 1993, p. 310
 - LEAUTE, Jacques, Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence, RTD civ., 1947, p. 288

- LEBLOND, Nicolas, Réflexions sur la personnification de l'indivision, RLDC, 2011, n° 82
- LEBORGNE, Anne, Responsabilité civile et opérations sur le marché boursier, RTD com., 1995, p. 261
- LECOURT, Arnaud, Le devoir de loyauté du dirigeant à l'épreuve de l'unanimité, RTD com., 2020, p. 659
- LEDUC, Fabrice, Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ?, RTD civ., 1995, p. 307 ; Réflexions sur la convention de prête-nom, RTD civ., 1999, p. 283 ; Causalité civile et imputation, RLDC, 2007, n° 40 ; Deux contrats en quête d'identité : Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, *in Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 593-630
- LEGEAIS, Dominique, Le gage de meubles corporels, JCP E, 2006, n° 20-21, p. 4
- LEGRAND, Valérie, EIRL : remise en cause de l'affectation, D. 2019. 797
- LEMOULAND, Jean-Jacques, Le contrôle de gestion du patrimoine des majeurs protégés, Dr. et pat., 2018, n° 283 ; Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs, D. 2019, p. 827
- LEPAGE, Henri, L'analyse économique et la théorie du droit de propriété, Droits, 1985, p. 91-105
- LEPROVAUX, Jérôme, Les successions vacantes et en déshérence, Dr. Fam., 2006, ét. 57 ; Les pouvoirs du mandataire à effet posthume, LPA, 12/09/2012, n° 183, p. 59
- LEQUETTE, Yves, Prolégomènes, *in La théorie du patrimoine : unité ou affectation ?*, RLDC, 2010, n° 77
- LEROYER, Anne-Marie, Majeurs – Protection juridique, RTD civ., 2007, p. 394 ; Personnes protégées – Qualification des actes de gestion du patrimoine, RTD civ., 2009, p. 180
- LEVENEUR, Laurent, Intérêts et limites du mandat de protection future, *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 571-582
- LEVY, Emmanuel, La transition du droit à la valeur, Revue de métaphysique et de morale, 1911, n° 3, p. 412-416
- LHUILLIER, Gilles, Les œuvres d'art, *res sacrae* ?, RRJ, 1998, p. 513
- LIBCHABER, Rémy, L'usufruit des créances existe-t-il ?, RTD civ., 1997, p. 615 ; Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ?, Defrénois, 1997,

- n° 2, p. 65 ; Perspectives sur la situation juridique de l'animal, RTD civ., 2001, p. 239 ; Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain, RTD civ., 2003, p. 166 ; Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux, in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 717-736 ; La recodification du droit des biens, in *Le Code civil : Livre du bicentenaire*, Paris, Litec, 2004, p. 297-372 ; Une fiducie française, inutile et incertaine..., in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, p. 303-324 ; Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, Defrénois, 2007, n° 15, p. 1094 et n° 17, p. 1194 ; Les incertitudes de la notion de communauté, in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 583-598 ; La souffrance et les droits, D. 2014, p. 380 ; L'obligation aux dettes sociales de l'associé d'une société civile, RDC, 2015, p. 864 ; Des successions en quête d'avenir, RTD civ., 2016, p. 729 ; La durée de l'usufruit, in *L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018
- LIKILLIMBA, Guy-Auguste, Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements, RTD com., 2009, p. 1
 - LIMBACH, Francis, L'habilitation à disposer pour autrui, RTD civ., 2020, p. 45
 - LOISEAU, Grégoire, Typologie des choses hors du commerce, RTD civ., 2000, p. 47 ; L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine, Dr. et pat., 2001, n° 91 ; Pour un droit des choses, D. 2006, p. 3015
 - LOKIEC, Pascal, La décision et le droit privé, D. 2008, p. 2293
 - LOUIS-CAPORAL, Delphine, La fiducie-libéralité, RTD civ., 2016, p. 49
 - LUCAS, François-Xavier, La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés, LPA, 12/09/1997, n° 110, p. 6 ; Précisions sur la qualification de portage, Bull. Joly Sociétés, 2007, n° 5, p. 610 ; Les dangers de l'EIRL, Dr. et pat., 2010, n° 191
 - MACKAAY, Ejan, La propriété est-elle en voie d'extinction ?, in *Nouvelles technologies et propriété*, Paris, Litec, 1991, p. 217-247
 - MAGES, Alexis, CHEYNET DE BEAUPRE, Marc, La fiducie-gestion : aspects historiques, RLDC, 2019, n° 168
 - MAGNIER, Véronique, Les conflits d'intérêts dans les *Principles of corporate governance*, in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, MAGNIER, Véronique (dir.), Fougères, PUF, coll. CEPRISCA, 2006, p. 139-154 ; Qu'est-ce qu'un administrateur prudent et diligent ?, BJS, 2012, n° 1, p. 75

- MALINVAUD, Philippe, La gestion en bon père de famille en immobilier, RDI, 2012, p. 469 ; L'animal va-t-il s'égarer dans le Code civil ?, D. 2015, p. 87
- MALLET-BRICOUT, Blandine, Contribution à l'étude de la théorie de la représentation : La substitution de mandataire, LPA, 21/12/1999, n° 253, p. 13 ; Fiducie et propriété, in *Liber amoricum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 297-327 ; Le fiduciaire propriétaire ?, JCP N, 2010, p. 1073 ; Propriété, affectation, destination : Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité, Revue Juridique Thémis, Université de Montréal, 2014, 48-2, p. 537
- MALLET-POUJOL, Nathalie, Appropriation de l'information : l'éternelle chimère, D. 1997, chron. 330
- MARGUENAUD, Jean-Pierre, La personnalité juridique des animaux, D. 1998, p. 205 ; Une révolution théorique : l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens, JCP, 2015, p. 305
- MARGUENAUD, Jean-Pierre, BURGAT, Florence, LEROY, Jacques, La personnalité animale, D. 2020, p. 28
- MARIA, Ingrid, De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées, Dr. Fam., 2009, ét. 31 ; Absence de publicité du mandat de protection future : aucun changement à envisager, Dr. fam., 2009, comm. 162 ; De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits, JCP G, 2009, doctr. 149 ; Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des personnes protégées, Dr. fam., 2017, n° 1, comm. 20 ; Importantes précisions sur la sanction de l'opposition d'intérêts, Dr. fam., 2017, n° 12, comm. 250
- MARIA PEREZ, José, Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux américains, Rev. Soc., 2003, p. 195
- MARTIN, Didier, L'argent de poche du mineur et le droit, in LERAPD, *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1990, p. 51-65 ; De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), D. 1996, p. 47 ; Du corporel, D. 2004, p. 2285 ; La propriété, de haut en bas, D. 2007, p. 1977 ; Du gage-espèces, D. 2007, p. 2556 ; Usufruit et propriété des droits sociaux, D. 2009, p. 2444
- MARTIN, Raymond, Personne et sujet de droit, RTD civ., 1981, p. 785 ; Personne, corps et volonté, D. 2000, p. 505 ; L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?, in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris, Joly, 2005, p. 359-369
- MARTIN, Xavier, Fondements politiques du Code Napoléon, RTD civ., 2003, p. 247

- MARTIN-SERF, Arlette, Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires, *Gaz. Pal.*, 26/06/2008, p.
- MASSIP, Jacques, L'extension du régime de l'administration légale pour les majeurs en tutelle, *LPA*, 04/09/1996, n° 107, p. 12 ; Le choix du tuteur ou du curateur d'un majeur protégé, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 239, p. 2 ; De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs, *JCP N*, 2011, 1244
- MASSON, Florent, Liberté de créer des droits réels *sui generis* perpétuels : la promesse de l'aube ?, *D.* 2018, p. 1577
- MATHIEU, Gilles, L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux, *Gaz. Pal.*, 2002, n° 183, p. 7
- MATSOPOULOU, Haritini, Les conflits d'intérêts en droit pénal, in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, MAGNIER, Véronique (dir.), Fougères, PUF, coll. CEPRISCA, 2006, p. 93-118 ; Abus de confiance : les « dérives jurisprudentielles », *RSC*, 2013, p. 813
- MAURY, Jean, Réquisitoire contre la saisine, in *Mélanges à la mémoire de Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 335-351
- MAYER, Lucie, Défense des « actions interrogatoires » introduites par la réforme du droit des contrats, *Gaz. Pal.*, 2016, n° 42, p. 47
- MAZEAUD, Denis, Autorité du commettant et responsabilité : approche de droit civil, *RLDC*, 2008, n° 51
- MAZEAUD, Henri, Essai de classification des obligations, *RTD civ.*, 1936, p. 1
- MAZEAUD, Vincent, Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RTD civ.*, 2014, p. 29
- MAZEAUD-LEVENEUR, Sabine, Droit de propriété et liberté du propriétaire d'exploiter ses terres agricoles, in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008, p. 719-729
- MEKKI, Mustapha, Le patrimoine aujourd'hui, *JCP N*, 2011, p. 1327 ; Introduction à la notion de conflits d'intérêts, in *Les conflits d'intérêts*, Paris, Dalloz, 2013, p. 3-30 ; Réforme du droit des obligations : une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP N*, 2018, n° 17, 1175
- MELEDO-BRIAND, Danièle, Les multiples utilités économiques des biens : Approche de la propriété simultanée, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 467-482

- MESSAÏ-BAHRI, Soraya, ROUSSILLE, Myriam, La responsabilité pour faute des personnes morales, in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 119-129
- MESTRE, Jacques, Du contrat conclu avec soi-même, RTD civ., 1990, p. 265 ; Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne, RTD civ., 1990, p. 270
- MIALHE, Vincent, La délimitation des prérogatives en fonction des techniques, Dr. et pat., 2015, n° 252
- MICHAELIDES-NOUAROS, Georges, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, RTD civ., 1966, p. 216-235
- MICHALOPOULOS, Constantin, Origines de la copropriété et évolution de la notion de destination de l'immeuble en copropriété, RDI, 1995, p. 409
- MIEN, Édouard, STAES, Aurore, Les trois fonctions de la monnaie, Regards croisés sur l'économie, 2019/1, n° 24, p. 82
- MIGNOT, Marc, La notion de bien : Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie, RRJ, 2006, n° 4, p. 1805-1857
- MOLIERE, Aurélien, Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut !, D. 2017, p. 1547
- MONTANIER, Jean-Claude, Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, JCP N, 1981, p. 459
- MONSERIE-BON, Marie-Hélène, Les contours toujours délicats du mandat ad hoc en droit des sociétés, RTD com., 2017, p. 651 ; Capacité des personnes morale : *exit* l'utilité des actes à la réalisation de l'objet social, RTD com., 2018, p. 980
- MORET-BAILLY, Joël, Définir les conflits d'intérêts, D. 2011, p. 1100
- MORIN, Gaston, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, t. 2, 1950, p. 7-16
- MORTIER, Renaud, JOURDAIN-THOMAS, Fabienne, DUMONT, Grégory, L'article 1161 du Code civil et la prohibition de la multi-représentation, JCP N, 2017, n° 39, 1267
- MOTULSKY, Henri, Le droit subjectif et l'action en justice, APD, 1964, p. 215-227
- MOURY, Jacques, Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente, D. 2014, p. 1950
- MOUSSERON, Pierre, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016, p. 906

- MOUSSERON, Jean-Marc, Valeurs, biens, droits, in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277-283
- MOUSSERON, Jean-Marc, RAYNARD, Jacques, REVET, Thierry, De la propriété comme modèle, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281-305
- MULLER, Yvonne, La protection pénale de la relation de confiance, RSC, 2006, p. 809 ; La dérive jurisprudentielle du délit d'abus de confiance : la sanction pénale d'une faute civile, D. 2010, p. 809 ; Abus de confiance et remise en pleine propriété : un désordre jurisprudentiel, D. 2010, p. 2494
- NAJJAR, Ibrahim, Mandat et révocabilité, D. 2003, p. 708
- NAUDIN, Estelle, Les comptes bancaires et la famille, AJ fam., 2006, p. 273 ; « Que sont les notions devenues ? » : Libres propos sur la distinction du titre et de la finance, in *Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 467-478
- NERSON, Roger, Observations sur quelques espèces particulières d'indivision, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 707-721
- NGUYEN, Xuan Chanh, Le sort des actes irréguliers accomplis au nom d'une société commerciale, D. 1978, chron. 15
- NICHOLAS, Barry, Le langage des biens dans la Common Law, APD, 1979, p. 55-65
- NICOD, Marc, La continuation de la personne du défunt : principe général du droit français des successions ?, in SIMONIAN-GINESTE, Hélène (dir.), *La (dis)continuité en droit*, Toulouse, IFR Toulouse 1, 2014, p. 141-150
- NICOLLE, Marc, La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire, D. 2014, p. 2071
- NOGUERO, David, Panorama d'actualité relative aux majeurs protégés, D. 2009, p. 2183 ; La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin des mesures), in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 466-533
- OLLARD, Romain, La fiducie : aspects de droit pénal, RSC, 2009, p. 545 ; L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ?, Dr. pén., 2009, n° 9, ét. 19 ; Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété, Dr. pén., 2012, n° 4, ét. 9 ; Abus de confiance et inexécution contractuelle : la Cour de cassation a-t-elle franchi le Rubicon ?, RDC, 2017, p. 102
- OPPETIT, Bruno, Droit et économie, APD, 1992, p. 17-26
- PAILLET, Élisabeth, L'opposition de la personne majeure vulnérable à sa protection, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 535-548

- PAILLUSSEAU, Jean, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705 ; La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, p. 2346
- PANDO, Annabelle, Mandat de protection future : les pistes d'amélioration des notaires, LPA, 27/11/2020, n° 238, p. 3
- PARACHKEVOVA, Irina, Les obligations des fonds d'investissement au sein des sociétés cotées, Rev. Soc., 2015, p. 75 ; Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, BJS, 2018, p. 600
- PAROCCHIA, Daniel, « Philosophie et épistémologie de la décision », <https://facdephilo.univ-lyon3.fr/philosophie-et-epistemologie-de-la-decision>.
- PATARIN, Jean, La double face du régime de l'indivision, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 332-343
- PATAULT, Anne-Marie, Regard historique sur l'évolution du droit des biens : Histoire de l'immeuble corporel, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3èmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1991, p. 3-12
- PELLIER, Jean-Denis, Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 10) : la cession de créance de droit commun à titre de garantie, D. actu., 23/09/2021
- PERELMAN, Chaïm, Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, APD, 1966, p. 25-43 ; Le raisonnable et le déraisonnable en droit, APD, 1978, p. 35-42
- PERREAU, Ernest-Hyppolyte, Des droits de la personnalité, RTD civ. 1909, p. 501
- PETERKA, Nathalie, Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs, JCP G, 2015, p. 1160 ; Le pouvoir, prérogative privilégiée d'administration du bien d'autrui (mandat, représentation, pouvoir), Dr. et pat., 2015, n° 252 ; La gestion des biens de la personne protégée, in Dossier « Les majeurs protégés : les nouveautés », AJ Fam., 2016, p. 186 ; Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées, AJ fam., 2016, p. 533 ; La déjudiciarisation du droit des majeurs protégés par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ?, JCP G, 2019, 437
- PETIT, Bruno, L'évolution du devoir de loyauté en droit des sociétés, RJDA, 03/2015, p. 243
- PFISTER, Laurent, Un contrat en quête d'identité : Jalons pour une histoire de la qualification du mandat, in DISSAUX, Nicolas (dir.), *Le mandat : Un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, p. 1-38 ; Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté

créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^{ème} siècle, RDC, 2013, p. 1261

- PIATTI, Marie-Christine, Droit, éthique et condition animale, LPA, 19/05/1995, p. 4
- PICAND-L'AMEZEC, Annick, L'obligation des associés en participation envers les tiers, Rev. Soc., 1990, p. 567
- PIEDELIEVRE, Alain, Le matériel et l'immatériel : essai d'approche de la notion de bien, in *Aspects du droit privé en fin du XX^e siècle : Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, p. 55-62
- PIEDELIEVRE, Stéphane, Universalité et gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, Dr. et pat., 2000, n° 82 ; Remarques sur la responsabilité en matière de gestion de portefeuille, RLDC, 2010, n° 77
- PIERRE, Jean-Luc, Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ?, Dr. et pat., 2009, n° 185
- PIERRE, Nathalie, Propriété et responsabilité, in *Mélanges Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. 423-443
- PIMONT, Sébastien, Peut-on réduire le droit en théories générales ?, RTD civ., 2009, p. 417
- PIROVANO, Antoine, La fonction sociale des droits : Réflexion sur le destin des théories de Josserand, D. 1972, p. 64 ; La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, D. 1997, p. 189
- PLAZY, Jean-Marie, Les actes juridiques du majeur protégé, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 549-562 ; Le quasi-usufruit, in *L'usufruit*, Colloque de l'Association Henri Capitant tenu à Bordeaux le 19/10/2018
- PLAZY, Jean-Marie, GEMIGNANI, Florence, Le logement de la personne vulnérable, JCP N, 2012, 1193
- PLANCKEEL, Frédéric, La combinaison de l'usufruit et du bail, RTD civ., 2009, p. 639
- PORACCHIA, Didier, MARTIN, Didier, Regard sur l'intérêt social, Rev. Soc., 2012, p. 475
- POTTIER, Laurent, L'encadrement des administrateurs du patrimoine des personnes protégées, Dr. et pat., 2015, n° 252
- PRIGENT, Stéphane, Le dualisme dans l'obligation, RTD civ., 2008, p. 401 ; Le mandat à effet posthume, AJ fam., 2009, p. 120
- QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, L'acceptation européenne du "bien" en mal de définition, D. 2010, p. 2024

- QUIEVY, Jean-François, De la dépossession entre les mains du créancier gagiste, *in Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 527-539
- RAFFRAY, Jean Guirec, SENECHAL, Jean-Pierre, Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision, JCP N, 1985, 100344
- RAKOTOVAHINY, Marie, Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement, *Rev. Soc.*, 2014, p. 152
- RANDOUX, Dominique, Vers un droit commun des groupements, JCP G, 1996, n° 49, p. 3982
- RAOUL-CORMEIL, Gilles, L'habilitation familiale : une tutelle adoucie en la forme et au fond, *D.* 2015, p. 2335
- RAOUL-CORMEIL, Gilles, LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, Le compte en banque du majeur protégé : Difficultés pratiques soulevées par le droit des incapacités et le droit bancaire, *RD banc. fin.*, 2013, 23 ; Le droit de regard sur les comptes d'un majeur protégé, *RD banc. fin.*, 2013, 26 ; Gestion dynamique du patrimoine : éléments de définition, *Dr. et pat.*, 2018, n° 283
- RASCHEL, Loïs, L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale, *Resp. civ. et assur.*, 2013, n° 5, dossier 24
- REBOUL-MAUPIN, Nadège, Nos amis les animaux... sont désormais doués de sensibilité : un tournant et des tourments !, *D.* 2015, p. 573 ; Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété, *D.* 2020, p. 1689
- REBOUL-MAUPIN, Nadège, GRIMONPREZ, Benoît, Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée, *D.* 2016, p. 2074
- REBOURG, Muriel, La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leur mission, *Dr. fam.*, 2010, ét. 17
- REDET, Jonathan, Émotion et prise de décision, *in Décision et prise de décision : Droit et cognition*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare et martin, 2017, p. 153-167
- RENOUX-ZAGAME, Marie-France, Du droit de Dieu au droit de l'Homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété, *Droits*, 1985, p. 17-31
- RENUCCI, Jean-François, L'identité du cocontractant, *RTD com.*, 1993, p. 441
- REVET, Thierry, Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux, *RTD civ.*, 1999, p. 479 ; Notion de bien (note sous *Crim.*, 14/11/2000), *RTD civ.*, 2001, p. 912 ; Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, *Dr. et pat.*, 2004, n° 124 ; Les droits de propriété

intellectuelle sont des droits de propriété, RTD civ. 2006, p. 791 ; Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit, RTD civ., 2008, p. 512 ; Le corps humain est-il une chose appropriée ?, RTD civ., 2017, p. 587

- REYGROBELLET, Arnaud, Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés, RTD com., 1999, p. 305
- RIASSETTO, Isabelle, Quelques précisions sur la fonction de « contrôle dépositaire », RD banc. fin., 2019, comm. 28
- RIASSETTO, Isabelle, STORCK, Michel, Sociétés de gestion de portefeuille et conflits d'intérêts, BJB, 2008, p. 591 ; La fiducie et la structuration des fonds d'investissement en droit français, in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 795-816
- RIEHM, Thomas, Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés, in *La théorie du patrimoine : unité ou affectation ?*, RLDC, 2010, n° 77
- RIGGS, John, Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux américains, Gaz. Pal., 05/12/2000, p. 62
- RIOU, Michel, L'acte de dévouement, RTD civ., 1957, p. 245
- RIPERT, Georges, Abus ou relativité des droits, RCLJ, 1929, p. 33
- ROBICHEZ, Juliette, Les critères de qualification des souvenirs de famille, D. 1999, p. 624
- ROBLOT, René, Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), Bull. ANSA, 3^{ème} éd., 2003, n° 194
- ROCHFELD, Judith, Du patrimoine de dignité, RTD. Civ., 2003, p. 743 ; La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses, RTD civ., 2007, p. 412
- ROUAST, André, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTD civ., 1944, p. 1-19
- ROUBIER, Paul, Les prérogatives juridiques, APD, 1960, p. 65-131 ; Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs, APD, 1964, p. 83-95
- ROULAND, Norbert, Pour une lecture anthropologique et inter-culturelle des systèmes fonciers, Droits, 1985, p. 73-90
- ROUSSEAU, Michel, *L'intuitus personae* dans les sociétés par actions, RJO, 1995, p. 23-52
- ROUSSEAU, Stéphane, TCHOTOURIAN, Ivan, « L'»intérêt social' en droit des sociétés », Rev. Soc., 2009, p. 735 ; L'encadrement des conflits d'intérêts dans le droit

nord-américain des sociétés : le rôle des règles et des normes de conduite, RTD com., 2013, p. 611

- ROUSSEL GALLE, Philippe, La cession forcée des titres du dirigeant et le ministère public, Rev. Soc., 2013, p. 521
- ROUX, Jean-Marc, Le patrimoine du syndicat des copropriétaires, Dr. pat., 2004, n° 128, p. 48 ; La responsabilité des syndics de copropriété, Dr. et pat., 2017, n° 271
- SAENKO, Laurent, Abus de confiance et inexécution contractuelle : liaisons (plus que) dangereuses !, RTD com., 2017, p. 717 ; Abus de confiance, inexécution contractuelle et remise précaire : le calme après la tempête ?, RTD com., 2018, p. 494 ; Abus de confiance : la remise de fonds en pleine propriété exclut l'abus de confiance (et *vice versa*) !, RTD com., 2018, p. 1049
- SAGAUT, Jean-François, Du problème de la gestion de l'indivision : la solution de l'indivisaire-gérant, AJ fam. 2002, p. 280
- 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
- SAINT-PAU, Jean-Christophe, La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ?, Resp. civ. et assur., 2013, n° 5, dossier 23
- SAINTOURENS, Bernard, Le cumul des mandats sociaux au sein de la société anonyme après la loi du 29 octobre 2002, Rev. Soc., 2003, p. 1
- SALEILLES, Raymond, De la cession de dette, Annales de droit commercial, 1890, p. 1
- SALLE DE LA MARNIERRE, Edmond, Le mandat irrévocable, RTD civ., 1937, p. 241
- SAUTONIE-LAGUIONIE, Laura, Articles 1178 à 1187 : l'absence de l'inopposabilité aux côtés de la nullité et de la caducité, RDC, 2015, p. 767
- SAVATIER, René, Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droits, D. 1939, chron. 49 ; L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté, D. 1959, chron. 9
- SCHAPIRA, Jean, L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, RTD com., 1971, p. 957
- SCHILLER, Sophie, Les utilisations pratiques de la fiducie-gestion (dir.), Dr. et pat., 2012, n° 212 ; Les fautes des dirigeants sociaux, in ANSAULT, Jean-Jacques (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-

- Lextenso, 2015, p. 753-765 ; Les conséquences de la nouvelle rédaction des articles 1833 et 1835 du Code civil sur l'ingénierie sociétaire, JCP N, 2020, 1034
- SCHMEIDLER, Jasmin, La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale, D. 2013, p. 584
 - SCHMIDT, Dominique, Les opérations de portage de titres de sociétés, *in* C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Paris, LGDJ-FEDUCI, 1985, p. 29 ; De l'intérêt commun des associés, JCP E, 1994, p. 404 ; Les associés et les dirigeants sociaux, *in* *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, MAGNIER, Véronique (dir.), Fougères, PUF, coll. CEPRISCA, 2006, p. 11-14 ; Les conflits d'intérêts dans les opérations de marché, BJB, 2008, p. 547 ; Des « conventions réglementées » à la publication des transactions entre parties liées, *in* *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris, Dalloz, 2012, p. 647-664 ; Essai de systématisation des conflits d'intérêts, D. 2013, p. 446 ; La société et l'entreprise, D. 2017, p. 2380 ; Le vote contraint de l'administrateur d'une société et de sa filiale, D. 2019. 1316
 - SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, Hans Albrecht, Les notions de *right reason* et de *reasonable man* en droit anglais, APD, 1979, p. 43-57
 - SCHULTZ, Philippe, L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social, *in* *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Litec/Dalloz, 2006, p. 429-443
 - SERIAUX, Alain, La notion juridique de patrimoine, RTD civ., 1994, p. 801 ; « Nul n'est tenu de s'enrichir » : Une analyse économique du droit de propriété, *in* *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 703-729
 - SERRATRICE-COUTTENIER, Brigitte, La publicité des mesures de tutelle et de curatelle, JCP N, 1996, p. 65
 - SEUBE, Jean-Baptiste, Le droit des biens hors du Code civil, LPA, 15/06/2005, n° 118, p. 4
 - SEVE, René, Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, APD, 1979, p. 247-257 ; L'avenir libéral du droit, *in* *Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 53-60 ; L'obligation et la philosophie du droit moderne, APD, 2000, p. 87-91
 - SIMLER, Philippe, L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ?, *in* *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 461 ; Patrimoines et patrimoine : polysémie du concept, RDI, 2009, p. 441 ; La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ?, *in* *Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 565-572

- SIMOUNET, Arnaud, Avantages et contraintes de l'assurance-vie, *in L'anticipation de la dépendance*, Colloque tenu à Bordeaux le 25/05/2018
- SIZAIRE, Daniel, La détermination contractuelle de la destination de l'immeuble, 1995, RDI, p. 415
- SOHM-BOURGEOIS, Anne-Marie, La personnification de l'animal : une tentation à repousser, D. 1990, p. 33
- SOUHAMI, Julie, Gestion concurrente en régime de communauté et action en justice, JCP N, 2010, p. 1347
- STARCK, Boris, Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers, *in* J. HAMEL (dir.), *Le contrat de commission : Études de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1949, p. 147 et s.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, Le dol est-il possible dans un contrat avec soi-même ?, RDC, 2015, p. 443
- STOICA, Valeriu, Commentaire introductif au Livre III : Des biens, *in Nouveau Code civil roumain*, Paris, Dalloz, 2013, p. 173-186
- STORCK, Michel, La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières, *in Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 695- 707 ; Gouvernement d'entreprise et gestion collective, *in Mélanges en l'honneur de Jacques Béguin*, Paris, Litec, 2005, p. 701-717 ; Du devoir d'alerte en droit des marchés financiers, *in Études offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, LGDJ, 2006, p. 514-527 ; De la nature juridique des fonds communs de placement, *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 509-524 ; Responsabilité civile d'une société de gestion à l'égard des porteurs de parts de FCP, BJB, 2009, p. 287 ; L'information précontractuelle des souscripteurs de parts ou actions d'OPCVM : standardisation et cohérence, BJB, 2012, p. 627
- STOUFFLET, Jean, Le mandat irrévocable, instrument de garantie, *in Mélanges en l'honneur d'André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 478-484
- STRICKLER, Yves, Droit des biens : évitons la dispersion, D. 2007, p. 1149
- TARDOS, Antoine, La délégation de pouvoirs en droit des sociétés : aspects de droit civil après la réforme du droit civil des contrats, D. 2017, p. 1662 ; Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE, D. 2018, p. 1765
- TAUDIN, Louis, Mandat de protection future : Itinéraire sinueux d'une représentation, JCP N, 2009, n° 52, 1357

- TEHRANI, Adrien, Gestion collective d'actifs : le droit des sociétés a-t-il droit de cité ?, RTD com., 2016, p. 617
- TERRE, François, L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil, Droits, 1985, p. 33-49 ; La personne et ses patrimoines ou l'EIRL, JCP N, 2011, p. 1011
- TERRIER, Emmanuel, La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique, D. 2004. 1179
- TESTU, François-Xavier, La devise de la République française : I/ Liberté..., RTD civ., 2020, p. 245 ; La devise de la République française : II/ ...Égalité..., RTD civ., 2020, p. 747
- THERON, Julien, De la communauté d'intérêts, RTD civ., 2009, p. 19
- THERY, René, De l'utilisation à la propriété des choses, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, t. 2, 1950, p. 17-32 ; L'intérêt de la famille, JCP G, 1972, I, 2485
- THEVENOZ, Luc, Le conflit d'intérêts : une composante inéluctable des marchés financiers, Finance et bien commun, 2006, n° 24, p. 65
- THOMAS, Yan, *Res*, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain), APD, 1980, p. 413-426 ; Un expédient interprétatif à l'origine de la personne morale, in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 951-960
- THOMAT-RAYNAUD, Anne-Laure, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ?, Dr. Fam., 2011, n° 5, étude n° 15 ; Patrimoine ou patrimoines ?, in JULIEN, Jérôme et DEBOURS, Muriel (dir.), *Les patrimoines affectés*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole 1 et LGDJ-Lextenso, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2013, p. 13-33 ; La cohérence théorique de l'EI2P ou l'entrepreneur individuel à deux personnalités et deux patrimoines, Defrénois, 2016, p. 566
- THOUVENIN, Dominique, La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique, LPA, 14/12/1994, n° 149, p. 26
- TIREL, Morgane, La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019, p. 2317
- TOMASIN, Daniel, A la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 203-237

- TREBULLE, François-Guy, *Stakeholders Theory* et droit des sociétés, BJS 2006, p. 1337 et 2007, p. 7
- TREILLE, Brigitte, Les conventions de portage, Rev. Soc., 1997, p. 721
- TREPPOZ, Edouard, La substance dans le Code civil, RRJ, 2006-3, p. 1275-1297
- TRICOT, Daniel, Abus de droit dans les sociétés, RTD com., 1994, p. 617
- TUNC, André, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP, 1945, I, 449
- TUSSEAU, Guillaume, Critique d'une métanotion fonctionnelle, RFDA, 2009, p. 641
- UMBERTO GOÛT, Édouard, Sommes-nous propriétaires de notre corps ?, RTD civ., 2020, p. 315
- URBAIN-PARLEANI, Isabelle, L'article 1835 et la raison d'être, Rev. Soc., 2019, p. 575
- URLACHER, Thomas, La nature juridique de l'énergie, D. 2019, p. 599
- VABRES, Régis, La fiducie-gestion : quelle neutralité fiscale ?, RLDC, 2019, n° 168
- VALLENS, Jean-Luc, Les finalités incertaines de l'extension d'une procédure collective, D. 2020, p. 2416
- VALLIMARESCO, Alexandre, Des actes juridiques avec soi-même passés par une personne qui veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumises à un régime distinct, RTD civ., 1926, p. 973-1011
- VAREILLE, Bernard, Le mandat à effet posthume, LPA, 28/06/2007, n° 123, p. 16
- VAREILLES-SOMMIERES (de), Marquis, La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ., 1905, p. 443 ; De la copropriété, RTD civ., 1907, p. 530-541
- VAUPLANE (de), Hubert, La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier, JCP E, 2007, 2051
- VEAUX, Daniel, L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français, in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, Economica, 1980, p. 77-94
- VERBAERE, Catherine, Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, RRJ, 1999, n° 3, p. 685
- VERDOT, René, De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition », RTD civ., 1967, p. 449
- VIANDIER, Alain, La raison d'être d'une société (C. civ. art. 1835), BRDA, 10/2019, 30

- VILLEY, Michel, L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, RHDFE, 1946, p. 201-228 ; Essor et décadence du volontarisme juridique, APD, 1957, p. 87-98 ; La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, APD, 1964, p. 97-127
- VIGNON-BARRAULT, Aline, L'autorité, critère d'identification du responsable, RLDC, 2008, n° 51
- VISSCHER (de), Fernand, « Du *jus abutendi* », RTD civ., 1913, p. 337
- WICKER, Guillaume, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, LexisNexis, 2009, p. 691-731 ; La notion de patrimoine, in B. MOORE (dir.), *Les grandes notions*, Montréal, Thémis, coll. Les grands classiques du droit civil, 2015, p. 209-244 ; Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil, D. 2016, p. 1942 ; De la survie des fonctions de la cause : Ébauche d'une théorie des motifs, D. 2020, p. 1906
- WITZ, Claude, La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relatives aux *trusts*, D. 2007, p. 1369
- ZENATI, Frédéric, Nature juridique de la mitoyenneté, RTD civ., 1990, p. 686 ; Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3èmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1991, p. 13-27 ; Le droit et l'économie au-delà de Marx, APD, 1992, p. 121-129 ; Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ., 1993, p. 305 ; Caractère constitutionnel du droit de propriété, RTD civ., 1996, p. 932 ; L'immatériel et les choses, APD, 1999, p. 79-95 ; Protection constitutionnelle du droit de propriété, RTD civ., 1999, p. 136 ; La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur), in *Le droit privé à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 605-639 ; Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD civ., 2003, p. 667 ; La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD civ., 2006, p. 445 ; La propriété collective existe-t-elle ?, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, LGDJ, 2009, p. 589-610

JUGEMENTS, DECISIONS ET ARRETS :

Tribunaux civils et Cour de cassation :

- Cass. Req., 27/01/1812
- Cass. Civ., 27/11/1844, DP 1845.I.13

- Cass. Civ., 13/08/1851, *Toussaint* ; GAJC, 12^{ème} éd., n° 104 ; DP 1851.I.281
- Cass. Civ., 20/04/1858 ; DP 1858.I.54
- Cass. Req., 22/05/1860, DP 1860.I.448 ; S. 1860.I.721
- Cass. Civ., 25/03/1861
- Cass. Civ., 05/08/1878 ; DP 1879.I.75
- Cass. Req. 09/08/1881 ; DP 1882.I.365
- Cass. Civ., 30/11/1881 ; DP 1881.I.
- Cass. Civ., 14/04/1886
- Cass. Civ., 19/07/1887 ; DP 1888.I.49, note H.-F. PONCET
- Cass. Req., 17/11/1891 ; DP 1895.I.149
- Cass. Civ., 15/02/1893 ; DP 1893.I.378
- Cass. Civ., 09/07/1895 ; DP 1896.I.374
- Cass. Civ., 26/01/1897, DP 1900.1.33, note SARRUT ; S. 1897.1.313 ; GAJC 2000, n° 100
- Cass. Civ., 03/02/1897 ; DP 1897.I.601, note M. PLANIOL
- Cass. Req. 07/08/1900 ; DP 1900.I.460
- Cass. Civ., 29/06/1903 ; D. 1903.I.411
- CA Nancy, 11/12/1909 sous Cass. Civ. 16/12/1912 ; DP 1914.I.115
- Cass. Req., 03/08/1915, *Clément Bayard*, DP 1917.I.79
- Cass. Req. 14/12/1921 ; DP 1922.I.179
- CA Paris, 21/03/1928
- Cass. Req., 26/07/1928, DH 1928. 463
- Cass. Civ., 28/10/1942 ; DC 1943. 29, note P. L.-P.
- Cass. Soc., 30/11/1945 ; D. 1946. 155
- Cass. Civ., 13/12/1948 ; S. 1949 ; D. 1949, 1, p. 107 ; RTD civ., 1949, p. 281, obs. H. SOLUS
- Cass. Com., 18/10/1950 ; JCP 1951. II. 6238
- Cass. Civ., 13/02/1952, Bull. civ. I, n° 64
- Cass. Com., 10/11/1952, Bull. civ. III, n° 346
- CA Aix-en-Provence, 10/02/1953, n° 1955-603
- Trib. cantonal de Metz, 05/03/1953
- Cass. Civ. 2^{ème}, 28/01/1954, Bull. civ. II, n° 32 ; D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, n° 7958, concl. L. LEMOINE
- Cass. Soc., 04/06/1959, Bull. civ. IV, n° 656, p. 527 ; JCP 1959, IV, 89

- Cass. Soc., 03/12/1959, Bull. civ. IV, n° 1204
- Cass. Ass. plén., 13/12/1962, n° 57-11569, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 1963, p. 277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP N 1963, II, 13105, note P. ESMEIN ; RTD civ. 1963, p. 572, obs. G. CORNU
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13/06/1963, Bull. civ. I, n° 317
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16/10/1963 ; D. 1964. 325
- CA Colmar, 29/05/1964 ; JCP 1965. II. 14301, note P. VOIRIN
- Cass. Civ. 1^{ère}, 30/03/1965
- Cass. Civ. 1^{ère}, 21/03/1966, Bull. civ. I, n° 199
- Cass. Crim., 08/03/1967, D. 1967, p. 587 note A. DALSAE
- CA Paris, 12/12/1967 ; D. 1968, p. 269
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19/02/1968 ; D. 1968. 393
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/1968 ; D. 1968. 624 ; RTD civ. 1968. 560, obs. G. CORNU
- Cass. Com., 08/06/1968, Bull. civ. IV, n° 180
- Cass. Civ. 3^{ème}, 08/11/1968, Bull. civ. III, n° 455
- Cass. Civ. 1^{ère}, 10/12/1968, Bull. civ. I, 1968, n° 319
- Cass. Com., 01/12/1969, Bull. civ. IV, 1969, n° 357
- Cass. Com., 22/05/1970, Bull. civ. IV, n° 165
- Cass. Civ. 1^{ère}, 09/12/1970 ; JCP G 1971, II, 16920, note MDPS ; RTD civ., 1971, p. 629, obs. Y. LOUSSOUARN
- Cass. Civ. 3^{ème}, 19/02/1971, Bull. civ. III, n° 128
- Cass. Com., 12/07/1971, n° 70-12039 ; D. 1972. 153, note C. GAVALDA ; RTD com. 1972. 144, obs. M. CABRILLAC et M.-T. RIVES-LANGE
- Cass. Crim., 19/10/1971, Bull. civ. IV, n° 272
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/1972, n° 70-12756, Bull. civ. I, n° 50
- Cass. Civ. 3^{ème}, 12/04/1972 ; JCP 1973. II. 17591, note M. LE GALCHER-BARON
- Cass. Civ. 1^{ère}, 09/05/1972, *Pogam*, n° 71-10361, Bull. civ. I, n° 122 ; Gaz. Pal. 1972. 2. 871
- Cass. Civ. 2^{ème}, 09/04/1973, n° 72-11010, Bull. civ. II, n° 113
- Cass. Com., 13/11/1973 ; RTD com., 1974. 130, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 26/03/1974, n° 72-13132, Bull. civ. I, n° 99 ; D. 1975. 41, note J.-P. SORTAIS

- Cass. Civ. 1^{ère}, 18/11/1975, n° 74-12493, Bull. civ. I, n° 333 ; D. 1976, p. 52 ; RTD civ. 1976, p. 369, obs. G. CORNU
- Cass. Com. 16/11/1976, n° 74-13681, Bull. civ. IV, n° 291
- Cass. Civ. 1^{ère}, 23/11/1976, n° 75-11525, Bull. civ. I, n° 361
- Cass. Civ. 1^{ère}, 18/01/1977, Bull. civ. I, n° 29
- Cass. Civ. 1^{ère}, 22/03/1977, n° 75-11030, Bull. Civ. I, n° 143
- Cass. Civ. 2^{ème}, 27/04/1977, n° 75-14761, Bull. civ. II, n° 108 ; D. 1977. IR 442, obs. C. LARROUMET
- Cass. Com., 12/07/1977, n° 76-10932 ; D. 1977. IR 489
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07/12/1977, n° 74-14890
- Cass. Civ. 3^{ème}, 15/03/1978 ; RTD civ. 1979, obs. C. GIVERDON
- CA Lyon, 30/03/1978 ; D. 1978. Somm. 417, obs. M. VASSEUR
- Cass. Com., 08/10/1979 ; D. 1981. IR 37, obs. J.-C. BOUSQUET
- Cass. Com., 14/02/1980 ; JCP G, 1980, IV, 122
- Cass. Civ. 3^{ème}, 15/04/1980, n° 78-15836, Bull. civ. III, 1980, n° 73
- Cass. Com., 21/04/1980, n° 78-14765, Bull. civ. IV, n° 158
- Cass. Civ. 1^{ère}, 03/06/1980, n° 79-12079, Bull. civ. I, n° 172 ; Defrénois 1981. 32599, obs. J. MASSIP
- Cass. Civ. 1^{ère}, 10/02/1981, Bull. civ. I, n° 50
- CA Paris, 27/02/1981 ; Rev. Soc. 1981. 109, note A. BOUSQUET
- Cass. Ch. mixte, 10/07/1981 ; D. 1981.637, concl. J. CABANNES ; Rev. Soc. 1982.84, obs. C. MOULY
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17/11/1981, n° 80-11181, Bull. civ. I, n° 337
- CA Reims, 22/03/1982, Gaz. Pal. 1982. 2, somm. 310
- Cass. Civ. 3^{ème}, 04/05/1982, Bull. civ. III, n° 111
- Cass. Ass. Plén., 28/05/1982, n° 79-13660, Bull. ass. plén., n° 3 ; D. 1983, p. 117, concl. J. CABANNES ; D. 1983, p. 349, note E. GAILLARD
- Cass. Civ. 3^{ème}, 08/12/1982, inédit
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28/03/1984 ; JCP 1985. II. 20430, note M. HENRY
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13/11/1984, n° 83-13999, Bull. Civ. I, n° 301
- Cass. Civ. 1^{ère}, 21/11/1984, Bull. civ. I, n° 317 ; D. 1985. 297, note L. DE LEYSSAC ; D. 1985. Somm. 342, obs. M. VASSEUR ; RTD com. 1985. 544, obs. R. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Gaz. Pal. 1985. 2. 473, note J. MASSIP
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/1985, n° 84-10097, Bull. civ. I, n° 86

- Cass. Com., 09/05/1985, n° 83-15603 ; Bull. civ. IV, n° 28
- Cass. Com., 09/05/1985, n° 83-15603, Bull. civ. IV, n° 143
- Cass. Civ. 1^{ère}, 29/05/1985, Bull. civ. I, n° 163 ; Gaz. Pal., 1985. 2. 257, note A. PIEDELIEVRE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 10/12/1985, n° 84-14328
- Cass. Civ. 1^{ère}, 04/03/1986, Bull. civ. I, n° 51 ; JCP G 1986. II. 20701, note P. SIMLER
- CA Bordeaux, 19/06/1986 ; D. 1987. 295, note D. DENIS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 25/11/1986, Bull. civ. I, n° 282 ; D. 1987, p. 141, note G. MORIN ; J.C.P. 1987, II, 20 866, note A. COHEN ; RTD com. 1987, p. 194, obs. J. DERRUPPE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17/03/1987, n° 85-11570, Bull. civ. I, n° 94
- Cass. Com., 19/05/1987, n° 84-14855, Bull. civ. I, n° 158 ; Rev. Soc. 1988. 78, note Y. GUYON ; D. 1987. somm. 445, obs. L. AYNES ; Bull. Joly 1987. 792, § 326
- Cass. Civ. 1^{ère}, 08/12/1987, n° 85-17312, Bull. civ. I, n° 333 ; D. 1989. 61, note P. MALAURIE ; Defrénois, art. 34229. 533, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1989. II. 21326, obs. P. SIMLER
- Cass. Com., 12/01/1988, n° 85-12666 ; Bull. civ. IV, n° 24 ; Rev. Soc. 1988, p. 263, note Y. CHAPUT ; RTD civ. 1989, p. 304, note J. MESTRE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 08/03/1988, n° 86-16153 ; Gaz. Pal., 1989, 1, 43, note G. MASSIP
- Cass. Civ. 3^{ème}, 27/04/1988, n° 86-11718 ; D. 1989, Somm. p. 351, obs. C. ATIAS
- Cass. civ. 1^{ère}, 18/01/1989 ; D. 1989. 302, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989. 558, obs. P. JOURDAIN
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20/03/1989, Bull. civ. I, n° 12
- Cass. Civ. 1^{ère}, 29/03/1989, Bull. civ. I, n° 142 ; RTD civ. 1989. 560, obs. P. JOURDAIN
- CA Bordeaux, 07/04/1989, n° 047750
- Cass. Com., 13/06/1989 ; D. 1989. 379
- Cass. Com., 12/10/1989 ; D. 1989. IR 288 ; Rev. Soc. 1990. 78
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13/12/1989, n° 87-17323, Bull. civ. I, n° 392 ; D. 1990. 214, note G. MORIN ; RTD civ. 1990. 523, obs. F. ZENATI
- Cass. Civ. 2^{ème}, 13/12/1989, n° 87-14990, Bull. civ. II, n° 222 ; RTD civ. 1992, p. 444, obs. F. LUCET et B. VAREILLE
- Cass. Soc., 23/01/1990 ; Rev. Soc. 1990.444, note R. VATINET
- Cass. Com., 20/02/1990, n° 88-10695, Bull. civ. IV, n° 50
- CA Paris, 22/03/1990, JurisData n° 1990-021473

- Cass. Com., 15/05/1990, n° 87-19048
- Cass. Com. 06/06/1990, n° 88-19420, Bull. civ. IV, n° 171 ; Rev. Soc. 1990, p. 606, obs. Y. CHARTIER ; Bull. Joly 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; D. 1992. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/02/1991, n° 88-11351, Bull. civ. I, n° 45 ; Rev. Soc. 1991. 773, note D. RANDOUX ; RTD com. 1991. 256, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN
- Cass. Civ. 3^{ème}, 20/03/1991, n° 89-19866 ; RTD civ. 1991. 735, obs. J. MESTRE
- Cass. Ass. plén., 29/03/1991 ; JCP 1991. II. 21673, concl. DOTENWILLE, note J. GHESTIN ; D. 1991. 324, note C. LARROUMET
- Cass. Civ. 1^{ère}, 04/04/1991, n° 89-17351 ; Bull. civ. I, n° 129 ; Rev. Soc. 1991. 737, note P. DIDIER
- Cass. Civ. 1^{ère}, 04/04/1991, n° 89-20351, Bull. civ. I, n° 118 ; Defrénois, 1991.868, obs. G. CHAMPENOIS ; JCP 1991.IV.216 ; RTD civ. 1992.429, obs. J. PATARIN ; RTD civ. 1992. 797, obs. F. ZENATI
- Cass. Soc., 17/04/1991 ; Rev. Soc. 1992.53, chron. Y. GUYON
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28/05/1991, n° 89-20258 ; RTD civ., 1992, obs. J. MESTRE ; Defrénois, 1992. 746, obs. J.-L. AUBERT
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28/05/1991 ; Defrénois, 1991. 680, obs. J. MASSIP
- Cass. Com., 04/06/1991, n° 89-16847 ; Rev. Soc. 1992. 55, note Y. CHARTIER
- Cass. Com., 11/06/1991, n° 89-20653
- Cass. Crim., 30/09/1991, Rev. Soc., 1992, p. 356, note B. BOULOC
- CA Paris, 03/12/1991 ; BJS. 1992. 319, obs. A. COURET
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17/12/1991, n° 90-11908, Bull. civ. I, n° 357 ; JCP 1992. I. 3614, obs. G. WIEDERKHER ; Defrénois 1992. 396, obs. G. CHAMPENOIS
- Cass. Com., 28/01/1992, n° 90-17389, Bull. civ. IV, n° 36 ; D. 1993. 23, note J. PAGES ; JCP G 1993. II. 21994, note A. TISSERAND
- Cass. Civ. 1^{ère}, 03/03/1992, n° 90-11088, Bull. civ. I, n° 73 ; JCP G 1993. II. 21 997, note E. DU RUSQUEC ; RTD civ. 1993. 101, obs. J. HAUSER
- Cass. Civ. 3^{ème}, 04/03/1992 ; D. 1992, p. 386 ; Defrénois 1992, art. 35349, n° 107, obs. H. SOULEAU
- Cass. Civ. 1^{ère}, 31/03/1992, Bull.civ. I, n° 96 ; JCP N 1992, II, p. 333, note J.-F. PILLEBOUT ; JCP N. 1993, p. 21, note A. TISSERAND ; Defrénois 1992, art. 35348, p. 1121, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 1993, p. 401, obs. F. LUCET et B. VAREILLE

- Cass. Civ. 1^{ère}, 31/03/1992, Bull. civ. I, n° 99, p. 66 ; Defrénois 1992, art. 35335, n° 97 ; D. 1993, 17, note J. MASSIP
- Cass. Crim., 22/04/1992, Bull. crim., n° 169 ; Dr. pén. 1993. comm. n° 115, obs. J.-H. ROBERT ; Rev. Soc., 1993, p. 124, note B. BOULOC
- Cass. Com., 07/07/1992, n° 90-17885 ; CCC 1992, n° 222, note L. LEVENEUR
- Cass. Civ. 3^{ème}, 22/07/1992, n° 90-17792
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13/10/1992, n° 91-10619, Bull. civ., n° 250 ; RDI 1993. 237, obs. D. TOMASIN
- Cass. Com., 24/11/1992 ; Bull. Joly 1993.240, note P. LE CANNU ; Rev. Soc. 1993.389, note J. HONORAT
- Cass. Civ. 3^{ème}, 20/01/1993, n° 91-12550
- Cass. Com., 09/03/1993, *Flandin*, n° 91-14685 ; D. 1993. 363, note Y. GUYON ; Rev. Soc. 1993. 403, note P. MERLE ; JCP 1993. II. 22107, note Y. PACOT ; Gaz. Pal. 1993. 2.334, note BONNARD ; JCP E 1993. II. 448, note A. VIANDIER ; JCP N, 1993. II. 293, note J.-F. BERBIERI ; Dr. sociétés, 1993, n° 95, note D. VIDAL
- Cass. Civ. 1^{ère}, 24/03/1993, n° 91-16019, Bull. civ. I, n° 121 ; JCP 1993. IV. 1354
- Cass. Com., 01/06/1993, n° 90-20745, Bull. civ. IV, n° 221 ; RTD com. 1994. 351, obs. B. BOULOC
- Cass. Civ. 1^{ère}, 02/06/1993, n° 91-16.370, Bull. civ. I n° 204 ; D. 1993. 613, note D.-R. MARTIN ; RTD civ. 1994. 147, obs. J. PATARIN ; RTD civ. 1995. 395, obs. F. ZENATI ; JCP 1994. II. 22206, note J.-P. COUTURIER ; Defrénois 1993. 1274, note P. BUFFETEAU
- Cass. Com., 29/06/1993, n° 91-20380, Bull. civ. IV, n° 271 ; JCP E 1994. 562, note C. HANNOUN ; Gaz. Pal. 1994. 1. Pan. 5 ; Rev. Soc. 1995. 50, note P. DELEBECQUE ; RTD civ. 1994. 596, note J. MESTRE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17/11/1993, Bull. civ. I, n° 329 ; Defrénois, 1994, p. 791, note P. DELEBECQUE
- Cass. Com., 04/01/1994, n° 91-20256 ; Rev. Soc. 1994. 278, note M. LECENE-MARENAUD ; Defrénois 1994. 556, note P. LE CANNU ; Dr. soc. 1994, no 45, note T. BONNEAU
- Cass. Civ. 1^{ère}, 12/01/1994, Bull. civ. I, n° 10 et 11 ; D. 1994. 311, note R. CABRILLAC ; JCP 1994. I. 3785, obs. P. SIMLER ; RTD civ. 1996. 229, obs. B. VAREILLE

- Cass. Com., 01/03/1994, n° 92-15425, Bull. Civ. IV, n° 81 ; Defrénois, 1994. 1118, note D. MAZEAUD
- Cass. Com., 17/05/1994, Bull. civ. IV, n° 178
- Cass. Com., 18/10/1994, n° 92-21485 ; Bull. civ. IV, 302 ; RJDA 1995, n° 161 ; Bull. Joly 1994, p. 1330, § 374, note B. SAINTOURENS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 04/01/1995, Bull. civ. I, n° 3 ; D. 1995.Somm.328, obs. M. GRIMALDI ; JCP N 1995, II, 1468, obs. P. SIMLER ; JCP G 1996, I, 3921, obs. H. PERINET-MARQUET
- Cass. Civ. 1^{ère}, 31/01/1995, n° 93-11974
- Cass. Com., 21/03/1995, n° 93-13132, Bull. civ. IV, n° 101
- Cass. Civ. 2^{ème}, 29/03/1995, Bull. civ. II, n° 115
- Cass. Civ. 3^{ème}, 23/05/1995, n° 93-10.617, Bull. civ. III, n° 130 ; Defrénois 1996, art. 36278, n° 25, obs. C. ATIAS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/1995 ; D. 1995, p. 559, note B. BEIGNIER
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/1995, n° 93-14596, Bull. civ. I, n° 245 ; D. 1995. IR 616 ; RTD civ. 1995. 941, obs. J. PATARIN
- Cass. Civ. 2^{ème}, 28/06/1995, Bull. civ. II, n° 222
- Cass. Civ. 2^{ème}, 15/11/1995, Bull. civ. II, n° 248
- Cass. Civ. 1^{ère}, 09/01/1996, n° 93-20460 ; JCP 1997. I. 4010, obs. H. PERINET-MARQUET
- Cass. Com., 27/02/1996, *Vilgrain*, n° 94-11241 ; D. 1996. 518, note P. MALAURIE ; D. 1996. 591, note J. GHESTIN ; D. 1996, somm. 342, obs. J.-C. HALLOUIN ; Bull. Joly 1996. 485, obs. A. COURET ; RTD civ. 1997. 114, obs. J. MESTRE
- Cass. Com., 12/03/1996 ; Rev. Soc. 1996. 554
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19/03/1996, n° 94-14934, Bull. civ. I, n° 140 ; RTD com. 1996. 708, obs. B. BOULOC
- Cass. Com. 02/04/1996, n° 94-16380, Bull. civ. IV, n° 113 ; Rev. Soc. 1996. 573, note C. GAVALDA
- Cass. Com., 09/04/1996, n° 94-11395 ; D. aff. 1996, p. 671
- Cass. Civ. 3^{ème}, 17/04/1996, Bull. civ. III, n° 108
- Cass. Crim., 30/05/1996, Bull. crim. n° 224 ; Rev. Soc. 1996.806, obs. B. BOULOC
- Cass. Civ. 3^{ème}, 03/07/1996, n° 94-18325, Bull. civ. III, n° 170
- CA Paris, 27/09/1996 ; Banque et droit, 1997, n° 51, p. 38, obs. H. de VAUPLANE

- Cass. Civ. 3^{ème}, 08/01/1997, n° 95-10339, Bull. civ. III, n° 8 ; LPA, 29/05/1998, n° 64, p. 20, note E. RALSER ; AJDI 1997. 303, obs. J.-P. BLATTER ; RDI 1997. 297, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPPE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 14/01/1997, Bull.civ. I, n°18
- Cass. Civ. 1^{ère}, 11/02/1997, n° 95-12926
- Cass. Com., 27/06/1997 ; Dalloz Affaires 1997, p. 836 ; D. 1998. 182, obs. J.-C. HALLOUIN
- Cass. Com. 07/10/1997, n° 94-18553 ; JCP E. 1997. 710, obs. A. VIANDIER
- Cass. Crim., 27 /10/1997, Dr. pén., 1998, comm. 21, obs. J.-H. ROBERT
- Cass. Civ. 1^{ère}, 18/11/1997, n° 95-13082, Bull. civ. I, n° 316 ; RTD civ. 1998. 668, obs. J. MESTRE ; D. 1998. 129, obs. T. HASSLER
- Cass. Com., 02/12/1997 ; JCP E 1998, n° 43, 1689, note M. STORCK ; RD bancaire et Bourse 1998, p. 37, note H. HOVASSE ; RTD com. 1998, p. 379, note M. STORCK
- Cass. Civ. 1^{ère}, 02/12/1997, n° 95-20198, Bull. civ. I, n° 343 ; D. 1998. 469, note J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; D. 1998. Somm. 303, obs. F. VAUVILLE ; *ibid.* 378, obs. S. PIEDELIEVRE ; JCP 1998. I. 149, n° 1, obs. P. SIMLER ; Defrénois 1998. 727, obs. J. MASSIP ; Dr. fam. 1998, n° 31, obs. T. FOSSIER ; JCP N 1998. 1046, étude D. BOULANGER ; RTD civ. 1998. 342, obs. J. HAUSER
- Cass. Com., 09/12/1997, n° 95-22096, Bull. civ. IV, n° 333 ; RJ com. 1998. 194, rapp. J.-P. REMERY et note A. VIALARD ; JCP 1998. II. 10201, note O. LITTY ; JCP E 1998. II. 2022
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28/04/1998, Jurisdata n° 1998-001861, Bull. civ. I, n° 153 ; Defrénois 1998, art. 36837, note S. HOVASSE-BANGUET ; JCP G, 1998. II. 1012, note J. BIGOT ; RTD com. 1998, p. 113, note S. REZEL ; BGFE 3/98, p. 6, comm. R. BEAUVAIS
- Cass. Civ. 2^{ème}, 19/05/1998, Bull. civ. II, n° 161 ; D. 1998, Jur. p. 405, concl. P. TATU ; Bull. Joly 1998, p. 1182, note J.-J. DAIGRE ; RTD civ. 1998, p. 750, obs. R. Perrot, et p. 933, obs. P.-Y. GAUTIER ; RGDP 1999, p. 116, obs. E. PUTMAN
- Cass. Civ. 3^{ème}, 10/11/1998, n° 97-12369, JurisData n° 1998-004259 ; JCP G 1999, II, 10051, note A. DJIGO
- Cass. Civ. 1^{ère}, 12/11/1998, n° 96-18041, Bull. civ. I, n° 315 ; GAJC, 12^e éd., n° 77 ; D. 1999. 167 ; D. 1999. 633, note D. FIORINA ; RTD civ., 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; RTD com., 1999, p. 459, obs. M. STORCK ; JCP N 1999. 351, note H. HOVASSE

- Cass. Civ. 1^{ère}, 12/11/1998, n° 97-13248 ; Dr. fam. 1999. Comm. 35, obs. T. FOSSIER ; JCP 1999. II. 10053, note T. GARE ; RTD civ. 1999. 360, obs. J. HAUSER ; D. 2000. 39, note C. FARGE
- CA Paris, 15/01/1999 ; Dr. fam., 1999, n° 111, note H. LECUYER
- Cass. Civ. 3^{ème}, 20/01/1999, n° 97-16470, Bull. civ. III, n° 17
- CA Versailles, 05/02/1999, n° 96-00006913 ; obs. M. STORCK, BJB, 1999, p. 255
- TGI Rochefort-sur-Mer, 05/05/1999, *Forgit*
- Cass. Ass.Plén., 04/06/1999 ; JCP G, 1999, II, 10 152 ; JCP E, 1999, p. 1294, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; RTD civ., 1999, p. 664, obs. P. CROCQ ; D. 2000, somm., p. 140, obs. P. CAPOULADE
- Cass. Crim., 15/09/1999, n° 98-81855, Bull. crim., n° 187 ; BJB, 2000, p. 71, note I. RIASSETTO
- Cass. Com. 23/11/1999, n° 96-17278, Bull. civ. IV, n° 206
- Cass. Com., 14/12/1999, n° 97-15554 ; Defrénois 2000. 505, obs. H. HOVASSE ; Banque et droit 2000, n° 71, p. 37, obs. N. RONTCHEVSKY
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/2000, n° 97-19429, Bull. civ. 2000, I, n° 46 ; JCP N 2000, n° 28, p. 1151
- Cass., Ass. plén., 25/02/2000, *Costedoat*, n° 97-17387 et n° 97-20152 ; D. 2000. 673, note P. BRUN ; JCP 2000. II. 10295, rapp. R. KESSOUS, note M. BILLIAU
- TGI Montauban, 11/04/2000, *Cossiaux*
- CA Aix, 07/06/2000
- Cass. Crim., 14/11/2000, n° 99-84522, Bull. crim., n° 338 ; D. 2001. 1423, note B. de LAMY ; RSC 2001. 385, obs. R. OTTENHOF ; RTD civ. 2001. 912, obs. T. REVET ; RTD com. 2001. 526, obs. B. BOULOC
- Cass. Com., 21/11/2000, n° 97-18187 ; D. 2001. 2932, obs. V. BREMOND ; JCP G 2002. I. 103, n° 23, obs. M. STORCK ; Defrénois, 2001. 1127, obs. G. CHAMPENOIS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 03/07/2001, n° 99-19868 ; D. 2002. 1102, note L. COMANGES ; JCP G, 2002. I. 103, n° 17, obs. P. SIMLER ; JCP N, 2002. 1206, note V. BREMOND ; Defrénois, 2002. 397, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ., 2001. 941, obs. B. VAREILLE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20/12/2000 ; LPA, 11/06/2001, note J. MASSIP
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20/02/2001, n° 98-13006 ; JCP 2001. I. 358, no 5, obs. H. PERINET-MARQUET ; Dr. fam. 2002. Comm. 12, obs. B. BEIGNIER ; RTD civ. 2001. 642, obs. J. PATARIN ; RTD civ. 2001. 916, obs. T. REVET

- Cass. Com. 15/05/2001, Bull. civ. IV, n° 91 ; D. 2001. 1949, obs. A. LIENHARD
- Cass. Ass. plén., 29/06/2001, n° 99-85973, Bull. crim., n° 165 ; D. 2001. 2907, note J. PRADEL ; D. 2001. 2917, note Y. MAYAUD ; JCP 2001. II. 10569, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE
- CA Paris, 04/09/2001 et 27/11/2001 ; JCP 2002. I. 120, n° 9, obs. P. DELEBECQUE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 02/10/2001, n° 99-15938, Bull. civ. I, n° 239 ; RTD civ. 2002. 118, obs. P.-Y. GAUTIER
- Cass. Civ. 3^{ème}, 08/11/2000, Bull. civ. III, n° 168 ; D. 2000, AJ p. 444, obs. A. LIENHARD ; D. 2002, Somm. p. 478, obs. J.-C. HALOUIN ; JCP 2001, II, 10450, concl. J.- F. WEBER, note Y. CHARTIER ; Bull. Joly 2001, p. 190, note F.- X. LUCAS ; LPA, 07/05/2001, n° 90, p. 16, note D. GIBIRILA ; RTD com. 2001, p. 162, obs. M.- H. MONSERIE-BON ; Dr. sociétés 2001, n° 21, obs. T. BONNEAU
- Cass. Com., 13/11/2001, Bull. civ. IV, n° 179, n° 2001-011629 ; D. 2001, p. 3533, obs. A. LIENHARD ; JCP E, 2002, 370, note S. PIEDELIEVRE
- Cass. Civ. 3^{ème}, 18/12/2001, n° 00-16530 et n° 00-16692 ; Dr. soc. 2002, comm. 57 ; Bull. Joly 2002, § 94, p. 434, note B. SAINTOURENS
- Cass. Com., 15/01/2002, n° 97-22109 ; Dr. soc. 2002, comm. 97, note J. MONNET et D. VIDAL ; RJDA 5/2002, p. 427 ; Bull. Joly 2002, p. 602, § 134, note A. CONSTANTIN ; Defrénois 2002, art. 37635, p. 1543
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/02/2002, n° 99-20895, Bull. civ. I, n° 40 ; D. 2002. 2640, note Y. DAGORNE-LABBE ; JCP 2003. II. 10029, note D. MARTIN
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/2002, n° 99-18984 ; D. 2002, p. 2555, note R. LIBCHABER.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 04/04/2002 ; D. 2002, Somm. 2508, obs. B. MALLET-BRICOUT ; JCP E 2002, 685, n° 9, obs. J. RAYNARD
- CA Paris, 17/05/2002, n° 2000/11155
- Cass. Crim., 25/06/2002, n° 00-81359 ; D. 2002. 3099, note J. PRADEL ; D. 2002. 2475, chron. O. SAUTEL ; D. 2003. 243, obs. S. MIRABAIL ; D. 2003. 660, obs. F. PLANCKEEL ; Just. et cass. 2005. 181, rapp. F. ROCHETEAU ; RSC 2003. 91, obs. B. BOULOC ; RSC 2003. 95, obs. Y. MAYAUD
- Cass. Com., 25/06/2002, n° 99-18121
- Cass. Civ. 3^{ème}, 23/05/2002 ; D. 2003, p. 2043, obs. N. REBOUL-MAUPIN
- Cass. Civ. 1^{ère}, 03/12/2002 ; RTD civ. 2003, p. 118, note T. REVET

- Cass. Com., 23/04/2003, n° 02-11015 ; JCP G 2003. II. 10140, note D. SCHMIDT ; JCP G, 2003. I. 176, obs. P. DELEBECQUE
- CA Paris, 07/05/2003, n° 2002/00099 ; AJ fam., 2003.271
- Cass. Com., 20/05/2003, n° 99-17092 ; Bull. Joly 2003. 786, note H. LE NABASQUE ; D. 2004. 2623, note B. DONDERO ; D. 2004. Somm. 266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Dr. soc. 2003, no 148, obs. J. MONNET ; JCP E 2003. 1203, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; JCP E 2003. 1398, note S. HADGI-ARTINIAN ; Rev. Soc. 2003. 479, note J.-F. BARBIERI
- Cass. Com. 04/02/2004, n° 01-13516 ; D. 2004. 2330, note C. BLOUD-REY
- Cass. Com., 31/03/2004, n° 03-16694, Bull. civ. IV, n° 70 ; Defrénois 2005, art. 38132, p. 505, note D. FIORINA ; Defrénois 2005, art. 38166, p. 896, obs. H. HONORAT ; Dr. et patr., 2004, p. 110 s., obs. D. PORACCHIA ; Dr. soc., juin 2004, p. 26, note H. HOVASSE ; JCP E 2004. 1290, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; RJDA 2004. 859, note A. VIANDIER ; Rev. Soc. 2004. 317, note P. LE CANNU ; D. 2004. Somm. 2925, obs. J.-C. HALLOUIN ; D. 2004. 1167, obs. A. LIENHARD
- Cass. Com., 12/05/2004, n° 00-15618, D. 2004. 1599, obs. A. LIENHARD, et 2923, obs. E. LAMAZEROLLES ; Rev. Soc. 2005. 140, note L. GODON ; RTD civ. 2004. 500, obs. J. MESTRE et B. FAGES
- Cass. Crim., 22/09/2004, n° 03-82266 ; Dr. pénal 2004, comm. 177, obs. J.-H. ROBERT
- CA Versailles, 14/12/2004, RG n° 2003-04708
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/2005, n° 03-18302 ; Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2005. 597 ; D. 2005. 2643, obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. BIGOT ; RTD civ. 2005. 363, obs. J. HAUSER
- Cass. Com., 22/02/2005, n° 01-13642, RTD civ. 2005. 773, obs. J. MESTRE et B. FAGES
- Cass. Civ. 3^{ème}, 09/03/2005, n° 03-14916 ; D. 2005. 919 ; Defrénois, 2005. 1240, obs. R. LIBCHABER ; CCC, 2005, n° 128, note L. LEVENEUR
- Cass. Com., 22/03/2005, n° 02-15084
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/04/2005, n° 02-16926, Bull. civ. I, n° 165 ; D. 2005, p. 1049 ; RTD com., 2006, p. 185, obs. B. BOULOC ; CCC, 2005, Comm. 148, note L. LEVENEUR ; RDC, 2005, p. 1029, obs. P. BENABENT ; RDC, 2005, p. 1123, obs. P. PUIG ; JCP G, 2006, I, 123, n° 8, obs. F. LABARTHE
- Cass. Com., 12/05/2005, n° 03-14045, Bull. civ. IV, n° 174 ; D. 2005. 2071, obs. A. LIENHARD ; Rev. Soc. 2006. 162, note F.-X. LUCAS

- Cass. Civ. 1^{ère}, 04/10/2005, n° 02-13645
- Cass. Civ. 3^{ème}, 01/03/2006, n° 03-10383, Bull. civ. III, n° 52
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28/03/2006 ; D. 2008. 318, J.-J. LEMOULAND ; Dr. fam., 2006, n° 172, note T. FOSSIER
- Cass. Com., 28/03/2006, n° 04-19179
- Cass. Civ. 3^{ème}, 11/05/2006, n° 05-10924 ; D. 2006. 2373, note C. ATIAS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/2006, n° 04-30863
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07/06/2006, n° 04-10616, Bull. civ. I, n° 300 ; JCP 2008. I. 108, no 7, obs. Le Guidec ; JCP N 2006. 1359, étude P. BUFFETEAU ; AJ fam. 2006. 380, obs. F. BICHERON ; RTD civ. 2006. 807, obs. M. GRIMALDI
- Cass. Civ. 3^{ème}, 28/06/2006, Bull. civ. III, n° 161 ; D. 2006.IR.2056 ; JCP 2006.I.178, chron. H. PERINET-MARQUET ; RTD civ. 2006. 788, obs. P.-Y. GAUTIER
- Cass. Ass. plén., 06/10/2006, n° 05-13255, Bull. civ., ass. plén., n° 9 ; D., 2006, p. 2825, note G. VINEY ; RTD civ., 2007, p. 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 123, obs. P. JOURDAIN
- Cass. Ass. plén., 09/10/2006, n° 06-11056, *Crédit Lyonnais*, Bull. ass. plén. n° 11 ; D. 2006. 2525, note X. DELPECH ; D. 2006. 2933, note D. HOUTCIEFF ; JCP 2006. II. 10175, note T. BONNEAU ; RDI 2007. 408, note H. HEUGAS-DARRASPEN ; RTD civ. 2007. 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2007. 145 ; RTD civ. 2007. 148, obs. P.-Y. GAUTIER
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07/11/2006, n° 05-12429 ; RTD civ., 2007, p. 159, obs. P. CROCQ
- Cass. Civ. 1^{ère}, 07/11/2006, n° 04-15799, Bull. civ. I, n° 460 ; D. 2006. 3069, note P. BOUTEILLER ; RLDA févr. 2007, n° 13, p. 50, note E. BAZIN
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28/11/2006, Bull. civ. I
- Cass. Com., 23/01/2007, n° 05-15652 ; BJS, 2007, p. 610, note F.-X. LUCAS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15/05/2007, n° 06-12317 ; Dr. soc., 2007, n° 151, obs. R. MORTIER
- Cass. Com., 22/05/2007, n° 06-12196, Bull. civ. IV, n° 136 ; JCP G 2007, I, 212, n° 8, P. SIMLER ; RTD civ. 2008, p. 333, obs. P. CROCQ
- Cass. Crim., 19/09/2007, n° 06-88533 ; BJS 2008, § 16, p. 55, note F. DEBOISSY
- Cass. Civ. 1^{ère}, 02/10/2007, n° 06-21650 ; RDC, 2008, p. 402, obs. P. PUIG
- Cass. Civ. 3^{ème}, 03/10/2007, n° 06-16716, Bull. civ. III, n° 165 ; JCP 2008, n° 12, p. 24, n° 8, obs. H. PERINET-MARQUET ; Dr. et pat. n° 172, 2009. 96, obs. J.-B. SEUBE
- Cass. Civ. 3^{ème}, 24/10/2007 ; Defrénois, 2007, n° 20, *Dépêches*, n° 92 ; JCP N, 2007, n° 50, 1328, comm. B. STEMMER

- Cass. Civ. 3^{ème}, 31/10/2007, n° 06-18338, Bull. civ. III, n° 187 ; JCP G 2008. I. 127, n° 10, obs. H. PERINET-MARQUET
- Cass. Com., 13/11/2007, n° 06-15826 ; Dr. soc. 2008, n° 32, obs. H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, n° 3, obs. J.-J. CAUSSAIN, G. WICKER et F. DEBOISSY ; RJDA 2/2008, n° 137
- CA Colmar, 13/12/2007 ; JurisData n° 2007-356976
- Cass. Civ. 2^{ème}, 06/03/2008
- . CA Paris, 10/04/2008, n° 06/21093
- Cass. Civ. 2^{ème}, 03/07/2008, n° 07-17260
- Cass. Civ. 1^{ère}, 09/07/2008, n° 07-16389 ; AJ fam. 2008. 400, obs. F. CHENEDE ; RTD civ. 2008. 656, obs. J. HAUSER ; RJP 2008-11/11, obs. I. CORPART
- Cass. Com., 24/06/2008, n° 06-21798, Bull. civ. IV, n° 127 ; D. 2008, p. 1892, obs. X. DELPECH ; Banque et droit 2008, n° 112, p. 23, obs. H. DE VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. DE SAINT MARS et J.-P. BORNET ; Banque et droit 2008, n° 121, p. 70, obs. F. BUSSIERE ; JCP G 2008, II, 10160, note M. MATHEY ; BJB oct. 2008, p. 398, n° 51, note H. GUYADER ; RTD com. 2008, p. 590, obs. M. STORCK ; RLDA 2008/30, n° 1797, obs. S. PIEDELIEVRE
- Cass. Com., 21/10/2008, n° 07-10.824 ; Dr. Soc. 2009, comm. 33, note T. BONNEAU
- Cass. Com., 04/11/2008, n° 07-21481 ; RD bancaire et fin. 2009, comm. n° 32, note A.-C. MULLER ; BJB févr. 2009, p. 47, n° 7, note B. LE BARS ; Dr. Soc. 2009, comm. n° 35, note T. BONNEAU
- CA Paris, 27/11/2008, n° 07/09689
- CA Nancy, 04/06/2009, RG n° 09/1716
- Cass. Com., 26/05/2009, n° 08-13839 ; RJDA 2010, n° 26
- Cass. Civ. 3^e, 16/09/2009, n° 08-16769, Bull. civ. I, n° 191 ; AJDI 2010. 234, obs. S. PRIGENT ; Defrénois 2009, art. 39087, note G. CHAMPENOIS
- Cass. Com., 01/12/2009, n° 08-13551 ; RJDA 5/2010, n° 545
- Cass. Com., 19/01/2010, n° 09-10627 ; RD bancaire et fin. 2010, comm. 77, note M. STORCK ; Banque et droit mars-avr. 2010, p. 40, obs. H. DE VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. DE SAINT MARS et J.-P. BORNET et mai-juin 2010, p. 35, note F. BUSSIERE
- Cass. Civ. 3^{ème}, 03/03/2010, Bull. civ. III, n° 54
- Cass. Civ. 1^{ère}, 25/03/2010, n° 08-13060, RTD civ. 2010. 320, obs. B. FAGES
- Cass., Civ. 1^{ère}, 14/04/2010 ; Dr. fam., 2010, n° 132, obs. I. MARIA

- Cass. Civ. 1^{ère}, 12/05/2010, n° 09-10556 ; JCP N 2010, n° 46, 1351, J.-G. MAHINGA
- Cass. Com., 14/12/2010, n° 10-10207 ; RGDA 2011. 542, note R. BIGOT
- Cass. Com., 15/02/2011, n° 10-10056 ; AJDI 2011, p. 645, obs. M. THIOYE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 23/03/2011, n° 09-66512 ; D. 2011. 2624, note J. REVEL ; AJ fam., 2011. 382, obs. P. HILT ; Rev. Soc., 2011. 488, note E. NAUDIN ; JCP G 2011. 1371, obs. P. SIMLER
- Cass. Crim., 03/05/2011, n° 10-84366
- CA Dijon, ch. civ., 19/05/2011, n° 10/01387 ; D. 2012. 2699, obs. J.-M. PLAZY
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16/06/2011, n° 10-17898 ; RTD civ., 2011. 570, obs. T. REVET
- Cass. Com., 28/06/2011, n° 09-17201
- CA Paris, pôle 4, 9^e ch., 20/10/2011, n° 10/12723 ; D. 2012. 2699, obs. J.-M. PLAZY
- Cass. Com., 08/11/2011, n° 10-24438 ; D. 2012. 415, obs. A. LIENHARD note E. SCHLUMBERGER ; Rev. Soc., 2012. 238, note A. VIANDIER ; RTD com. 2012. 358, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; BJS 2012. 297, note F.-X. LUCAS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 01/02/2012, Bull. civ. I, n° 21 ; D. 2012. 2480, obs. V. BREMOND ; JCP G, 2012. 999, n° 10, obs. A. TISSERAND ; AJ fam. 2012. 152, obs. P. HILT ; Defrénois, 2012. 1198, obs. G. CHAMPENOIS
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15/02/2012, n° 11-10339, D. 2012. 2699, obs. D. NOGUERO
- Cass. Civ. 1^{ère}, 14/03/2012, n° 10-10006 ; Procédures 2012, comm. 153, M. DOUCHY- OUDOT ; RTD civ. 2012, p. 377, obs. R. PERROT ; RTD com. 2013, p. 845, obs. A. MARTIN-SERF
- Cass. Com., 20/03/2012, n° 10-27340 ; Dr. soc. 2012, comm. 102, note M. ROUSSILLE ; BJS, 2012, p. 388, n° 223, obs. J.-F. BARBIERI
- Cass. Civ. 1^{ère}, 04/07/2012, n° 11-10594 ; JCP G 2013, p. 442 ; RLDC, 2012, n° 97, art. 4827, obs. A. PAULIN
- Cass. Civ. 1^{ère}, 04/07/2012, n° 10-21967 ; D. 2012, p. 1886
- Cass. Com., 10/07/2012, n° 11-22146 ; Rev. Soc., 2012. 485, note V. THOMAS
- Cass. Civ. 3^e, 31/10/2012, n° 11-16.304, Bull. civ. III, n° 84 ; D. 2013. 53, obs. A. TADROS, note L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. BERGEL ; JCP G 2012. 2352 note F.-X. TESTU ; RDI 2013. 80, note J.-L. BERGEL ; RLDC 01/02/2013. 7, note J. DUBARRY et M. JULIENNE ; LPA 16/01/2013, note F.-X. AGOSTINI ; Defrénois, 2013. 12, note L. TRANCHANT
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/12/2012, n° 11-26611 ; D. 2012. 2964 ; AJ fam. 2013. 62, obs. T. VERHEYDE ; RTD civ. 2013. 89, obs. J. HAUSER

- Cass. Com., 18/12/2012, n° 11-24305, Bull. civ. IV, n° 233
- Cass. Civ. 1^{ère}, 27/02/2013, n° 11-28307 ; D. 2013. 640 ; Dr. fam. 2013/4. Comm. 58, obs. I. MARIA ; RJPf 2013/4. 25, obs. I. CORPART ; D. 2013. 2196, obs. J.-J. LEMOULAND, D. NOGUERO et J.-M. PLAZY ; AJ fam. 2013. 304, obs. T. VERHEYDE ; RTD civ. 2013. 350, obs. J. HAUSER
- Cass. Civ. 1^{ère}, 11/09/2013 ; AJ fam. 2014. 377, obs. V. MONTOURCY
- Cass. Civ. 1^{ère}, 18/12/2013, n° 12-27059, Bull. civ. I, n° 248 ; AJ fam. 2014. 120, obs. A. de GUILLENSCHMIDT-GUIGNOT ; Gaz. Pal. 2014, n° 165v5, note C. ALBIGES ; JCP G 2013. 2133, obs. R. LIBCHABER
- Cass. Civ. 3^{ème}, 18/12/2013 ; D. 2014, 77 ; AJ fam. 2014, 240, obs. S. THOURET ; RTD civ., 2014, p. 149, obs. W. DROSS ; RDC, 2014, p. 742, note A. TADROS
- CA Aix-en-Provence, 20/01/2014, n° 23/2014 ; Administrer 2014, n° 477, p. 51-53
- Cass. Com., 04/02/2014, n° 12-29348, JurisData n° 2014-001765 ; BJS 2014, p. 302, note D. SCHMIDT ; Gaz. Pal., 2014, p. 14, note B. DONDERO
- Cass. Civ. 1^{ère}, 05/03/2014, n° 12-28348, Bull. civ. I, n° 29 ; JCP N 2014, n° 11, act. 384 ; JCP N 2014, 1151, note R. LE GUIDEC
- CA Lyon, 20/05/2014, n° 12/08005
- Cass. Civ. 3^{ème}, 20/05/2014, n° 10-10293 ; AJDI 2014. 633
- Cass. Civ. 1^{ère}, 12/06/2014, n° 13-16309, Bull. civ. I, n° 108 ; Rev. Soc. 2014. 734, note E. NAUDIN ; RJDA 10/14, n° 755
- Cass. Com., 23/09/2014, n° 13-17347, Bull. civ. IV, n° 142
- Cass. Civ. 1^{ère}, 22/10/2014, n° 12-29265, Bull. civ. I, n° 176 ; BJS 2014, p. 687, n° 112, note A. TADROS
- Cass. Civ. 3^{ème}, 27/01/2015, n° 13-20974 ; AJDI, 2015, p. 376
- Cass. Civ. 3^e, 28/01/2015, n° 14-10013, Bull. civ. III, n° 13 ; D. 2015. 599, note B. MALLET-BRICOUT ; *ibid.* 988, chron. A.-L. MEANO, A.-L. COLLOMP, V. GEORGET et V. GUILLAUDIER ; AJDI 2015. 304, obs. N. LE RUDULIER ; RDI 2015. 175, obs. J.-L. BERGEL ; JCP N 2015, 1083, note M. JULIENNE et J. DUBARRY ; JCP 2015. 244, obs. S. MILLEVILLE, p. 413, rapp. M.-T. FEYDEAU ; p. 415, cl. B. STURLESE ; p. 417, note T. REVET et p. 901, obs. H. PERINET-MARQUET ; LPA 03/03/2015, p. 11, note J.-F. BARBIERI ; Defrénois 2015. 419, note L. ANDREU et N. THOMASSIN ; RTDI 2015. 50, obs. V. PEZZELLA ; Ann. loyers 2015. 95 obs. V. PERRUCHOT-TRIBOULET

- Cass. Com., 10/02/2015, n° 14-11760 ; BJS, 2015. 234, note F. DANOS ; Dr. Sociétés 2015. comm. 87, note H. HOVASSE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16/12/2015, n° 14-27028 ; D. 2016. 8 ; D. 2016. 1523, obs. J.-J. LEMOULAND, D. NOGUERO et J.-M. PLAZY ; AJ fam. 2016. 108, obs. T. VERHEYDE ; RTD civ. 2016. 85, obs. J. HAUSER
- Cass. Com., 12/05/2015, n° 13-28504 ; D. 2015. 2427, obs. D. ROBINE ; JCP G 2016, doctr. 174, no 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
- Cass. Com., 22/09/2015, n° 14-17377 ; D. 2015. Actu. 1950
- Cass. Crim., 19/05/2016, n° 14-83893 ; JurisData n° 2016-009314 ; Dr. pén. 2016, comm. 121, obs. P. CONTE
- Cass. Crim., 20/06/2016, n° 15-86964 ; JurisData n° 2016-012835 ; Dr. pén. 2016, comm. 121, obs. P. CONTE
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13/07/2016, n° 15-10474 ; AJDI, 2017. 109, obs. M. MORIN
- Cass. Civ. 3^e, 08/09/2016, n° 14-26953, *Maison de la Poésie 2* ; D. 2017. 134, note L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; 2016. 2237, chron. A.-L. MEANO ; 2017. 375, obs. M. MEKKI, et 1789, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; RDI 2016. 598, obs. J.-L. BERGEL ; RTD civ. 2016. 894, obs. W. DROSS ; JCP G 2016, n° 1172, note J. LAURENT ; JCP N 2016, n° 1294, note J. DUBARRY et V. STREIFF ; Defrénois 2016. 1119, note H. PERINET-MARQUET ; RDC 2017. 60, note R. BOFFA, et 123, note F. DANOS
- Cass. Com., 02/11/2016, n° 16-10363
- Cass. Civ. 1^{ère}, 08/12/2016, n° 16-20298 ; D. 2016. 2569, obs. F. VIALLA ; D. 2017. 332, note M. SAULIER ; D. 2017. 1490, note J.-J. LEMOULAND ; AJ fam. 2017. 68, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; RTD civ. 2017. 97, obs. J. HAUSER ; JCP G, 2017, n° 79, note J. HAUSER ; JCP N, 2017. 1139, note N. PETERKA ; Dr. fam., 2017, n° 48, note I. MARIA
- Cass. Civ. 3^{ème}, 26/01/2017, n° 15-26814 ; AJ Contrat 2017. 299, obs. Y. DAGORNE-LABBE
- Cass. Com., 15/03/2017, n° 15-12742 ; D. 2017. 703 ; RTD com. 2017. 389, obs. A. LECOURT
- Cass. Crim., 22/03/2017, n° 16-82415 ; Rev. Soc., 2018. 193, note B. BOULOC
- Cass. Com., 29/03/2017, n° 16-10016 ; Dr. soc., 2017, comm. 101, note J. HEINICH

- Cass. Civ. 3^{ème}, 05/10/2017, n° 16-21973 ; Dr. fam. 2017, comm. 250, I. MARIA ; AJ fam. 2017, p. 652 ; Defrénois, 2018, p. 29, chron. D. NOGUERO
- Cass. Civ. 2^{ème}, 01/02/2018, n° 16-24173 ; Dr. fam. 2018. Comm. 138, obs. I. MARIA ; Defrénois 2018, n° 13, p. 28, obs. D. NOGUERO
- Cass. Com., 14/02/2018, n° 16-21634 ; BJB, 2018, p. 88, obs. I. RIASSETTO
- Cass. Crim., 05/04/2018, n° 16-83961 ; BJS 2018. 258, note R. SALOMON et A. COURET ; Rev. Soc. 2018. 598, note Y. PROROK
- Cass. Civ. 3^e, 07/06/2018, n° 17-17240 ; D. 2018. 1577, note F. MASSON, et 1772, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; RDI 2018. 448, obs. J.-L. BERGEL ; RTD civ. 2018. 712, obs. W. DROSS ; JCP G 2018. 892, rapp. L. JARIEL
- CA Paris, 13/09/2018, n° 16/18122
- Cass. Com., 07/11/2018, n° 17-21284 ; BJS 2019. 44, note T. FAVARIO ; RPC 2019, n° 2, n° 29, note B. SAINTOURENS
- Cass. Com., 06/03/2019, n° 17-26605 ; D. 2019. 797, note V. LEGRAND ; Rev. Soc. 2019. 421, obs. P. ROUSSEL GALLE ; RTD com. 2019. 479, obs. A. MARTIN-SERF
- Cass. Civ. 2^{ème}, 28/03/2019, n° 18-14364 ; D. actu. 12/04/2019, obs. F. MELIN
- Cass. Com., 07/05/2019, n° 17-15077 ; BJS, 2019, p. 43, obs. J.-F. BARBIERI
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13/06/2019, n° 18-17347 ; JCP N 2019. 576, note Q. PRIM
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17/10/2019, n° 18-23409 ; JCP N, 2019, n° 43-44, p. 830, note Q. PRIM
- Cass. Com., 23/10/2019, n° 18-19952 ; D. 2019. 2390, note V. LEGRAND
- Cass. Civ. 3^{ème}, 16/01/2020, n° 18-21394 ; Rev. Soc. 2020, p. 492, note N. JULIAN
- Cass. Civ. 3^{ème}, 25/06/2020, n° 19-10057 ; RTD civ. 2020. 662, obs. W. DROSS
- Cass. Com., 13/01/2021, n° 18-21860, Bull. civ. IV, n° 43 ; D. 2021. 399, note D. SCHMIDT

Conseil constitutionnel :

- CC, 16/01/1982, n° 81-132 DC
- CC, 11/02/1982, n° 83-162 DC
- CC, 17/07/1985, n° 85-189 DC
- CC, 04/07/1989, n° 89-254 DC ; D. 1990. 209, note F. LUCHAIRE ; RTD civ. 1990. 519, obs. F. ZENATI
- CC, n° 98-403 DC, 29/07/1998 ; JCP 1998.I.171, n° 3, obs. H. PERINET-MARQUET ; RTD civ. 1998.799, obs. N. MOLFESSIS

- CC, 27/07/2006, n° 2006-540 DC
- CC, 07/10/2015, n° 2015-486 QPC ; BJS 2015. 658, note F. MELIN ; JCP E 2015. 1562, note A. CERATI-GAUTHIER ; JCP G 2015. 1390, note B. BRIGNON

Conseil d'État

- CE, 25/02/1864, *Lesbats*, Rec. 209
- CE, 26/11/1875, *Pariset et Laumonnier-Carriol*, Rec. 934 et 936

Cour européenne des droits de l'Homme :

- CEDH, 12/07/2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*
- CEDH, 08/07/2004, *VO c/ France* ; D. 2004.2456, note J. PRADEL, 2535, obs. I. BERRO-LEFEBVRE, 2754, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, 2801, chron. E. SERVERIN ; RJPf 2004/9.48, chron. N. FRICERO ; RTD civ. 2004, p. 799, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD civ. 2004, p. 740, obs. J. HAUSER
- CEDH, 06/10/2005, *Draon et Maurice c/ France*
- CEDH, 30/08/2007, *J. A. Pye Ltd c/ Royaume-Uni*
- CEDH, 29/01/2008, *Balan c/ Moldavie*
- CEDH, 29/03/2010, *Depalle c/ France et Brosset-Triboulet c/ France*
- CEDH 23/03/2017, n° 53251/13, *A.-M. V. c/ Finlande* ; AJ fam. 2017. 304, obs. V. MONTOURCY ; Dr. fam. 2017. Comm. 110, obs. I. MARIA

Cour de justice de l'Union européenne :

- CJCE, 22/10/1991, *von Deetzen*, C-44/89

Commission européenne :

- Décision du 12/10/1982, *Bramelid et Malmströme*, DR 29
- Décision du 11/12/1986, *S. et T.*, DR 50

Autorité des marchés financiers :

- Sanct. AMF, 28/12/2012 ; BJB, 2013, p. 132, note J.-M. MOULIN
- Sanct. AMF, 30/04/2013 ; BJB, 2013, p. 360, note I. RIASSETTO

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Absence : 15, 103, 114, 318, 351

Absoluité : 69

Abus de droit : 59, 88, 295

- de vote : 182, 187, 300

Abus de biens sociaux : 298

Abus de confiance : 297

Acte

- d'administration : 74, 237 s.
- conservatoire : 234 s.
- de disposition : 244 s.
- de gestion : 37, 227 s.
- interdits : 260, 285 s.
- usuel : 252 s.
- utile : 255 s.

Administrateur judiciaire : 154, 335

Administration légale : 121, 181, 272, 277 s., 351, 387

Affectation : 2, 17, 19 s., 94 s., 137 s., 186 s., 258

Agence (théorie) : 82, 90, 186, 282, 335, 343

Apparence : 373 s.

Assurance : 313

Assurance-vie : 92, 103

B

Bail : 97, 111, 136, 165, 215, 219, 231, 244, 270, 274, 293, 321

Bien : 23 s.

- fongibles : 99, 328
- incorporels : 26, 28, 130 s.
- négatifs : 134 s.
- protégés : 132 s.

C

Capacité : 77, 83, 88 s., 103, 108, 114, 158, 166, 252 s., 277, 279, 290

Cession de contrat : 217

Chose : 23 s.

Commission : 110, 345 s., 363 s., 371

Communauté : 20, 84 s., 140, 155, 185, 216, 222, 262, 264 s., 274, 293, 302, 315, 333, 335, 362

Compte : 225, 332

Conflit d'intérêts : 116, 182, 212, 262, 282 s., 295

Conservation (obligation) : 99, 107, 111, 119, 132, 174, 205, 234 s., 305, 309, 326 s.

Contrôle (organes) : 180 s., 249, 267, 272, 277 s., 288, 330, 332

Curatelle : 208, 267

D

Délégation : 213

Dépôt : 111, 309, 335

Destination : 89, 105, 161 s., 303, 328, 336

Détention : 100, 107, 111, 119, 136, 163, 324

Dettes : 134 s.

Diligence : 202 s., 290 s., 305 s., 329

Disposition (libre) : 70, 83, 158 s.

Droit

- commun : 4, 6, 193 s.
- d'usage et d'habitation : 113, 215
- de gage général : 151 s., 341, 354
- de rétention : 119
- fonction du : 1
- réel de jouissance spéciale : 97
- subjectif : 14, 26, 61, 66, 88 s., 96 s., 341
- sur la chose d'autrui : 66, 84, 96 s., 107, 136, 210, 215, 270, 289, 293, 303, 333, 335, 367, 370, 375

E

EIRL : 18, 95, 141 s., 353 s., 379

EURL : 18, 141 s., 266, 354 s.

Exclusivité : 63 s.

F

Fideicommiss : 2, 91

Fiducie : 20, 59, 79, 105, 126, 141, 213, 217 s., 222, 226, 231, 262, 273, 275, 279, 335, 356, 360, 370

- française : 94 s.
- mécanismes fiduciaires : 92 s.
- sûreté : 91, 94 s., 141

Fonds commun de placement (v. OPCVM)

G

Gage : 162, 274

- espèces : 92
- immobilier : 100

Garanties financières : 313

Gestion : 36 s., 75 s., 90, 102 s., 145

- concurrente : 264 s.
- conjointe : 267 s.
- d'affaires : 90, 101, 120, 223, 255 s., 274, 289, 293, 309, 358, 365
- déléguée : 271 s.
- matérielle : 37
- séparée : 269 s.

H

Habilitation familiale : 2, 86, 262, 351, 378

Hypothèque : 100, 136, 231, 312

I

Imputation

- d'un acte juridique : 341 s.
- d'un fait juridique : 314, 383 s.

Incapacité (v. Capacité)

Indisponibilité : 71, 133, 139, 185

Indivision : 18 s., 84 s., 112, 123, 140, 149, 155, 184 s., 216, 222 s., 228, 264, 270, 274, 280, 293, 301, 315, 321, 333, 358 s.

Inopposabilité : 152, 217, 225, 275, 290 s., 301 s., 319, 373 s.

Intérêt : 14 s.

- commun : 19, 125, 183 s., 210, 256, 270, 278, 299 s., 362
- des tiers : 340 s.
- du propriétaire : 158 s.

- général : 129 s., 160, 166, 186, 386
- social : 14, 18 s., 186 s., 257 s., 282, 298, 300, 309
- titulaires : 15 s.

Intuitus personae : 140, 211 s., 370

Inventaire : 222 s., 330

L

Loyauté : 150, 200 s., 208 s., 223, 225, 282 s., 294 s., 311

M

Mandat : 86, 103 s., 109, 126, 178, 188, 193 s., 201, 214, 216, 219, 228, 262, 264, 274, 285, 315, 318, 324, 333 s., 342 s., 351, 358, 360, 385

- à effet posthume : 108, 109, 126, 265, 364
- *ad hoc* : 116, 182, 265, 288
- apparent : 117, 373, 380
- d'intérêt commun : 109, 319
- de protection future : 103, 108, 265, 351, 378, 381
- irrévocable : 319
- judiciaire : 115, 126, 313
- *post mortem* : 109, 126
- social : 109, 257 s., 274 s., 309, 319, 352, 381
- tacite : 109, 358

Monnaie : 24, 27 s., 34, 38, 74, 92, 169, 225, 234, 324 s., 332

N

Nantissement : 92

Nullité : 278, 286 s., 290 s., 313, 375

Nuntius : 342

O

Obligation

- d'information : 331, 370
- réelle : 99, 107, 136, 367
- théorie dualiste : 341, 353 s.

OPCVM : 18, 20, 79, 84, 140, 175, 188 s., 231, 273, 278, 284, 306, 315, 331, 359

P

PACS : 112, 208, 220, 362

Patrimoine : 17 s., 91, 137 s., 172 s., 185 s., 226 s., 231 s., 315, 341 s., 352 s., 379, 386

- d'affectation (v. Affectation)
- liquidatif : 124, 153, 281, 320
- successoral : 122 s., 361
- théorie classique : 27 s., 46, 230, 346

Perpétuité : 69, 97

Personne : 8 s.

- morale : 18 s., 148, 186 s., 352, 386
- physique : 15

Portage : 92

Possession : 74, 375

Pouvoir : 88 s., 343

- dépassement : 290 s.
- détournement : 294 s.

Prêt : 111, 219, 274, 309, 367

Prête-nom : 110, 363, 371

Procédure collective : 115, 153 s.

- liquidation judiciaire : 219, 281, 386

- redressement judiciaire : 174, 267, 281, 320
- sauvegarde : 174, 228, 267, 320

Propriété : 43 s.

- collective : 84 s.
- droit fondamental : 44 s.
- fonction : 59, 64
- historique : 48 s.
- individuelle : 82 s.
- maîtrise : 58 s., 64

Publicité : 99, 319, 370 s.

Q

Quasi-usufruit : 78, 98

R

Ratification : 287, 290 s., 368, 381

Reddition de compte : 329 s.

Rémunération : 104, 334 s.

Représentation : 5, 20, 103, 126, 194, 213, 228, 266, 279, 287, 291 s., 295 s., 341 s.

- gestion sans représentation : 99, 348 s., 293, 299 s., 366 s.
- imparfaite : 110, 345 s., 363 s.
- parfaite : 342 s., 351 s.

Responsabilité : 314 s.

- civile : 16, 175, 202, 205, 273, 277 s., 281 : 290 s., 296 s., 300, 303, 305 s., 314 s., 327 s., 344, 368, 374, 379, 383 s.
- disciplinaire : 317
- pénale : 316

Restitution : 323 s.

Révocation : 318 s.

S

Sauvegarde de justice : 265

Société : 18 s., 86, 144, 148, 175, 186 s., 218, 220, 222, 257 s., 264, 268, 278 s., 283 s., 298, 312, 315, 319, 321, 325, 331, 335, 352, 358, 377 s., 386

- à responsabilité limitée : 20, 106, 144, 262, 286, 316, 352, 360 s.
- à responsabilité illimitée : 20, 352, 360 s.
- anonyme : 181, 268, 286, 319
- de gestion (v. OPCVM)
- en nom collectif : 85, 319
- en participation : 85, 365
- groupe : 143, 386
- SARL : 262, 286, 319

Substitution : 212 s.

- définitive : 217 s.
- ponctuelle : 213 s.

Succession : 122 s., 222, 265, 312, 361

Sûreté : 92, 95, 265, 312

- personnelle : 312
- réelle : 97 s., 151, 309, 312

Syndicat de copropriété : 148, 213, 218, 225, 262, 268 s., 274, 279, 305, 313, 315, 316, 335, 353

T

Théorie générale : 5 s., 42, 196 s.

Tiers (notion) : 339

Trust : 4, 91, 94

Tutelle : 77, 197, 208, 213, 232, 241 s., 252 s., 272, 279 s., 285, 288, 312, 351, 378

U

Universalité

- de droit : 18 s., 137
- de fait : 17, 130, 328

Usage : 1, 31, 34, 36 s., 74 s., 98 s., 105, 129, 145, 158 s., 177, 252, 297 s., 307, 323 s., 335, 367

Usufruit : 47, 66, 90, 97 s., 107, 111, 119, 121, 165, 215, 222, 270, 293, 303, 312, 349, 367, 375

V

Valeur : 14, 28 s., 34 s., 47, 63, 70, 76, 92 s., 97, 133 s., 161 s., 168 s., 234 s., 303, 324, 328

- d'usage (v. Usage)
- mobilière : 38, 130, 177, 189, 213, 231, 306
- monétaire (v. Monnaie)

Volonté : 10 s., 25 s., 46, 55 s., 163 s., 170 s., 184 s., 258, 342

- autonomie de la volonté (théorie) : 26, 342

TABLE DES MATIERES

LISTE DES ABREVIATIONS	I
SOMMAIRE	V
INTRODUCTION	I
La notion de personne	10
Sujet-volonté et sujet-intérêt.....	12
La notion d'intérêt.....	14
Les titulaires d'intérêt.....	16
i. Les êtres humains.....	17
ii. Les entités individuelles concrètes	18
iii. Les entités abstraites.....	20
La notion de bien	28
La théorie classique et la distinction personne/chose	32
La théorie du patrimoine et son influence sur le droit des biens	35
La théorie moderne et l'importance de la valeur.....	38
La redéfinition de la notion de valeur.....	41
La notion de gestion	48
L'accomplissement d'actes matériels ou juridiques	50
Visant à permettre l'usage auquel le bien est destiné	51
PARTIE 1 : LA NOTION DE GESTION DES BIENS D'AUTRUI	57
Titre 1 : L'origine de la gestion des biens d'autrui	59
Chapitre 1 : La redéfinition de la propriété	61
Section 1 : La difficulté à appréhender la notion	61
§ 1 : Les différentes significations de la propriété.....	62
I La propriété en tant que droit fondamental.....	62
II La propriété en tant que technique juridique	64
§ 2 : L'évolution historique de la notion en droit positif	66
I La propriété en droit romain	67
II La propriété dans l'Ancien droit.....	70
III La propriété depuis le Code civil.....	75
Section 2 : La nécessité d'une nouvelle approche	80
§ 1 : La fonction de la propriété.....	82
§ 2 : La nature de la propriété	85
§ 3 : Le critère de la propriété.....	87
Section 3 : Propriété et gestion	90
§ 1 : La propriété assimilée à l'usage	91

§ 2 : L'articulation entre propriété et gestion	94
Chapitre 2 : Le transfert de gestion	101
Section 1 : Le modèle du propriétaire gestionnaire.....	101
§ 1 : La propriété individuelle.....	102
§ 2 : La propriété collective	105
Section 2 : L'origine du transfert.....	108
§ 1 : Les fondements à rejeter	109
I Le pouvoir	110
II Le droit subjectif	114
A) La propriété des biens d'autrui.....	114
i. Mécanismes fiduciaires avec transfert de propriété.....	117
ii. Mécanisme fiduciaire avec création d'un patrimoine d'affectation.....	121
B) Les droits sur la chose d'autrui	126
i. La nature des droits sur la chose d'autrui	126
ii. Les prérogatives du titulaire d'un droit sur la chose d'autrui.....	131
§ 2 : Le fondement à retenir	135
I La cause du transfert	137
A) Les causes liées à la personne.....	137
B) Les causes liées aux biens.....	140
II La source du transfert	142
A) Le transfert conventionnel	143
B) Le transfert judiciaire	149
C) Le transfert légal	152
III Illustration : le patrimoine successoral	155
A) La propriété du patrimoine successoral	156
B) La gestion du patrimoine successoral	160
Titre 2 : La finalité de la gestion des biens d'autrui	165
Chapitre 1 : Les contraintes de gestion	167
Section 1 : Les contraintes liées à la gestion d'un bien particulier.....	167
§ 1 : L'utilité sociale des biens.....	167
I Les biens immatériels.....	168
II Les biens protégés	172
III Les biens négatifs	175
§ 2 : Le respect du transfert d'utilités	178
Section 2 : Les contraintes liées à l'affectation d'un patrimoine	179
§ 1 : La notion de patrimoine.....	179
I La définition du patrimoine.....	180
II Les différents types de patrimoines	182
III Les relations entre les patrimoines d'une même personne.....	185

§ 2 : La gestion d'un patrimoine	188
I L'affectation à une activité.....	191
II L'affectation en garantie	194
III La gestion sans affectation.....	198
Chapitre 2 : La satisfaction de l'intérêt du propriétaire	201
Section 1 : Le principe de libre disposition	201
§ 1 : Définition du principe.....	202
§ 2 : Mise en œuvre du principe.....	206
I Le choix de la destination des biens.....	206
A) Le processus de prise de décision	207
B) L'objectivisation du choix	210
II Les effets du principe de libre disposition.....	211
Section 2 : La détermination de l'intérêt du propriétaire en cas de gestion des biens d'autrui	214
§ 1 : Les méthodes de détermination de l'intérêt du propriétaire	216
I Les directives du propriétaire	216
II L'orientation du législateur	217
III La décision du gestionnaire.....	220
A) Le processus de prise de décision dans l'intérêt d'autrui.....	221
B) La prise en compte de la volonté du propriétaire	223
IV L'intervention d'un organe de contrôle	225
§ 2 : La détermination de l'intérêt d'un groupement	227
I L'intérêt des copropriétés sans personnalité morale	228
II L'intérêt des groupements personnifiés	231
III L'intérêt des fonds communs.....	236
PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA GESTION DES BIENS D'AUTRUI.....	241
<i>Titre 1 : L'action du gestionnaire dans l'intérêt du propriétaire</i>	<i>247</i>
Chapitre 1 : L'ouverture de la gestion	257
Section 1 : Le choix du gestionnaire.....	257
§ 1 : Les critères de nomination du gestionnaire.....	257
§ 2 : La place de l' <i>intuitus personae</i>	262
I La substitution ponctuelle	264
II La substitution définitive	267
Section 2 : L'étendue de la mission du gestionnaire	270
§ 1 : L'assiette des biens à administrer.....	270
I L'inventaire des biens gérés	271
II L'ouverture d'un compte dédié	273
III La création d'un patrimoine secondaire.....	275
§ 2 : La délimitation des prérogatives du gestionnaire	276

I La nature des actes de gestion	277
A) La classification tripartite des actes de gestion	278
i. La structure de la classification.....	280
ii. La qualification des actes de la classification tripartite	286
a) L'acte conservatoire.....	286
b) L'acte d'administration.....	293
c) L'acte de disposition	303
iii. Les effets de la classification	308
B) Les autres procédés conceptuels	310
i. L'acte usuel	311
ii. L'acte utile.....	315
iii. L'acte accompli par le mandataire social.....	318
C) Le procédé non-conceptuel	322
II Le partage des pouvoirs	325
A) Les différents modes de partage des pouvoirs	325
i. La gestion concurrente	325
ii. La gestion conjointe	330
iii. La gestion séparée.....	332
iv. La gestion déléguée.....	335
B) La source du partage des pouvoirs	337
Chapitre 2 : L'exercice de la gestion.....	341
Section 1 : L'identité de la personne chargée du contrôle.....	341
§ 1 : Le contrôle par le propriétaire lui-même.....	341
§ 2 : La nomination d'un organe spécifique.....	344
I La fonction de surveillance	344
II L'intervention dans la gestion	346
§ 3 : L'avertissement par les tiers.....	346
Section 2 : La réalisation du contrôle.....	348
§ 1 : La régulation des conflits d'intérêts.....	348
I Les mécanismes de régulation des conflits d'intérêts	351
A) Les incompatibilités touchant le gestionnaire	351
B) La révélation du conflit.....	352
C) La détermination d'actes interdits ou réglementés	354
D) La nomination d'un gestionnaire ad hoc	358
II La pertinence d'un principe général de régulation des conflits d'intérêts	360
§ 2 : La détermination des actes irréguliers	361
I Le dépassement de pouvoir	361
II L'acte déloyal.....	367
A) La déloyauté dans la gestion avec représentation.....	368
i. La sanction civile du détournement de pouvoir	370

ii. La sanction pénale du détournement de pouvoir	371
B) La déloyauté dans la gestion sans représentation	376
i. La sanction de la déloyauté d'un copropriétaire.....	376
ii. La sanction de la déloyauté du titulaire d'un droit sur la chose d'autrui	381
III La faute de gestion	382
A) La nature de l'obligation du gestionnaire	382
B) L'appréciation de la faute du gestionnaire.....	387
§ 3 : La sanction du gestionnaire.....	390
I La réalisation de garanties spécifiques.....	390
II La responsabilité du gestionnaire	394
A) La responsabilité civile du gestionnaire	394
B) La responsabilité pénale du gestionnaire	397
C) La responsabilité disciplinaire du gestionnaire	398
III La révocation	399
Chapitre 3 : La fin de la gestion	407
Section 1 : La restitution des biens gérés	407
§ 1 : La finalité essentielle de la gestion des biens d'autrui	407
§ 2 : Le fondement de l'obligation de conservation	409
Section 2 : La reddition de compte	413
§ 1 : L'évaluation de l'action du gestionnaire.....	414
§ 2 : La liquidation des créances réciproques	416
I Les créances du gestionnaire envers le propriétaire	417
II Les créances du propriétaire envers le gestionnaire.....	422
Titre 2 : L'efficacité de la gestion auprès des tiers.....	425
Chapitre 1 : Les modes de relations avec les tiers.....	429
Section 1 : La représentation parfaite.....	430
Section 2 : La représentation imparfaite.....	435
Section 3 : La gestion sans représentation.....	439
Chapitre 2 : Les champs d'application des modes de relations avec les tiers	443
Section 1 : Le régime applicable.....	443
§ 1 : Les régimes avec représentation parfaite	444
I Les mécanismes de représentation parfaite reconnus.....	444
II Les mécanismes de représentation parfaite contestés	447
A) La restriction du droit de gage du tiers-contractant	448
B) L'action au nom d'un patrimoine.....	449
i. La représentation d'un patrimoine secondaire individuel	449
ii. La représentation d'un patrimoine secondaire collectif	452
C) L'engagement du gestionnaire à l'acte	454
§ 2 : Les régimes avec représentation imparfaite	459

§ 3 : Les régimes de gestion sans représentation.....	463
Section 2 : L'information du tiers.....	466
§ 1 : L'objet de l'information partagée.....	467
I La qualité du gestionnaire	467
II L'étendue des pouvoirs du gestionnaire.....	469
§ 2 : L'appréciation de l'ignorance du tiers	472
I En présence d'une information publique sur la situation.....	473
II En l'absence d'information publique sur la situation.....	477
Section 3 : Le préjudice subi par le tiers	480
§ 1 : L'inexécution contractuelle.....	482
§ 2 : Le dommage extracontractuel	482
CONCLUSION GENERALE	489
BIBLIOGRAPHIE	493
INDEX ALPHABETIQUE.....	561
TABLE DES MATIERES	567

Titre : La gestion des biens d'autrui

Résumé : Il existe de nombreux régimes permettant à une personne d'exercer des prérogatives sur les biens d'une autre : mandat, tutelle, administration légale, régimes matrimoniaux, mandat social, usufruit... Le but de cette thèse est de proposer une théorie générale comportant des principes communs à l'ensemble de ces outils. Cette entreprise nécessite de redéfinir les notions classiques du droit civil, et en particulier celle de propriété, réduite à un simple usage matériel, qu'il faut distinguer de la gestion, qui consiste en l'accomplissement d'actes juridiques ou matériels en vue de permettre cet usage. Cette conception permet de comprendre qu'une fois exclues les autres contraintes qui s'appliquent au gestionnaire, les prérogatives sur un bien ont pour finalité de satisfaire l'intérêt de son propriétaire. La comparaison avec le modèle du propriétaire individuel et seul gestionnaire de ses biens démontre que le droit positif met en œuvre des mécanismes permettant un contrôle accru de cette fonction. La théorie générale proposée, fondée sur ce constat, contient trois principes fondamentaux régissant les relations entre propriétaire et gestionnaire : la loyauté, la diligence et la prudence. Ils irriguent l'ensemble des normes que l'on retrouve dans les différents régimes de gestion. Ces principes s'atténuent dans les relations avec les tiers pour tenir compte de leur intérêt, ce qui nécessite de prévoir des mécanismes permettant d'assurer l'efficacité de la gestion et de garantir un certain équilibre.

Mots clés : Biens, gestion, propriété

Title : The management of other's possessions

Abstract : There are many legal regimes allowing a person to exercise prerogatives over the property of another: authorization, guardianship, child's management, marital regimes, corporate office, usufruct ... The aim of this thesis is to propose a general theory comprising common principles to all of these tools. This attempt requires redefining the classic notions of civil law, and in particular property, reduced to a simple material use, which must be distinguished from management, which consists of the performance of legal or material acts in order to allow this use. This conception makes it possible to understand that once the other limits applied to the manager are excluded, the prerogatives over a property are intended to satisfy the interest of its owner. The comparison with the model of the individual owner and sole manager of his property shows that positive law implements mechanisms allowing increased control of this function. The general theory proposed, based on this observation, contains three fundamental principles governing the relationship between owner and manager: loyalty, diligence and prudence. They feed into all the rules found in the various management regimes. These principles are attenuated in relationships with third parties to take account of their interests, which requires to create mechanisms to ensure effective management and to guarantee a balance.

Keywords : Goods, management, property

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine (IRDAP, EA4191) – Université de Bordeaux – 16 avenue Léon Duguit – CS 500057 – 33608 Pessac cedex